



CLAUSURA DA “SALA DE MÁQUINAS” E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A ADPF 153.

Ricardo Silveira Castro¹

RESUMO: No bojo das construções teóricas elaboradas por Roberto Gargarella - sobretudo no que diz respeito à limitação de efetividade que a parte orgânica pode gerar à parte dogmática dos textos constitucionais - o presente trabalho se propõe a analisar o nível de enquadramento da Constituição Federal de 1988 no paradigma constitucional predominante na América Latina, que privilegia o arrolamento de direitos e garantias individuais e mantém o exercício de poder restrito a órgãos e instituições (representativas ou não) de baixa ventilação democrática. Após o mapeamento da "sala de máquinas" da Constituição Cidadã, volta-se especificamente para o questionamento da legitimidade democrática do modelo de jurisdição constitucional que, a partir da compreensão de um caso em concreto (a ADPF 153) demonstra-se como forma de exercício do poder desvinculada e independente de qualquer controle ou participação popular e evidencia a iniquidade de avanços na parte dogmática que não sejam seguidas de mudanças na parte orgânica da Constituição.

Palavras-chave: Constituição – Democracia – Poder

ABSTRACT: In the midst of the theoretical constructs developed by Roberto Gargarella - especially to the effectiveness's limitation that the organic part can generate in the dogmatic part to constitutional texts - this work analyze the classification level of the Federal Constitution of 1988 in the prevailing constitutional paradigm in Latin America, which favors the listing of individual rights and guarantees and maintains the exercise of power restricted to institutions and bodies (representative or not) of low democratic ventilation. After mapping the "engine room" of the Citizen Constitution, turns specifically to the question of the democratic legitimacy of the constitutional jurisdiction model, from the understanding of a particular case (the ADPF 153) is demonstrated as a way

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: silveiraricardocastro@gmail.com.

of exercise unrelated and independent power to any control or popular participation and highlights the inequity of advances in the dogmatic part that are not followed by changes in the organic part of the Constitution.

Keywords: Constitution - Democracy - Power

INTRODUÇÃO

Quando a Constituição é concebida como eixo fundamental de veiculação de modificações na estrutura social (e econômica, portanto), é indispensável que a relação entre as suas duas principais seções - orgânica e dogmática - seja efetivamente compreendida, sob pena de se persistir em alternativas institucionais incapazes de cumprir os objetivos sociais assinalados no texto constitucional. A história constitucional latino americana, compreendida nos dois últimos séculos, está repleta de exemplos nesse sentido.

Inicialmente, importa esclarecer que a noção de existência de duas principais seções (setores ou partes) no texto das constituições está presente desde as primeiras teorizações a respeito do fenômeno constitucional. Com o advento das constituições escritas, tal noção ganha espaço no debate da teoria constitucional com as discussões a respeito da função da constituição. Nesse particular, a constituição passa a ser entendida como o instrumento pelo qual se reconhecem direitos e garantias individuais, por um lado, e limita-se o exercício do poder, com o fim de evitar arbitrariedades, por outro. De um modo geral, a divisão da constituição entre duas seções, uma dogmática e outra orgânica, está diretamente vinculada a esse quadro teórico inicial. Quando falamos em parte dogmática, estamos nos referindo justamente da disposição de direitos fundamentais, diretamente relacionados com as liberdades individuais, os direitos socioeconômicos e, ainda, todos aqueles de caráter coletivo, transindividual ou difuso. De outra banda, o setor orgânico da Constituição está vinculado basicamente à engenharia institucional - por meio da qual o poder será exercido: desenho da divisão do poder, com a fixação de competências para cada uma das instituições estatais, bem como a elaboração

do sistema de acesso a esses órgãos. A relação de dependência entre essas duas partes faz da segunda o “motor” da Constituição, capaz de viabilizar ou impedir a efetividade do que está estabelecido na primeira.

O processo de independência dos países latino-americanos não importou na ruptura substancial com a estrutura sócio-política vertical construída pela relação entre colônia e metrópole (ANSALDI, 2012). A esse proposto, importa destacar que a concepção da “desigualdade como regra”, tanto no campo político quanto no campo econômico, manteve-se hígida nos projetos constitucionais resultantes nesse período. É em meados do século XIX que a aliança entre liberais e conservadores consolida a matriz do “constitucionalismo de fusão” (GARGARELLA, 2014), que contempla interesses liberais na parte dogmática (previsão de direitos e liberdades que garantissem o resguardo da autonomia individual) e interesses conservadores na parte orgânica (estabelecimento de direitos políticos restringidos que implicassem na exclusão das massas nos processos de tomada de decisão).

