

ISSN 2177-6784

Sistema Penal & Violência

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Porto Alegre • Volume 2 – Número 2 – p. 36-52 – julho/dezembro 2010

Editor

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

Organização de

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO
JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO
MARCELO DALMÁS TORELLY

**JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO, ESTADO DE DIREITO E
DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL:
Estudo preliminar sobre o papel dos direitos
decorrentes da transição política para a efetivação
do estado democrático de direito¹**

Eneá de Stutz e Almeida

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina;
Professora dos programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB);
Conselheira da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça.

Marcelo D. Torelly

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília;
aperfeiçoamento em Direitos Humanos na Universidade Pablo de Olavide (Espanha)
Professor da Universidade Católica de Brasília (UCB); coordenador nacional do
Programa de Cooperação Internacional para Justiça de Transição da Comissão de Anistia do
Ministério da Justiça e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

Resumo

Este estudo preliminar procura investigar a formação histórica do conceito de justiça de transição e suas implicações normativas como meio para avaliar seu impacto positivo na efetivação de um Estado de Direito por meio de uma Democracia Constitucional

Palavras-chave: justiça de transição; estado democrático de direito; direitos humanos.

Abstract

Transitional Justice, Rule of Law and Constitutional Democracy: Preliminary study about the role of transitional rights to an effective democratic rule of law

This preliminary study searches historical conception of transitional justice and its impacts as an instrument to measure its positive impact on implementation of a Rule of Law through a Constitutional Democracy.

Keywords: Transitional justice; democratic rule of law; human rights.

INTRODUÇÃO

Considerando a crítica à superposição conceitual presente na ideia de que o estabelecimento de uma democracia formal de viés eleitoral já pode significar, em si, o atingimento da “democracia”, e não um mecanismo desta, num raciocínio que desconsidera aspectos materiais relevantes ao debate sobre o que é uma democracia, o presente artigo procurará conceituar o que é “justiça de transição” e qual sua relação com a ideia de “Estado de Direito”.

Desta forma, apresentam-se os limites e contrapesos de um sistema jurídico para que a transição possa ser vista não como o simples meio de instalação de um regime eleitoral honesto, mas também como parte do amplo processo de construção de uma democracia. Mais ainda: no presente estudo almeja-se verificar como a justiça de transição permite estabelecer distinções substanciais entre mecanismos transicionais lícitos

e ilícitos e, ainda, catalisa o atingimento de um tipo especial de democracia: a democracia constitucional. Para tanto, adotar-se-á uma visão substancial do que seja o “Estado de Direito”, partindo de uma concepção que vincula-se formalmente a premissa compartilhada com o ideal republicano de um “governo das leis” (cf. Besson e Martí, 2009), mas, também, materialmente vinculada aos valores do chamado constitucionalismo (ou neoconstitucionalismo) no que concerne ao ideário de que mesmo as leis elegidas por um povo de modo democrático e sob o manto de uma constituição legítima encontram-se limitadas, apenas e tão somente, pelo próprio princípio democrático (que não podem voluntariamente afastar) e pelos direitos humanos, que garantem o mínimo essencial de integridade e de legitimidade do sistema de direitos enquanto sistema de compartilhamento intersubjetivo.

Metodologicamente, será apresentado o processo histórico que permitiu que do conjunto de medidas transicionais empreendidas em diferentes países ao longo do tempo insurgisse um conceito de justiça não-ideal, típico destes momentos de fluxo político entre uma visão não-democrática de mundo e uma visão democrática e pautada pela ideia da existência de direitos inalienáveis e de limitações ao poder, chegando-se a um conjunto de dimensões substantivas da justiça de transição, que se superpõem e interligam no contexto concreto de busca por justiça em períodos de mudança política. O acúmulo legal gerado nos processos concretos nacionais e internacionais, consubstanciado nestas dimensões e conectado a uma ideia substancial de Estado de Direito, é que permite a extração e detecção dos limites normativos impostos pela ideia de “justiça de transição”, desaguando na afirmação da existência de um conjunto de obrigações dos estados nos períodos transicionais e pós-transicionais e, mais especialmente, na formulação do fundamento das políticas públicas empreendidas no período pós-transicional para lidar com o acervo histórico e cultural dos governos autoritários no momento em que a prioridade política da sociedade deixa de ser a transição em si e passa a ser a justiça da transição.

Desta forma, estes mecanismos são entendidos como uma forma de, a um só tempo, dar extensão retroativa e prospectiva ao Estado de Direito, compensando e reparando as violações do passado restabelecendo os efeitos típicos do Estado de Direito, especialmente a igualdade perante a lei e a previsibilidade do sistema jurídico, de modo a garantir a não repetição da violência e evitar a existência, na sociedade que entende fundar uma democracia constitucional, de um “espólio autoritário”, composto por atos que não podem ser submetidos ao controle de legalidade do judiciário e pessoas que não podem ser processadas.

1 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONCEITO DE “JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO”

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

Numa primeira leitura, poucas são as conexões possíveis entre as transições políticas experimentadas pelos países do Eixo no pós-II Guerra Mundial, os países da Ásia e África coloniais que tornaram-se independentes (embora nem sempre democráticos), os países do Sul da Europa na quadra histórica da década de 1970, as democracias latino-americanas pós-regimes militares e ditaduras subsidiadas por potências estrangeiras e, por fim, os países oriundos da divisão e abertura do antigo “bloco comunista” capitaneado pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, no que concerne a formulação do conceito de um dado tipo de “justiça” específico ao contexto transicional.

Inobstante, existe sim um elemento comum a todas essas transições, e o modo de lidar com ele ensejou a criação de inúmeros tratados e resoluções internacionais, além de centenas de leis e processos nacionais e regionais, culminando na formulação de um conceito contingente de justiça a ser aplicado nos casos concretos. O elemento comum, de toda sorte, é negativo: trata-se do acervo de violações a regras de proteção mínimas e fundamentais dos direitos humanos cumuladas com a ação estatal ou de grandes grupos organizados no território estatal voltada ao empreendimento dessas violações. Resta de comum a todos estes processos transicionais, portanto, a necessidade de restabelecer um Estado de Direito e, a um só tempo, equacionar as violações empreendidas em nome deste mesmo Estado no período de exceção e autoritarismo.

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

A Justiça de Transição se refere ao campo de atividade e investigação focado em como as sociedades lidam com seus legados de abusos contra os direitos humanos, atrocidades em massa, ou outras formas graves de traumas sociais, incluindo genocídios e guerras civis, de maneira a construir um futuro mais democrático, justo ou pacífico. (2004, p. 1045 – tradução livre).

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

O conceito é comumente entendido como uma maneira de confrontar o passado abusivo como um componente da transformação macro política. Isto geralmente envolve a combinação de estratégias complementares judiciárias e extrajudiciárias, tais como ações de investigação contra os torturadores, o estabelecimento de comissões da verdade e outras formas de investigação sobre o passado; concentrando esforços em direção à reconciliação nas sociedades divididas, desenvolvendo reparações em bloco para aqueles mais fortemente atingidos pela violência ou abuso, trazendo à tona o direito à memória e lembrando as vítimas; e reformando um amplo espectro das instituições de Estado que serviram à perpetração dos abusos (tais como serviços de segurança, polícia ou militares). (Ibidem, p. 1045 – tradução livre).

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

Assim, a referência à justiça de transição tem, notadamente, um significado diferente da referência à transição para a democracia, uma vez que nesta segunda o foco central das preocupações estará na estabilização de um sistema eleitoral razoavelmente democrático, chegando-se mesmo a confundir os requisitos essenciais de uma democracia com os procedimentos mínimos necessários a empresa de uma eleição.

O desenvolvimento do campo da justiça transicional, mais notadamente no que refere as experiências institucionais, gera uma fonte normativa interessante para o Direito, uma vez que o acúmulo destas experiências pode se consolidar não apenas em pareceres técnicos, experiências comparadas, acordos e tratados internacionais, e assim por diante, mas também em farta jurisprudência, tanto no plano interno quanto, e mais especialmente, no plano internacional.

Os estudos acadêmicos gradualmente puderam classificar estas experiências concretas em dimensões que passaram a influir no modo como os estados organizaram a inserção de novos mecanismos em seus processos internacionais e, sobremaneira, o modo como as cortes, nacionais e internacionais, passaram a verificar o cumprimento de dadas obrigações legais, de modo a que, nesta dinâmica de dupla face, chegou-se a consolidação de alguns conjuntos de efeitos normativos.² É esse processo que leva Teitel a formulação uma concepção jurídica do conceito nos seguintes termos: “a Justiça de Transição pode ser definida como uma concepção de justiça associada com períodos de mudança política, caracterizada pelas respostas legais de confrontação as malfeitorias do regime repressor precedente” (2003, p. 69 – tradução livre).

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

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

A administração do modelo do primeiro pós-Guerra de justiça de transição, caracterizada pela falência dos julgamentos nacionais, foi deixada à Alemanha. Visto a partir da história posterior, ficou claro que os julgamentos nacionais do primeiro pós-Guerra não serviram para deter futuras carnificinas. Numa resposta crítica evidente ao passado, a justiça transicional do segundo pós-Guerra começou por abster-se de julgamentos nacionais, ao invés, procurou a responsabilização criminal internacional para a liderança do Reich. (2003, p. 72 – tradução livre).

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

A primeira fase de formulação da justiça transicional estende-se de 1945 até meados de 1970 e tem, portanto, um caráter internacionalista e punitivo, uma vez que fora necessário o afastamento da jurisdição nacional para se chegar a punição dos responsáveis pelas atrocidades perpetradas na Segunda Grande Guerra.

Esse modelo de aplicação de justiça concreta tem, portanto, uma conexão umbilical com o modelo de transição em questão. Apenas foi possível dado o completo colapso do Estado Nação que abrigou as atividades criminosas. É na primeira fase, portanto, que são mapeados aqueles que serão dois dos elementos-chave das políticas transicionais: (i) a reforma das instituições perpetradoras dos crimes com vistas à não-repetição e a (ii) responsabilização individual e punição dos delitos perpetrados em nome do regime. A primeira medida, ainda, desdobrar-se-á numa segunda: o processo de depuração da máquina pública, com a remoção dos servidores que deram suporte ao regime das funções públicas essenciais do Estado (cf.: Mayer-Rieckh e De Greiff (org.), 2007).