O modelo proposto pela aliança liberal-conservadora se perpetuou nos textos constitucionais brasileiros, desde a primeira República. Os momentos históricos de reivindicações sociais e políticas tiveram papel importante na conquista de avanços significativos em termos de participação política – e a conquista do voto universal no século XX é o expoente máximo desse processo. Ocorre que, de um modo geral, os reclamos dos setores sociais marginalizados são traduzidos em termos de “direitos” a serem incorporados no texto constitucional. Assim, verifica-se que a melhor resposta do Estado aos protestos e movimentações sociopolíticas é o reconhecimento, na parte dogmática da Constituição, dos direitos reivindicados. No que diz respeito à forma de exercício do poder – e ao controle das instituições que o exercem – tem-se uma continuidade centralizadora de caráter democrático duvidoso.

É justamente a partir da identificação desse problema que o presente trabalho pretende mapear, de forma objetiva, a “sala de máquinas” da Constituição Federal de 1988, isto é, a forma de exercício do poder no Estado brasileiro fundado em outubro de 1988. Na sequência, buscar-se-á analisar um caso concreto de jurisdição constitucional (a ADPF 153) que evidencia a

ineficácia de mudança da parte dogmática da Constituição que não seja acompanhada por alterações na parte orgânica da mesma.

1. A “SALA DE MÁQUINAS” DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ: CONSIDERAÇÕES SOBRE AS FORMAS DE EXERCÍCIO DO PODER

O artigo que inaugura o texto constitucional de 1988 parece, em um primeiro momento, radicalizar a abertura da “sala de máquinas” da Constituição ao afirmar que todo o poder emana do povo. A rigor, o preceito reconhece que o povo é a fonte de legitimidade de exercício do poder. No momento de organizar o exercício desse poder, entretanto, começam a aparecer os obstáculos. Nesse sentido, estabelece a Constituição de 1988 que o poder será exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente, por meio de mecanismos por ela previstos (plebiscito e referendo, basicamente).

O sistema de representação predomina no campo de exercício dos Poderes Legislativo e Executivo. Nesse sentido, impõe a Constituição que Deputados Federais, Deputados Estaduais, Vereadores, Presidente da República, Governadores dos Estados e Prefeitos sejam eleitos pelo voto popular a um mandato de 4 anos – enquanto os Senadores serão, também pelo voto popular, conduzidos a um mandato de 8 anos (a manutenção do esquema bicameral no âmbito do legislativo da União é influência do modelo norte-americano que persiste em nossa forma de organizar o exercício do poder). Interessa pontuar que o voto periódico é o meio de interferência do povo na administração do bem público e nos processos de tomada de decisões políticas. Não existem formas de controle popular por parte da população da atuação de seus representantes, como referendos revogatórios de mandato, por exemplo. A saída disponível aos cidadãos é qualificar o debate proposto durante os pleitos eleitorais, uma vez que – eleitos – os seus representantes assumem a função com plenos poderes para tomarem partido nas escolhas políticas a serem perseguidas, independentemente de consulta prévia de seus eleitores (ou da chancela popular de tais decisões, após terem sido tomadas).

Eis que surge a pergunta: mas os mecanismos de democracia direta previstos na Constituição Federal não teriam o potencial de abrir a “sala de máquinas” ao acesso popular? Em tese, sim. Alias, cabe destacar que os pensadores latino-americanos vinculados à matriz radical-republicana (José Artigas no Uruguai e Francisco Bilbao no Chile, por exemplo) tinham no exercício direto da cidadania um dos pilares fundamentais da forma de organização do poder, capaz de substancializar as transformações necessárias em sociedades social e economicamente desiguais. Entretanto, a prática constitucional demonstrou que as cláusulas participativas previstas no texto de 1988 apresentaram aplicabilidade restrita em razão da tendência que as instituições estatais demonstram de limitar o acesso popular aos processos de tomada de decisão política. Para a constatação dessa realidade, no caso brasileiro, é suficiente a identificação do procedimento de formulação de consultas populares por meio de plebiscitos e referendos. Nesse sentido, é de competência exclusiva do Congresso Nacional – nos termos do artigo 49, inciso XV da Constituição – a autorização de referendo e a convocação de plebiscito. Na prática, esses mecanismos potencialmente inclusivos não têm sido utilizados: em quase três décadas de vigência da Constituição, houve um plebiscito (1993) e um referendo (2005) no âmbito nacional².