Enquanto a primeira fase de consolidação da justiça de transição teve como panorama concreto um conjunto de estados desmantelados sendo reconstruídos sob a égide das potências nacionais que falavam em nome da comunidade internacional, as transições da segunda fase de consolidação, situadas entre meados de 1970 e 1989, encontram como cenário uma ordem mundial em plena mutação com o declínio da União Soviética e o surgimento de um mundo multipolar, sendo que na maior parte dos casos a própria experiência anti-democrática e a transição guardam relações em alguma medida com a própria disputa bipolar entre Estados Unidos e União Soviética que chagava ao fim.

Mais ainda: se em 1945 uma ampla intervenção internacional foi possível para a reconstrução dos estados beligerantes, nas transições da terceira fase a maior parte dos processos será de iniciativa e execução nacional, de modo que o restabelecimento do Estado de Direito pode contar com o direito internacional não para a promoção dos julgamentos, mas apenas como referência de parâmetros legais razoáveis a serem aplicados quando da retomada democrática. Nesta fase, as intervenções externas eram mal vistas pela própria comunidade internacional. Uma vez que as décadas da Guerra Fria tornaram comuns as intervenções externas de ordem ideológica, a política do momento era a de permitir que os próprios países em transição desenvolvessem seus caminhos para a democracia, evitando o ressurgimento de disputas locais que se ligassem as disputas da antiga ordem internacional em decomposição.

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

A justiça de transição na sua segunda fase reflete um balanço de valores considerados relevantes que dificilmente coincidem com os valores de um Estado de Direito ideal. Como o objetivo era promover a legitimidade, princípios pragmáticos guiaram a política da justiça e o senso de adesão ao Estado de Direito. A justiça transicional conectou-se a uma concepção de justiça que é imperfeita e parcial. O que é justo e correto em circunstâncias políticas extremas fora determinado pelo próprio contexto transicional. (2003, p. 76 – tradução livre).

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

A impossibilidade política de levar a julgamento os criminosos de Estado no plano nacional, evitando um prestação de contas direta nos moldes da fase um, fez com que os estados buscassem outras formas de

equacionar seus débitos autoritários. Duas medidas transicionais de alta relevância são produto desta fase: (i) as reparações em escala às vítimas (que surge também como conseqüência do amadurecimento dos processos da primeira fase no que toca aos crimes nazistas) e (ii) o estabelecimento de comissões da verdade como forma de prestação de contas desde uma perspectiva histórica.

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

O projeto de verdade e reconciliação incorpora muito do seu discurso de fora do direito, em especial da ética, medicina, e teologia. Seu propósito não é meramente a justiça, mas a paz para os indivíduos e a sociedade como um todo. (2003, p. 82 – tradução livre).

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

Com a definitiva existência de um tribunal permanente com jurisdição ampla para tratar de questões transicionais (mais notadamente na esfera penal), somada ao suficiente desenvolvimento normativo do direito internacional e de outras fontes, torna-se possível afirmar que hoje a justiça de transição possui uma base de fundamentação consolidada, a ser aprimorada com o tempo. Da genealogia apresentada, chama a atenção o modo como a fase dois serve, duplamente, para ampliar o acervo de mecanismos disponíveis para os processos transicionais na medida em que tenta se desviar da utilização da justiça penal e, ainda, fortalece a base normativa da própria utilização da justiça penal, na medida em que essa negativa de investigar e punir leva o direito internacional a estabelecer precedentes vários sobre a existência não de uma *faculdade* de investigar e punir pelos Estados, mas sim de uma *obrigação* de investigar e punir crimes contra os direitos humanos, sendo apenas os demais crimes passíveis de qualquer forma de perdão (cf. May, 2005).

Por todo o discutido, pode-se definir justiça de transição como o conjunto de esforços jurídicos e políticos para o estabelecimento ou restabelecimento de um sistema de governo democrático fundado em um Estado de Direito, cuja ênfase de atuação não recai apenas sobre o passado, mas também numa perspectiva de futuro. A base normativa da ideia de justiça de transição lança raízes na aplicação penalizante do direito internacional no tribunal de Nuremberg, amplia-se com as medidas de memória, verdade e reparação empreendidas mormente no plano nacional dos países que viveram democratizações durante a terceira onda e consolida-se em diversos

documentos e tratados internacionais durante uma fase da qual somos contemporâneos, com o surgimento de organismos internacionais específicos para o processamento de determinadas demandas, como é o caso do Tribunal Penal Internacional. Importa ainda destacar que, por condição de seu surgimento na luta contra a impunidade e a tirania, a justiça de transição é caracteristicamente vocacionada para a promoção dos direitos das vítimas, sendo, portanto, diferente o enfoque dado a esta questão por estudos “das transições políticas” e “de justiça de transição”.

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

2 O PROBLEMA DAS CLASSIFICAÇÕES NÃO-SUBSTANCIAIS: JUSTIÇA LEGAL E JUSTIÇA POLÍTICA NA CRIAÇÃO E APLICAÇÃO DE MECANISMOS TRANSICIONAIS

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

[...] podemos representar as instituições da justiça numa única linha, com a justiça legal pura num extremo e a justiça política pura no outro. A justiça administrativa pode localizar-se mais próxima de um ou de outro extremo [...]. Ademais, a justiça legal pode ser impura, e ainda assim ser reconhecida como legal. Por outro lado, algumas formas de justiça política compartilham importantes características com a justiça legal. (ELSTER: 2006, p. 104 – tradução livre)

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

Do acúmulo de experiências históricas e do arcabouço normativo formulado com o passar dos anos, pode-se classificar o conjunto de mecanismos de promoção de medidas transicionais em quatro grandes categorias descritivas (Cf. Elster, 2006; Van Zyl, 2009; Brito, 2009; Teitel, 2000; Bickford, 2004; Genro, 2009):

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

Cada um destes conjuntos apresenta características próprias, porém, grosso modo, pode-se dizer que os dois primeiros conjuntos agregam um perfil mais político (traduzindo-se em medidas que dependem da aprovação da maioria, diretamente ou representada), enquanto os dois últimos um perfil mais legal (uma vez que pode-se, formalmente, depreender sua necessidade desde o próprio ordenamento jurídico). Com essa constatação é possível identificar os fóruns privilegiados para a implementação de cada conjunto de medidas.

Enquanto as reformas institucionais e administrativas, bem como as políticas para a reconciliação, memória e esquecimento são prioritariamente conduzidas pelos poderes Legislativo e Executivo, as políticas de reparação as vítimas tendem a ser implementadas por tribunais (mesmo quando tribunais administrativos com competência extraordinária, situados no Executivo, num modelo que a classificação de Elster definiria como de justiça administrativa legal) e a responsabilização por crimes e atrocidades, prioritariamente, processadas pelo sistema regular de justiça nacional (sendo o uso do sistema internacional um indício de ineficiência do nacional). Desta feita, não faz sentido imaginar um tribunal conduzido pelo Poder Legislativo, ou, ainda, que o Judiciário seja o agente a deliberar sobre quais reformas deve o Estado empreender para que as violações aos direitos humanos não tornem a acontecer.

Seguindo com Elster, temos que é altamente recomendável que a justiça legal seja o principal guia de ação do processo transicional, uma vez que é a ela que se referem no uso ordinário do Direito conceitos como “segurança jurídica” e “legalidade”, mas que isso nem sempre é possível ou desejável quando consideradas as situações concretas sobre as quais a justiça de transição deve incidir.³ Essa situação torna-se mais evidente quando analisamos os componentes do conceito de justiça legal pura de Elster:

- 1º Leis claras
- 2º Independência do Judiciário
- 3º Juízes imparciais
- 4º Obediência do Devido Processo Legal

A definição de justiça legal é formatada desde a perspectiva de uma democracia em funcionamento pleno, com o Império do Direito consolidado. É isso que situa a tipologia de Elster – como assume o próprio autor – em um plano necessariamente ideal, pois no Século XX é raro identificar algum processo de transição que não parta de um documento constitucional e de um sistema jurídico-político prévio, que definia os critérios de legalidade de forma estrita mas, mesmo assim, ilegítima. Numa concepção positivo-normativista⁴ os dois conjuntos de medidas transicionais relativos à reparação das vítimas e a responsabilização de criminosos de Estado ficam severamente prejudicados, uma vez que, em muitos casos, o sistema de justiça e o próprio Direito foram alterados para justificarem formalmente a perseguição das vítimas, para beneficiar os criminosos, ou, ainda, o próprio regime inseriu no ordenamento medidas de impunidade, com esperança que a positivação de tais medidas as legitimasse no ordenamento. Tais fatos geram aberrações jurídicas onde a forma da lei prejudica a própria substância do direito.

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

[...] restaurar o Estado de Direito é, talvez surpreendentemente, mais fácil nos países nos quais o sistema legal não teve qualquer autonomia durante o período autoritário (Chile e Argentina) do que em países que passaram por uma forma semilegal de autoritarismo e experimentaram grande continuidade entre o autoritarismo e a democracia (Brasil e México). O é assim pois nos casos em que o autoritarismo mudou a própria estrutura do Estado de Direito, é praticamente impossível atingir retroativamente com o Estado de Direito o período prévio à democratização. (Avritzer, 2005, p. 105 – tradução livre).

O que constata Avritzer é que, em países como o Brasil, onde o sistema da repressão instalou-se fundado em amplos consensos não democráticos de variadas elites civis e militares o sistema de legalidade

e a cultura jurídica restam afetados. A herança não fica restrita apenas a produção legislativa e judicial do período, mas também a produção de cultura, e a cultura é referencial-meio necessário para qualquer forma de interpretação.

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

[...] não é surpresa que a transição democrática brasileira impediu tanto as comissões de verdade quanto os julgamentos dos torturadores. Isto é bem conhecido, mas o que é menos reconhecido é quão ativamente tanto os militares quanto o judiciário defenderam o *status quo* no Brasil, enquanto moldavam uma transição na qual uma falsa amnésia – combinada com o orgulho do passado autoritário – estava na ordem do dia. (Pereira, 2000, p. 162 – tradução livre).