No que diz respeito ao funcionamento do Poder Judiciário, a ausência de participação popular é de grau ainda mais marcante. Seja no que diz respeito à composição, seja no que tange ao processo de tomada de decisão em si, é de se notar que o sistema adotado exclui a ingerência da população, que – nesse particular – se coloca como “expectador” do fenômeno jurisdicional. Enquanto detentor do poder de “dizer o direito”, o Judiciário assume papel fundamental no direcionamento de pautas prioritárias para Estado, seja no campo da economia, seja no campo da política. Some-se a isso a realidade da judicialização das principais disputas políticas e sociais experimentada na última década e compreenderemos o protagonismo que esse poder tem assumido no cenário sócio-político brasileiro. Antes da virada do século, o argentino Carlos Nino já havia indicado que o inchaço das listas de direitos das Constituições

² SUPERIOR TRIBUNAL ELEITORAL. Plebiscitos e referendos em âmbito nacional. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos/plebiscito-e-referendo>. Acesso em 3 maio de 2016.

desacompanhado de reformas nas formas de exercício do poder (leia-se: executivo, legislativo e judiciário) geraria um desequilíbrio, com a tendência de concentração de poderes aquele órgão competente pela atividade jurisdicional (GARGARELLA,). No caso brasileiro, essa tendência se confirma e é agravada pela circunstância da ausência de controle externo do Poder Judiciário (atualmente tal prerrogativa cabe ao Conselho Nacional de Justiça que, embora não integre formalmente a organização do Judiciário, é composta majoritariamente por juízes).

Embora consagre o voto universal, direto, periódico e secreto como cláusula pétrea, a Constituição Cidadã reitera o modelo constitucional de restrição do acesso popular nos mecanismos de tomada de decisão. De um modo objetivo, é possível verificar que, no que diz respeito ao exercício do poder, a dinâmica proposta pelo texto constitucional: o cidadão escolhe seus representantes, que o substituirão nos processos de tomada de decisão (poder executivo e legislativo). Quanto à função jurisdicional, fixa-se que os critérios estabelecidos pelo próprio texto constitucional (de caráter técnico-burocrático, como o estabelecimento de regras para a seleção de magistrados, via concurso público, por exemplo) serão os mais eficientes na formação de um Judiciário independente.

Se o quadro geral de ausência de participação popular na composição, no funcionamento e no controle do Poder Judiciário já figura como traço perturbador da nossa engenharia constitucional, é preciso reconhecer que o estudo da forma de composição e de atuação do órgão competente para realizar a jurisdição constitucional revela ainda menor grau de legitimidade popular. Composto por onze cidadãos “de notável saber jurídico e reputação ilibada” nomeados pelo Presidente da República após o aval do Senado, o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Judiciário que recebe a competência para realizar a jurisdição constitucional no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade.

A pretensão do presente estudo é demonstrar, a partir de um caso concreto em sede de jurisdição constitucional (a ADPF 153), como a clausura da “sala de máquinas” da Constituição de 1988 pode afetar – e prejudicar – a

efetivação de direitos consagrados na parte dogmática. O caso escolhido diz respeito ao questionamento, realizado pelo Conselho Federal da OAB, da recepção da interpretação extensiva dada à anistia política imposta pelo regime civil-militar que ditava os rumos da administração pública em 1979. A escolha do referido precedente se deu em função de representar um bom exemplo em que o constituinte pareceu romper com o paradigma autoritário anterior, em termos de disposição de direitos. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal comprova que o não rompimento com um paradigma institucional autoritário (mudanças na “sala de máquinas”) limita de modo substancial eventuais progressos (de ordem política, social e até mesmo ética) presente nas listas de direitos presentes no texto constitucional.

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A NÃO RUPTURA COM O MODELO DE CLAUSURA: A ANISTIA POLÍTICA EM QUESTÃO

Nos dias 28 e 29 de abril de 2010, sob a presidência do Ministro Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal - composto pelos ministros Eros Grau, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Cármen Lúcia, Ellen Gracie, Ricardo Lewandowski e Ayres Britto - analisou o pedido constante na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 (doravante ADPF 153). Em uma decisão construída ao arpejo de toda a construção realizada no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Egrégio Tribunal, por sete votos contra dois, julgou improcedente a ação interposta pelo Conselho Federal da OAB para firmar o entendimento de que, de fato, a lei n.6.683 (Lei de Anistia) foi o resultado da conjugação dos esforços de forças políticas conflitantes no período ditatorial, de modo que a anistia de 1979 alcançaria legitimamente os crimes cometidos por membros de ambos os "lados", isto é, “perseguidos” e “perseguidores”.

Na ocasião do julgamento, buscou-se analisar conjuntura política que cercou a discussão e a aprovação do projeto de anistia no Congresso Nacional durante a abertura política controlada pelo governo Figueiredo.