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

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

Em três desses países [do antigo Bloco Comunista] – Polônia, Hungria e Bulgária – as cortes constitucionais tiveram que lidar com o cruel dilema de enfrentar o passado: o choque entre a necessidade premente de responder aos abusos do passado e a necessidade de seguir em frente. Por um lado, é importante que os transgressores sejam punidos; eles precisam ter a certeza de que não poderão permanecer com seus ganhos sobre o sofrimento alheio. Mais ainda, permitir que eles continuem nos seus cargos públicos pode sabotar a transição para a democracia. Por outro lado, perseguir os transgressores pode custar a estes países muito do seu pessoal administrativo, gerencial e outros talentos; pode penalizar muitos daqueles que não são mais culpados que outros que serão deixados impunes; pode produzir uma ‘caça às bruxas’; e pode gerar oportunidades para chantagens, especialmente em casos onde é difícil prevenir vazamentos e outras formas de mau usos de arquivos que são frequentemente incompletos ou mesmo falsificados. Este é também o perigo da culpa por associação. (Schwartz, 2002, p. 234 – tradução livre).

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

Muitas dessas questões tem chegado às cortes constitucionais na Polônia, Hungria e Bulgária, requerendo delas uma luta com as questões de restituição, esforços de construção doutrinária, investigações criminais por atos que foram cometidos anos e às vezes décadas atrás, e a abertura de arquivos secretos da polícia. As cortes tem restringido os impulsos de vingança ao impedir alguns dos esforços de punir anteriores autoridades do partido comunista, o pessoal do serviço de segurança e seus colaboradores. As cortes tem limitado o escopo de muitas dessas medidas injustas permitindo apenas aquelas focadas especificamente nos transgressores e limitando-se à abertura de arquivos. (Schwartz, 2000, p. 234-235 – tradução livre).

A análise de Schwartz permite a identificação da difícil inter-relação entre as políticas de justiça transicional necessárias à consolidação democrática e a promoção de justiça em parâmetros razoáveis de uma democracia constitucional. De um lado, não promover justiça significa postergar infinitamente o conflito (confira-se, por exemplo, o caso francês: Bancaud, 2009), de outro, promover apenas “justiça política” pode seccionar a sociedade e causar revolta popular contra as instituições, que continuarão sendo vistas como parciais e arbitrarias, perdendo-se a oportunidade de aproveitar a aplicação de medidas de transição para favorecer o processo democrático.

De um lado, os maiores problemas da Justiça Transicional no antigo bloco comunista dizem respeito ao funcionamento das instituições públicas, que devem passar a trabalhar para a proteção da cidadania, e não mais para a segurança do Estado e da revolução, e as formas de reorganizar toda a sociedade para a volta da existência da propriedade privada. De outro, inobstante, naqueles países é o próprio processo de transição que inaugura (ou re-inaugura) algumas instituições de papel central nas democracias, como as cortes constitucionais, diferentemente do que ocorreu na América do Sul, onde tais espaços foram contagiados pelo regime autoritário.

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

É nesse sentido que as ditaduras do leste europeu foram menos preocupadas em inserir os processos de repressão política em um contexto legal, uma vez que tais processos eram conduzidos, em boa medida, por instituições que independiam de um conceito de legalidade para existirem, uma vez que os principais braços operacionais da repressão funcionavam numa zona de penumbra, controlada de modo eminentemente político.

Todo o processo de transição é eminentemente político, mas as ações de Estado necessariamente fundam-se em bases jurídicas quando as transições pretendem desembocar em democracias constitucionais orientadas pelo Direito.

Assim sendo, caracterizada a peculiaridade do momento transicional e do choque de legalidades formais e materiais dele decorrentes, é necessário avançar na obtenção dos fundamentos da ideia de “Estado de Direito” utilizados para a implementação das medidas transicionais, uma vez que o que se verifica aqui é que a aplicação das medidas transicionais supra-apresentadas desemboca em uma grande tensão na base da ideia do que seja um Estado de Direito, forçando os limites do conceito formal até um ponto onde este perde completamente sua capacidade explicativa e prescritiva, passando a gerar incoerências lógicas radicais, como aquela que faz do princípio da legalidade não uma garantia para o processamento justo, mas sim um pressuposto de impunidade em favor daqueles que romperam com a própria legalidade que o princípio entende proteger.

Para resolver tal tensão, passa o estudo a focar-se na análise do próprio conceito de Estado de Direito numa democracia constitucional para poder chegar a uma definição que não seja meramente formal e permita uma distinção a um só tempo legalmente válida e politicamente legítima, entre Direito e arbítrio. Este conceito deve ser, portanto, aplicável na solução das controvérsias que se exacerbam ao máximo nos debates dos períodos transicionais. Somente um conceito substancial de Estado de Direito, orientado para a democracia, será capaz de solucionar, pela via hermenêutica, as aparentes antinomias entre legalidade formal e mudança política que surgem como produto da superação regimes autoritários, uma vez que é este o conceito operativo que conecta direito e política de forma reciprocamente limitada, permitindo a obtenção de parâmetros razoáveis de ação legítima.