Surpreendentemente, prevaleceu entre os julgadores o entendimento de que a anistia de 1979 representou a consagração de um pacto político consciente entre o regime militar e os seus opositores, que optaram por esquecer e perdoar os crimes cometidos, de parte a parte, durante os “anos de chumbo”³.

Não se pode negar que a luta pela anistia mobilizou uma grande parcela da sociedade civil, mas a afirmação de que o texto da lei n.6.683 de 1979 é o resultado da demanda desses setores não resiste a um aprofundamento histórico sobre as discussões ocorridas na década de 1970 a respeito da anistia. Principalmente após o ano de 1975, com o Movimento Feminino pela Anistia e em 1978, com a articulação dos Comitês Brasileiros pela Anistia, a movimentação que reunia a reivindicação pela anistia "ampla, geral e irrestrita" uniu as forças de oposição ao regime ditatorial em torno de uma mesma bandeira. O fortalecimento dessa demanda por anistia ocorreu

³ Nesse sentido, Eros Grau expôs: "toda gente que conhece que conhece nossa história sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei n.6.683/79. (...) Há quem se oponha ao fato de a migração da ditadura para a democracia política ter sido uma transição conciliada, suave em razão de certos compromissos. Isso porque foram todos absolvidos, uns absolvendo-se a si mesmos. Ocorre que os subversivos a obtiveram, a anistia, à custa dessa amplitude. Era ceder e sobreviver ou não ceder e continuar a viver em angústia (em alguns casos, nem mesmo viver" (Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, pgs.21 e 37). Cármen Lúcia afirmou: "esta é uma lei que foi acordada, mas não apenas por uns poucos brasileiros, num país de silenciosos, como eram próprios daqueles momentos ditatoriais. Bem ao contrário, o sinal determinante que se pode anotar na Lei n.6.683 é exatamente o de ser o primeiro passo formal deflagrador do processo de participação da sociedade civil (...) E a sociedade falou altossobresobre o Projeto de Lei, que se veio a converter na denominada Lei de Anistia, objeto do presente questionamento (...) (Voto da Ministra Cármen Lúcia na ADPF 153, pg.81). Ellen Gracei advertiu que "não se faz transição, ao menos não se faz transição pacífica, entre um regime autoritário e uma democracia plena, sem concessões recíprocas. Por incômodo que seja reconhecê-lo hoje, quando vivemos outro e mais virtuoso momento histórico, a anistia, inclusive daqueles que cometeram crimes nos porões da ditadura, foi o preço que a sociedade brasileira pagou para acelerar o processo pacífico de redemocratização, com eleições livres e a retomada do poder pelos representantes da sociedade civil" (Voto da Ministra Ellen Gracie na ADPF 153, pg.153). Celso de Mello salientou: "e foi com esse elevado propósito que se fez inequivocamente bilateral (e recíproca) a concessão de anistia, com a finalidade de favorecer aqueles que, em situação de conflitante polaridade e independentemente de sua posição no arco ideológico, protagonizaram o processo político ao longo do regime militar, viabilizando-se, desse modo, por efeito da bilateralidade do benefício concedido pela Lei nº6.683/79, a construção do necessário consenso, sem o qual não teria sido possível a colimação dos altos objetivos perseguidos pelo Estado e, sobretudo, pela sociedade civil naquele particular e delicado momento histórico da vida nacional" (Voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 153, pg.174). Ao assentar a premissa de que "anistia é o apagamento do passado em termos de glosa e responsabilidade de quem haja claudicado na arte de proceder", Marco Aurélio enfatizou que "anistia é ato abrangente de amor, sempre calcado na busca do convívio pacífico dos cidadãos" (Voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF 153, pg.155). Por fim, registramos a colocação de Cezar Peluso no sentido de que "se é verdade que cada povo acerta contas com o passado de acordo com a sua cultura, com os seus sentimentos, com a sua índole e com a sua história, o Brasil fez uma opção pelo caminho da concórdia" (Voto do Ministro Cezar Peluso na ADPF 153, pg.214). A íntegra de todos os votos está disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 04 de maio de 2016.

rapidamente, de modo que o regime não pode ignorar a necessidade de colocar esse tema em pauta de discussão. A criação dos Comitês Brasileiros pela Anistia em 1978 ampliou significativamente o número de envolvidos no debate, com a participação ostensiva de estudantes, de advogados, de militantes políticos e de familiares dos perseguidos políticos do regime militar. Em novembro de 1978 foi organizado pela sociedade civil o I Congresso Nacional pela Anistia. No encerramento do evento foi divulgado o "Manifesto à Nação", onde consignava-se a demanda da sociedade civil pela redemocratização do Estado e pela anistia, tendo-se em vista que o povo estava saturado de arbítrio⁴.

Pressionado pelas manifestações populares que ocorreram no país, e certo de que a anistia representava uma cláusula imprescindível para a manutenção do controle sobre a abertura do regime político, o general Figueiredo encaminhou ao Congresso Nacional, em junho de 1979, o projeto de anistia proposto pelo governo. O projeto governista oferecia uma anistia parcial - já que deixava de fora aqueles opositores que cometeram os chamados "crimes de sangue" - e estendia o benefício aos agentes do Estado que cometeram abusos durante a perseguição política. Em uma evidente distorção da demanda por anistia "ampla, geral e irrestrita", o governo sugeriu que estava atendendo aos clamores da população ao construir uma via de conciliação, oportunidade em que os atos de perseguidos e perseguidores estariam abrangidos pela amplitude da lei. A reação da sociedade civil organizada foi imediata: um ato público de repúdio ao projeto de anistia governista foi realizado em São Paulo, na Praça da Sé⁵. A insatisfação pelo projeto do governo mobilizou os cidadãos,

⁴ O povo exige anistia: liberdade para todos os presos e perseguidos políticos; volta de todos os exilados e banidos; recuperação dos direitos políticos de quem os teve cassados ou suspensos; readmissão nos quadros civis e militares. Fim das torturas, fim da legislação de exceção. O movimento pela anistia cresce nacionalmente. Está presente nas lutas que travam hoje diferentes setores da população por liberdade de organização e manifestação do povo oprimido, por liberdade de pensamento e por liberdades democráticas. As entidades presentes no Congresso Nacional pela Anistia assumiram o compromisso da transformação da luta pela anistia num amplo e estruturado movimento popular, entendendo que é da organização e da pressão popular que depende a conquista de: fim da legislação repressiva, inclusive da lei de segurança nacional e da insegurança dos brasileiros; desmantelamento do aparelho de repressão política e fim da tortura; liberdade de organização e manifestação; anistia ampla, geral e irrestrita" (Manifesto à nação. Encerramento do I Congresso Nacional pela Anistia. São Paulo, 5 de Novembro de 1978. Disponível em: <http://www.fpabramo.org.br>. Acesso em 3 de maio de 2016).

⁵ No ato convocatório para o Ato Público pela Anistia Ampla, Geral e Irrestrita, registrou-se que: "Todos nós que lutamos pela anistia ampla, geral e irrestrita, consideramos que esta Anistia Parcial divide os brasileiros atingidos, anistiando uns, deixando de fora, outros. Não

nas ruas, e os presos políticos, nos presídios. Nesse sentido, tanto as passeatas que tomaram as ruas em repúdio à parcialidade da lei proposta por Figueiredo quanto a histórica greve de fome organizada por dezenas de presos políticos de diversos estados⁶ demonstram que a bilateralidade da anistia nunca esteve na pauta de reivindicações da sociedade civil. A amplitude da anistia exigida pela sociedade civil dizia respeito ao reconhecimento de todas as formas de exercício do direito de resistência utilizadas contra o governo autoritário implantado em 1964, inclusive a luta armada organizada por alguns setores isolados da esquerda mais radical. Nesse compasso, a demanda pela amplitude da anistia estava relacionada aos chamados “crimes de sangue” cometidos pelos opositores do regime militar e nunca indicou um perdão dos crimes cometidos pelos agentes do Estado.

Ao esclarecermos essa distorção da bandeira dos movimentos pela anistia provocado pelos ministros do Supremo, é preciso destacar outro ponto especialmente importante: no contexto político vivenciado em 1979 não havia espaço para “debates” e “contestações” do projeto de anistia proposto pelo governo. Tal identificação revela-se fundamental para desmascarar a tese de que a Lei de Anistia selou um acordo político nacional. Ora, um acordo pressupõe uma relação minimamente equilibrada entre as partes que pactuam, de modo que uma possa articular os meios de alcançar seus interesses sem temer a possíveis retaliações empreendidas pela outra, e vice-versa. O

podemos em nome da Justiça e da própria grandeza da Anistia, aceitá-la e por isso mesmo, repudiamos este projeto. Queremos um projeto de Anistia Ampla, Geral e Irrestrita que devolva ao convívio da Nação, todos os brasileiros dela afastados. Queremos uma anistia, que reintegre, automaticamente em seus cargos, os que foram demitidos e cassados, que devolva aos trabalhadores e estudantes, os direitos perdidos. Queremos para o Brasil, uma ANISTIA que respeite a memória dos que foram mortos, as respostas para os casos de desaparecimentos e a responsabilização dos que as provocaram”(Convocatória: Ato público pela Anistia Ampla, Geral e Irrestrita. São Paulo, 8 de Agosto de 1979. Disponível em: <http://novo.fpabramo.org.br>. Acesso em 3 de maio de 2016).