3 SUPERANDO A SEPARAÇÃO ESTRITA ENTRE *JUSTIÇA LEGAL* E *JUSTIÇA POLÍTICA*

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

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

Barroso define três grandes marcos para situar o neoconstitucionalismo:

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

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

Tal elucubração torna-se extremamente útil para este estudo, uma vez que, situando-se a consolidação do Estado Democrático de Direito no final do Século XX, em última análise, fala-se da consolidação de um Estado de Direito que em muitos casos é pós-transicional e pretende-se mais democrático do que é. O instrumento para a permanente democratização que tal pretensão enseja será, entre outros, a própria Constituição, que permeada de princípios permite uma releitura tópica permanente da inter-relação entre as questões de Direito e as questões da Política, sanando em parte a problemática separação que o Direito teve não apenas com a Política, mas também com a Moral e a Ética na idade moderna.⁵

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

Barroso define essa tensão que surge na aplicação, sobretudo dos princípios, como uma tensão entre “a norma e a realidade”, “da qual derivam as possibilidades e os limites do direito constitucional” (Barroso, 2009, p. 80). Essas leituras afirmam a existência de independência entre Direito e Política, sem negar a interconexão entre ambos. Neves trabalha a ideia da Constituição enquanto “acoplamento estrutural” entre os sistemas do direito e da política, o que lhe conduz a conceituar propriamente a existência, no Estado de Direito, de mecanismos para que o sistema político intervenha democraticamente na seara jurídica e vice versa:

Através da Constituição como acoplamento estrutural, as ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas, e vice-versa. Configura-se um vínculo intersistêmico horizontal, típico do Estado de Direito. A autonomia operacional de ambos os sistemas é condição e resultado da própria existência desse acoplamento. (Neves, 2006, p. 98).

Da síntese entre o extraído de Neves e Barroso, temos que o direito constitucional, conforme entendido atualmente, forma um campo de articulação de leis e valores próprios, que gera normas ao serem aplicadas no mundo concreto. Existe assim uma autonomia do direito em relação à política e uma limitação do direito em relação à realidade. Tem-se assim, na resolução constitucional de casos concretos e, conseqüentemente, na jurisdição constitucional, um duplo processo de legitimação, oriundo da legitimidade política do autor e do aplicador da norma, que atuam em momentos diferentes atualizando historicamente o projeto constitucional do país.

Disso tudo decorre a inoperância de qualquer projeto hermenêutico que procure extrair sentido da lei com vistas à concretização de demandas políticas sem visualizar o direito enquanto um sistema articulado de valores que recebe ou não essas demandas em seu interior; ou, ainda, entender o direito sem localizá-lo em seu contexto histórico, que é limitador da efetividade de suas normas (eis a tensão entre norma e realidade).

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

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

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

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

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

Com a expressão ‘Estado de Derecho’ se entendem, habitualmente, no uso corrente, duas coisas diferentes que é oportuno distinguir com rigor. No sentido lato, fraco ou formal, ‘Estado de Derecho’ designa qualquer ordenamento no qual os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos nas formas e procedimentos legalmente estabelecidos. Neste sentido, corresponde ao uso alemão do termo *Rechtsstaat*, são Estados de Direito todos os ordenamentos jurídicos modernos, incluindo os mais anti-liberais, nos quais os poderes públicos tem uma fonte e uma forma legal. Num segundo sentido, forte ou substancial, ‘Estado de Derecho’ designa, ao contrário, apenas aqueles ordenamentos nos quais os poderes públicos estão sujeitos à lei (e, portanto, limitados ou vinculados por ela), não somente quanto às formas, mas também nos conteúdos. Neste significado mais restrito [...] são Estados de Direito aqueles ordenamentos nos quais todos os poderes, incluído o Legislativo, estão vinculados com relação ao respeito dos princípios substanciais, estabelecidos pelas normas constitucionais, como a divisão de poderes e os direitos fundamentais. (Ferrajoli, 2003, p. 13-14 – tradução livre).

A distinção entre “Estado de Direito formal” e “Estado de Direito substancial” proposta por Ferrajoli não é muito distante da disputa em torno do conceito de “*rule of law*” tida há cinquenta anos entre Fuller e Hart. A principal diferença é que, enquanto aquela se dava num contexto de disputa entre jusnaturalistas e juspositivistas, o atual debate dá-se nos marcos da consolidação de uma leitura constitucionalista (ou “neoconstitucionalista”) do direito que, de si, já possui alguns predicados que conduzem a própria superação da relação binomial entre “jusnaturalismo” e “juspositivismo” por meio da tensão e equacionamento entre “democracia” e “direitos fundamentais” enquanto pólos reciprocamente limitantes inscritos na ordenação constitucional (cf. Habermas, 2003).

É nesse contexto, onde uma ideia pós-positiva do Direito torna-se possível sem o recurso exclusivo a regras morais, é que Rosenfeld estabelece como três os requisitos essenciais mínimos para um “Estado de Direito”:

Em linhas gerais, o Estado de Direito requer (i) que o conjunto dos cidadãos seja sujeito apenas às leis publicadas; (ii) que a função legislativa seja mantida separada da função jurisdicional; (iii) e que ninguém dentre os dirigentes do Estado esteja acima da lei. (2001, p. 2 – tradução livre).