⁶ Um dos grandes fatos do período foi, sem dúvida nenhuma, a Greve Nacional de Fome dos Presos Políticos pela Anistia Ampla, Geral e Irrestrita, com grande repercussão na mídia nacional e internacional. Mais de 50 presos políticos, detidos em diferentes locais do Brasil, iniciaram no dia 22 de julho de 1979 uma greve de fome histórica que duraria 32 dias e só seria encerrada com a aprovação da lei. A luta nas ruas e nos presídios permitiu que o silêncio fosse rompido. Os presos políticos passaram a receber visitas de artistas, religiosos e políticos. A visibilidade trazida pelo movimento desmascarou as mentiras da repressão, tornando impossível seguir-se sustentando que nada ocorria nos porões da ditadura e que aqueles homens e mulheres, presos por suas lutas políticas, eram criminosos. Após visita ao presídio Frei Caneca, o Senador Teotônio Vilella afirmou: 'não encontrei terroristas. Encontrei jovens idealistas que jogaram suas vidas na luta pela liberdade em nosso País (BRASIL, 2010, p.2).

Congresso Nacional foi escandalosamente manipulado pelo governo Geisel em 1977 – pelo “pacote de abril” – para que a derrota nas urnas ocorrida em 1974 não se repetisse em 1978. E foi com o parlamento modificado pelos atos arbitrários do regime que, em agosto de 1979, procedeu-se à discussão e à votação do projeto de anistia proposto pelo general Figueiredo (PL nº.14/1979). Inicialmente a disputa pelos contornos da anistia ocorreu no âmbito da Comissão Mista formada para análise do projeto encaminhado pelo executivo. A Comissão Mista – composta por 13 membros do partido do governo (ARENA) e 9 membros do partido da oposição (MDB), aprovou e encaminhou para o plenário o substitutivo organizado por Ernani Satyro (ARENA) que, de fato, era uma simples reprodução do projeto proposto por Figueiredo. A votação em plenário ocorreu no dia 22 de agosto de 1979 em meio a uma tensão política bastante nítida, já que a anistia era ponto fundamental no projeto de abertura política controlada pelo regime⁷.

Foi nesse contexto em que ocorreu a aprovação do projeto de anistia proposto pelo governo. Como se pode observar, em função da maioria de parlamentares integrantes do partido governista (ARENA) – alcançada por causa da manipulação promovida pelo Pacote de Abril de 1977 – estava garantida a aprovação do projeto de anistia proposto por Figueiredo, independentemente da vontade da minoria de parlamentares representantes da oposição (MDB). Nesse cenário, como vislumbrar um acordo? Acordo é consenso, diálogo minimamente horizontal, onde as partes encontram espaço para se negar a aceitar propostas que contrariem seus interesses. Qual o caminho a ser seguido pela oposição do regime (minoria no parlamento) que defendia a anistia aos “crimes de sangue” cometidos durante a resistência à ditadura e a responsabilização dos crimes dos agentes estatais que atuaram durante a repressão? Naquele momento não havia outra saída senão aceitar a anistia parcial e restrita imposta, até porque qualquer mobilização mais enérgica em oposição ao projeto de anistia poderia acionar a

⁷ “No dia da votação da lei, dia 22 de agosto de 1979, cerca de 800 soldados à paisana estavam desde a madrugada ocupando quase a totalidade dos lugares nas galerias. Os militantes pela Anistia, contudo, não esmoreceram e, finalmente, por volta das 14hs, depois de muito tumulto e gritaria, conseguiram que os soldados saíssem das galerias. A segurança reforçada no ambiente coibia a todo instante as manifestações dos militantes, apreendendo faixas e cartazes. Na véspera, uma bomba havia explodido na rampa do Congresso durante uma manifestação em prol da Anistia ampla, geral e irrestrita. A ordem do Planalto era bem clara: o substitutivo de Satyro deveria ser votado na mesma forma que ele chegou ao Congresso nacional, caso contrário Figueiredo vetaria toda a lei” (SILVA FILHO, 2010, p.531).

atuação arbitrária do general-presidente que, por meio de atos de exceção, seria capaz de cassar direitos políticos, suspender direitos fundamentais e promover um acirramento do regime ditatorial. Não se está aqui negando a utilidade da Lei de Anistia de 1979 para a abertura do regime político, aliás, foi em função desse ato normativo que diversos brasileiros exilados puderam retornar ao país e contribuir com o processo de redemocratização. De outra parte, também é preciso reconhecer que o insucesso do movimento pela anistia em alguns pontos importantes de sua pauta de reivindicações não lhe retira o mérito de ter forçado o governo ditatorial a refletir sobre a anistia. O que se pretende demonstrar nessa oportunidade é que, se houve um acordo em 1979, esse ocorreu entre o setor linha-dura e os oficiais moderados dentro das próprias Forças Armadas: deu-se a impunidade em troca do não impedimento da retomada da chefia do executivo pela sociedade civil⁸.

A maneira utilizada pelo governo para induzir essa interpretação extensiva da anistia aos agentes do estado foi a criação de uma espécie de conexão até então desconhecida pelo ordenamento jurídico pátrio. Nos termos do art.1º, § 1º da Lei nº 6.683, estariam anistiados os crimes políticos e os conexos com estes, compreendendo-se como conexos - para o entendimento da lei - "os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política". Interessante perceber que a redação dada ao dispositivo da Lei de Anistia questionado na ADPF 153 foi construída cuidadosamente para que, primeiramente, não representasse uma confissão pública sobre os abusos do regime (que negava veementemente a prática de tortura nos porões da ditadura), e em segundo lugar, não criasse grandes dificuldades para a distorção interpretativa desejada.

⁸ "Ora, que pré-compromisso houve se o projeto de lei foi sequer discutido com as entidades da sociedade civil e tão pouco no parlamento, sendo aprovado por uma pequena margem de votos pelos governistas? Ou seja, que pré-compromisso houve sem condições de exercício da oposição, sem liberdade de expressão e pensamento, sem liberdade de informação (dos meios) e sem legitimação democrática direta e indireta? Isso mostra que o propalado acordo nacional em torno de uma pacificação rumo à democracia, em verdade, não passa de uma imposição do governo militar, a fim de deixar impunes os agentes responsáveis por crimes como tortura, assassinatos, desaparecimentos forçados, dentre outros. O único pré-compromisso que pode ser vislumbrado é o que garante aos torturadores a anistia irrestrita, um acordo entre o governo e a 'linha-dura', que impõe um silêncio sobre o passado: uma regramordada" (CHUEIRI, 2012. p.618-619).

Para o Ministro relator Eros Grau, autor da tese que seria seguida pelos outros seis que decidiram pela improcedência, os crimes anistiados pela lei de 1979 podem ser de qualquer natureza (inclusive comuns, portanto), desde que estejam relacionados aos crimes políticos ou tenham sido praticados com motivação política. Com isso o eminente magistrado desqualifica a discussão a respeito da natureza política dos crimes praticados pelos agentes do Estado durante a ditadura, já que - independente de serem ou não crimes políticos - tais infrações penais teriam sido anistiadas de qualquer forma, seja por estarem relacionadas aos crimes políticos, seja por terem sido cometidas com motivação política.

De toda essa reflexão, importa-nos destacar que para afirmar a “legitimidade popular” do suposto pacto hipoteticamente representado pela anistia “bilateral”, os Ministros do Supremo tiveram como base de análise ou a lei de Anistia (Lei n. 6.683 de 1979), ou a Emenda Constitucional n. 26, de 1985 (que chama as eleições ao Congresso Constituinte, e reitera os termos da Lei de Anistia). Nesse particular chama atenção o fato de não ter sido levado em consideração o tratamento constitucional da matéria, no artigo 8 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias..

Se em 1979, quando da aprovação da Lei de Anistia, o parlamento estava amordaçado pelas limitações impostas pelo "pacote de abril" e em 1985, ano da edição da EC n.26, pairava a desconfiança com um novo fechamento do Congresso, em 1988 o Constituinte teve maior liberdade e legitimidade para refletir sobre o assunto. Qual o paradigma a ser observado: o ato legislativo construído sob a manipulação de um ditador ou o texto constitucional vigente organizado a partir de um amplo diálogo? Inexplicavelmente, no julgamento da ADPF 153 os termos da Lei de Anistia de 1979 sobrepuseram-se à Constituição de 1988. Tal constatação evidencia-se pelo tratamento que a norma constitucional dá ao tema, anistiando a todos que tenham sido atingidos (por motivação exclusivamente política) - entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988 - pelos atos de exceção, institucionais ou complementares⁹.