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

Ocorre que estas definições permitem a conceitualização negativa de Estado de Direito, indicando o que ele não é. O problema para se chegar a uma conceitualização positiva será, logicamente, enfrentar a dupla dimensionalidade dos conceitos jurídico-político aplicados, quais sejam: a dimensão descritiva, mas também a prescritiva. Para ilustrar a inter-conexão entre as dimensões descritivas e prescritivas das categorizações sobre as formas de governo. Trazendo esta discussão para a definição do escopo de Estado de Direito, Rosenfeld define que:

As dificuldades acima [sobre o conceito negativo] são agravadas por não haver consenso sobre o que o ‘Estado de Direito’ deve ser, mesmo sendo razoavelmente claro o que é contrário a ele. Uma parte importante do problema repousa sobre o fato de que o ‘Estado de Direito’ é um ‘conceito essencialmente contestável’, que é um conceito com conteúdo tanto descritivo quanto prescritivo sobre o qual há falta de acordo. Exatamente como nos casos de conceitos tais quais ‘liberdade’ ou ‘igualdade’, o significado descritivo do ‘Estado de Direito’ depende do significado prescritivo a ele atribuído, e tipicamente no contexto das complexas políticas contemporâneas surgirão vigorosos debates e desacordos concernentes às sustentações prescritivas relevantes. (Ibidem, p. 04 – tradução livre).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: JUSTIÇA TRANSICIONAL E ESTADO DE DIREITO SUBSTANCIAL

Assim, se uma visão formal, eivada de qualquer conteúdo, do que é o “estado de direito” pode permitir a uma ditadura dizer-se um estado de direito, pois fundada em leis, uma visão substancial não oferece abrigo a tal interpretação, pois quando a ideia de Estado de Direito se conecta à ideia de uma democracia constitucional, esvazia-se de sentido a pretensão de que leis não legítimas e desvinculadas do próprio processo constitucional

sejam aceitas como leis de direito, e não leis dos homens. É assim que o Estado de Direito, entendido enquanto “Império do Direito”, e não enquanto “império do texto legal”, evita aquilo que Rosenfeld define como o maior paradoxo para do Estado de Direito, consistente em sua utilização para a negação dos princípios que o fundamentam.

É desta forma que somente uma visão substancial do que é o Direito permite-o operar de forma legítima enquanto mecanismo de implementação da vontade da maioria e com respeito às liberdades individuais que fundam o regime democrático:

Em termos da estrutura institucional necessária para a democracia constitucional, e da implementação da vontade da maioria através da lei, o Estado de Direito aparece definitivamente ao lado do Estado, e frequentemente contra os cidadãos. Ao contrário, na conexão com a proteção aos direitos fundamentais, o Estado de Direito aparece ao lado dos cidadãos contra o Estado. A extensão da lei constitucional pode ser invocada pelos cidadãos contra as leis e políticas do Estado. (Rosenfeld, 2001, p. 04 – tradução livre).

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

O ‘Estado de Direito’ é frequentemente contrastado com o ‘regramento pela vontade dos homens’. Ao passo que geralmente o ‘regramento pela vontade dos homens’ (ou, como dizemos hoje, ‘o regramento pela vontade de pessoas individuais’) geralmente possui a conotação de uma regra pessoal irrefreável e potencialmente arbitrária dada por um legislador ilimitado e talvez imprevisível, isso será entendido em termos mais gerais. Para o presente propósito, mesmo a regulação através da lei será considerada enquanto ‘regramento pela vontade dos homens’, se a lei puder ser alterada unilateralmente e arbitrariamente, se ela for amplamente ignorada, ou se o legislador e seus associados constantemente permanecerem acima da própria lei. No mínimo, então, o Estado de Direito requer [i] justiça generalizada regulada pela lei, [ii] um montante substantivo de previsão legal – através de leis de aplicação geral, publicadas e amplamente esperadas; [iii] uma separação significativa entre o legislativo e o judiciário; e, [iv] a ampla aderência ao princípio de que ninguém está acima da lei. De acordo com isso, qualquer regime legal que se enquadre nesses requisitos mínimos será considerado satisfatório para as prescrições do ‘Estado de Direito no sentido estrito’. (Ibidem, p. 12 – tradução livre).

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

As ideias normativas contidas no conceito de justiça de transição, neste sentido, agregam força política para a consolidação do Estado Democrático de Direito, na medida em que tornam-se visíveis os contornos políticos contidos das decisões que limitam a democracia em nome dos direitos fundamentais. No caso concreto, a lição é que determinados direitos não podem ser limitados pela democracia, sob pena de desconfigurarem o Estado de Direito. Por óbvio, neste termos, não existe legitimidade de exceção presente numa ditadura que possa o fazer.

Ainda, a substancialização do Direito permite estabelecer claras distinções entre o que é Direito e o que é arbítrio, construindo uma saída para a “sinuca” positivista de que impede o questionamento das leis de uma ditadura simplesmente por serem estas leis um conjunto positivo ordenado segundo uma regra prévia.

É assim que o debate sobre a justiça de transição permite uma mais plena reflexão afirmativa sobre o Estado de Direito, viabilizando caminhos concretos para sua implementação em searas extremamente delicadas. A Justiça de Transição, a um só tempo, lida com um grande legado de violações a direitos humanos e fundamentais no passado, mas também com um conjunto de ideias políticas que as tornaram viáveis e aceitáveis (mesmo que tacitamente) em dado período. O resgate deste debate e devolução do mesmo aos termos da justiça permite, a um só tempo, o restauro da confiança cívica dos cidadãos no Estado, a re-equiparação de todos enquanto iguais perante a lei democrática e autolimitada e, sobretudo, uma negação por parte do Estado Democrático de Direito de toda a forma de arbítrio e violação do passado – mesmo as tidas em seu nome.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação. In: SANTOS, Boaventura; ABRÃO, Paulo; MACDOWELL, Cecília; TORELLY, Marcelo D. (Org.). *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro*. Brasília/Coimbra: Ministério da Justiça/Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2010.
- AVRITZER, Leonardo. *Democracy and Public Space in Latin America*. Princeton: Princeton University Press, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BANCAUD, Alain. A Justiça Penal e o tratamento de um conflito sem fim – A França e o término da Segunda Guerra Mundial (1944-2009). Trad. José Ribas Vieira e Marcelo D. Torelly. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição, Brasil: Ministério da Justiça*, n. 1, p. 84-111, jan./jun. 2009.
- BESSON, Samantha; MARTÍ, José Luis. Law and Republicanism: mapping the issues. In: BESSON, Samantha; MARTÍ, José Luis (Org.). *Legal Republicanism – National and International Perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 03.37
- BICKFORD, Louis. Transitional Justice. In: *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*. Volume III. Nova Iorque: MacMillan, 2004. p. 1045-1047.
- BOIS-PEDAÍN, Antje du. *Transitional Amnesty in South Africa*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- BRITO, Alexandra Barahona de. Justiça Transicional e a Política da Memória: Uma Visão Global. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição, Brasil: Ministério da Justiça*, n. 1, p. 56-83, jan./jun. 2009.
- ELSTER, Jon. *Rendición de Cuentas – La Justicia Transicional en Perspectiva Histórica*. Buenos Aires: Katz, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trota, 2003. p. 13-29.
- FULLER, Lon L. Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart. In: *Harvard Law Review*, n. 71, 1958.
- GENRO, Tarso. *Teoria da Democracia e Justiça de Transição*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009.
- GINZBURG, Carlo. La prueba, la memoria y el olvido. In: EIROA, Pablo; OTERO, Juan. *Memoria y Derecho Penal*. Buenos Aires: Fabián di Plácido editor, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: HABERMAS, Jürgen. *A era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- MAY, Larry. *Crimes Against Humanity – a normative account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- MAYER-RIECKH, Alexander; DE GREIFF, Pablo (Org.). *Justice as Prevention – vetting public employees in transitional societies*. New York: Social Science Research Council, 2007.
- ONU (HR/PUB/06/4). *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: iniciativas de enjuiciamiento*. Ginebra, 2006.
- PEREIRA, Anthony. *Political (In)Justice – Authoritarianism and the rule of law in Brazil, Chile, and Argentina*. Pittsburgh: Pittsburgh University Press, 2005.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o Estado Democrático de Direito. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 12, p. 11-63, 2004.

SCHWARTZ, Herman. *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*. Chicago and London: Chicago University Press, 2002.

TEITEL, Ruti. *Transitional Justice*. Oxford e New York: Oxford University Press, 2000.

TEITEL, Ruti. *Transitional Justice Genealogy*. In: *Harvard Human Rights Journal*, v. 16, 2003.

VAN ZYL, Paul. Promovendo a Justiça Transicional em sociedades pós-conflito. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasil: Ministério da Justiça, n. 1, p. 32-55, jan./jun. 2009.

WOUTERS, Jan. La obligación de judicializar los crímenes de derecho internacional. In: HURTADO, Michael Reed (Org.). *Judicialización de crímenes de sistema – estudios de caso y análisis comparado*. Bogotá: ICTJ, 2008. p. 79-98.

NOTAS

¹ Parte deste texto é produto da dissertação de mestrado “Justiça de Transicional e Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro” apresentada por Marcelo D. Torelly à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob orientação de Eneá de Stutz e Almeida. Uma versão preliminar deste texto foi debatida no XIX Congresso Nacional da Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI).

² Para o desenvolvimento deste debate, confira-se o texto “Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação” (Abrão e Torelly, 2010).

³ “[...] é possível que as violações [à justiça legal pura no processo transicional] sejam inevitáveis, e, mesmo, desejáveis em algumas situações, e mesmo quando não forem nem uma coisa nem a outra, podem ser compreensíveis e mesmo perdoáveis. Quando se acumulam muitas violações, ou quando a violação é a critérios fundamentais, de toda sorte, se chega a um ponto onde a própria ideia de justiça legal passa a ser substituída pela de justiça política.” (Eslter, 2006, p. 108 – tradução livre).

⁴ Barroso define uma concepção positivo-normativista da Constituição, que consequentemente vincula o ordenamento jurídico, estabelecendo sua oposição com uma concepção sociologista, nos seguintes termos: “Na vertente oposta situa-se a concepção estritamente jurídica da Constituição, vista como lei suprema do Estado. Ligada ao positivismo normativista, essa corrente teve seu ponto culminante na elaboração teórica de Hans Kelsen, considerados um dos maiores juristas do Século XX. Em busca de um tratamento científico que conferisse “objetividade e exatidão” ao Direito, Kelsen desenvolveu sua teoria pura, na qual procurava depurar seu objeto de elementos de outras ciências (como a sociologia, a filosofia), bem como da política e, em certa medida, até da própria realidade. Direito é norma; o mundo normativo é o do dever ser, e não o do ser. Nessa dissociação das outras ciências, da política e do mundo dos fatos, Kelsen concebeu a Constituição (e o próprio Direito) como uma estrutura formal, cuja nota era o caráter normativo, a prescrição de um dever ser, independentemente da legitimidade ou justiça de seu conteúdo e da realidade política subjacente.” (2009, p. 79).

⁵ A esse respeito, afirma Barroso: “O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. Em certo sentido, apresenta-se ele como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não se trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente.” (2007, p. 06).