⁹ Art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção,

Enfatize-se que o texto constitucional não estende a anistia aos "crimes conexos", de modo que sob a sua égide, não haveria que se falar em interpretação extensiva aos crimes cometidos por agentes públicos¹⁰. A Constituição Federal de 1988 foi capaz de dar a amplitude reivindicada pelos movimentos que clamavam pela anistia no final da década de 1970, mas a sua disposição sobre o tema foi minimizada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em detrimento do que se consignou na Lei n.6.683.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 contempla uma série de avanços em termos de direitos individuais, sociais, econômicos e até mesmo culturais. O reconhecimento de uma extensa lista de direitos, entretanto, não foi acompanhada de uma modificação substancial na parte orgânica da Constituição, de modo que as formas de exercício de poder permaneceram estruturalmente verticais, com concentração de poder em mãos daqueles que "representam" o povo. Não é difícil entender que, para evitar a restrição ao seu campo de influência política e social nos processos de tomada de decisão, a instituição (Congresso Nacional) responsável por promoção de consultas populares em âmbito nacional tenha feito uso das cláusulas participativas (plebiscito e referendo) apenas duas vezes em vinte e oito anos de vigência da Constituição Cidadã.

No que diz respeito ao desenvolvimento da função jurisdicional – e em especial, do modelo de jurisdição constitucional adotado – o questionamento da

institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

¹⁰ O art. 8º do ADCT não contempla a auto-anistia, já que ela só se aplica aos que foram atingidos e punidos por atos do Poder Público ou de entidades sindicais, em represália às suas atividades políticas. Isso está claro no caput e nos parágrafos do artigo. Vale dizer: os agentes estatais que reprimiram, mataram, torturaram e deram sumiço a pessoas não foram anistiados, nem poderiam sê-lo, não apenas por caracterizar-se ilegítima auto-anistia, mas sobretudo, porque a própria Constituição tem como 'insuscetível de graça ou anistia a prática da tortura'(...). (SILVA,p.897).

legitimidade popular provoca ainda maiores evidências quanto ao potencial limitador exercido pelo setor orgânico sobre o dogmático da Constituição. O caso da ADPF 153 é paradigmático para ilustrar essa realidade: uma Corte Suprema, protagonista no processo de legitimação do simulacro de legalidade de um regime de exceção, passa do estado de exceção ao estado democrático de direito sem profundas reformas institucionais para efetivar a jurisdição constitucional. Na compreensão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 153, tanto o indeferimento da audiência pública requisitada pelo Conselho Federal da OAB quanto o fato de que um indicado pelo general Figueiredo integrava o Egrégio Tribunal até 2003 desempenham um papel fundamental.

A partir da análise do caso em concreto, constatou-se que pouca efetividade teve o dispositivo constitucional destinado a estabelecer o âmbito da anistia política conferida diante da atuação (independente da participação popular, e incontrolável) do órgão responsável pela jurisdição constitucional, que por sua vez, teve papel de protagonismo na legitimação e na consolidação da legalidade autoritária implementada pelo regime civil-militar desde 1964. Em nossa história constitucional, uma lição parece persistentemente ignorada: os direitos reconhecidos na seção dogmática da Constituição não se efetivam por si, dependem da atuação das instituições que estruturam o Estado e representam a sua força motriz. A efetividade dos direitos presentes na Constituição está subordinada a uma necessária modificação da forma de exercer o poder, no sentido de uma maior horizontalidade institucional, que seja capaz de incluir os cidadãos de modo mais direto nos processos de tomada de decisão política.

REFERÊNCIAS

ANSALDI, Waldo; GIORDANO, Verónica. America Latina, la construcción del orden – Tomo I: De la colonia a la disolución de la dominación oligárquica. Buenos Aires: Ariel, 2012.

_____. America Latina, la construcción del orden – Tomo II: De las sociedades de masas a las sociedades em procesos de reestructuración. Buenos Aires: Ariel, 2012.

ARENDR, Hannah. Entre o passado e o futuro. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.

BRASIL. 30 anos de luta pela anistia no Brasil: greve de fome de 1979. Brasília: Comissão de Anistia, 2010.

_____. Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade. Brasília: CNV, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CHUEIRI, Vera Karam de. Anistia não é esquecimento: o caso da ADPF 153. In: ASSY, Bethania; MELO, Carolina de Campos; DORNELLES, João Ricardo; GÓMEZ, José María. Direitos Humanos: Justiça, Verdade e Memória. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

GARGARELLA, Roberto. La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2014.

_____. E derecho a resistir al derecho. Buenos Aires: Miño y Dávilla, 2005.

MEYER, Emílio Peluso Neder. Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

SIKKINK, Kathryn. A Era da Responsabilização: a ascensão da responsabilização penal individual. In: ABRÃO, Paulo; PAYNE, Leigh A.; TORELLY, Marcelo D. A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O Julgamento da ADPF nº153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords). Direito ao desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

TELES, Janaína de Almeida. As disputas pela interpretação da Lei de Anistia de 1979. In: Idéias. São Paulo, n.1, jan./jun., 2010.

WEICHERT, Marlon Alberto. A comissão nacional da verdade. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Orgs.) Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson. O que resta da ditadura: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.