

**JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E LEI DA ANISTIA BRASILEIRA: A TEORIA DO
AGIR COMUNICATIVO HABERMASIANA COMO CRÍTICA À DECISÃO
PROFERIDA PELO STF NA ADPF 153**

*TRANSITIONAL JUSTICE AND THE BRAZILIAN AMNESTY LAW: THE
HABERMASIAN THEORY OF COMMUNICATIVE ACTION AS A CRITIQUE
OF THE STF'S DECISION IN ADPF 153*

*LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y LA LEY DE AMNISTÍA BRASILEÑA: LA
TEORÍA HABERMASIANA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA COMO CRÍTICA
A LA DECISIÓN DEL STF EN EL CASO ADPF 153*

Alexandre Perin da Paz¹

RESUMO

Sob a perspectiva da teoria do agir comunicativo habermasiana, o artigo reflete criticamente sobre o julgamento da ADPF 153, através do qual o STF, enfrentando pela primeira vez a questão da justiça de transição no Brasil, declarou, por sete votos a dois, a legitimidade e a recepcionalidade da lei da anistia brasileira pela ordem constitucional vigente. Contudo, se a Corte considerou, no plano interno, a Lei nº 6.683/79 uma norma legítima e válida, no plano internacional ela é rechaçada, pois considerada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, à unanimidade, nos julgamentos dos casos Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) e Vladimir Herzog, incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Como método, a pesquisa se utiliza da teoria do agir comunicativo de Habermas para a leitura da ADPF 153, bem como a técnica de revisão literária. Como resultado, ela revela a necessidade de se debater a ilegitimidade da lei da anistia brasileira, pois votada em ambiente que impossibilitava a existência de um processo deliberativo democrático.

Palavras-chave: anistia; ADPF 153; democracia; legitimidade; agir comunicativo.

ABSTRACT

¹ Defensor Público do Estado de Minas Gerais. Mestrando em Direito, na área de concentração Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura (2010). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2005). alexandreperin@yahoo.com.br.

From the perspective of the Habermasian theory of communicative action, the article reflects critically on the judgment of ADPF 153, through which the STF, facing for the first time the issue of transitional justice in Brazil, declared, by seven votes to two, the legitimacy and the receptivity of the Brazilian amnesty law by the current constitutional order. However, if the Court considered, on the domestic level, Law nº 6.683/79 a legitimate and valid norm, on the international level it is rejected, since it is considered by the Inter-American Court of Human Rights, unanimously, in the Gomes Lund (Araguaia Guerrilla) and Vladimir Herzog cases, incompatible with the American Convention on Human Rights. As a method, the research uses Habermas' theory of communicative action for the reading of ADPF 153, as well as the literature review technique. As a result, it reveals the need to debate the illegitimacy of the Brazilian amnesty law, since it was voted in an environment that made it impossible to have a democratic deliberative process.

Keywords: amnesty; ADPF 153; democracy; legitimacy; communicative action.

RESUMEN

Desde la perspectiva de la teoría habermasiana de la acción comunicativa, el artículo reflexiona críticamente sobre la sentencia del ADPF 153, a través de la cual el STF, enfrentando por primera vez la cuestión de la justicia transicional en Brasil, declaró, por siete votos contra dos, la legitimidad y la receptividad de la ley de amnistía brasileña por el orden constitucional vigente. Sin embargo, si el Tribunal consideró, en el ámbito interno, que la Ley nº 6.683/79 era una norma legítima y válida, fue rechazada en el ámbito internacional, ya que la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró, por unanimidad, que los casos Gomes Lund (Guerrilla de Araguaia) y Vladimir Herzog eran incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como método, la investigación utiliza la teoría de la acción comunicativa de Habermas para la lectura de la ADPF 153, así como la técnica de revisión bibliográfica. Como resultado, revela la necesidad de debatir la ilegitimidad de la ley de amnistía brasileña, ya que fue votada en un ambiente que impedía la existencia de un proceso deliberativo democrático.

Palabras clave: amnistía; ADPF 153; democracia; legitimidad; acción comunicativa.

Data de submissão: 25/02/2023

Data de aceite: 03/04/2023

1 INTRODUÇÃO

Segundo diretrizes da ONU², a justiça de transição compreende o conjunto de mecanismos judiciais, extrajudiciais e políticos por meio do qual a sociedade busca lidar com um passado de torturas, assassinatos e diversos outros crimes e abusos ocorridos durante um período de violento conflito entre agentes estatais a serviço de um regime não democrático e os seus opositores, a fim de assegurar que os responsáveis por esses crimes prestem contas de seus atos perante a justiça e a sociedade.

No Brasil, o marco da transição entre o regime ditatorial que durou de 1964 a 1985 e o regime democrático hoje vigente foi a Lei nº 6.683 de 1979, a chamada Lei da Anistia. Referida lei abriu espaço para a redemocratização do país, e embora tenha sido importante para fomentar a pressão social por democracia, culminando com as “Diretas Já”, em 1983, e com a Constituição de 1988, é inegável que a anistia aprovada frustrou a justiça de transição brasileira ao perdoar os agentes do regime autoritário autores dos mais diversos crimes de lesa-humanidade, perdão esse referendado pelo STF ao declarar, no julgamento da ADPF 153, a constitucionalidade da anistia estendida aos criminosos de Estado.

A teoria do agir comunicativo, referencial teórico deste artigo, desenvolvida pelo pensador multidisciplinar alemão Jürgen Habermas, contribui decisivamente com a crítica ao julgamento da ADPF 153 pelo STF, que declarou constitucional o perdão conferido pela lei da anistia aos crimes contra a humanidade praticados por agentes de Estado contra cidadãos comuns e opositores do regime ditatorial brasileiro que durou 21 anos.

Habermas propõe uma teoria da comunicação crítica da sociedade moderna, através da qual a razão comunicativa, compreendida como ações

² UNITED NATIONS. Security Council. **S/2004/616**. Nova Iorque: UN, 2004. Disponível em: <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/PCS%20S%202004%20616.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2022.

orientadas para o entendimento mútuo e consensual entre os atores sociais, se contrapõe à razão instrumental ou prática, voltada essencialmente para a busca da máxima eficácia empírica, que marca a racionalidade econômica do capitalismo contemporâneo (HABERMAS, 2003a, p. 17-19).

No agir instrumental, centrado no sujeito, as pessoas não se socializam por afinidade ou com base na ética e na justiça, e sim através do paradigma da consciência, por meio do qual o sujeito visa objetivos calcados na eficácia técnica, na dominação, resultando em uma racionalidade alienante e no empobrecimento da subjetividade, e naquilo que Habermas aponta como uma colonização do mundo da vida. Já o agir comunicativo tem como determinante o paradigma da linguagem, a permitir uma racionalidade emancipatória, que prioriza o mundo da vida, da sociabilidade, do consenso, da justiça, da ética e da afetividade (HABERMAS, 2003a, p. 20-25).

Na perspectiva habermasiana, a sociedade democrática demanda um agir comunicativo, a busca do entendimento racional entre as pessoas, em uma situação de voz a partir da qual todos os participantes discursantes tenham iguais oportunidades de empregar atos de fala comunicativos na esfera pública, solucionando as questões práticas racionalmente pela força do melhor argumento. Rafael Alem e Marielle Antenor, ao destacarem que a linguagem representa o núcleo da racionalidade comunicativa, aduzem que “a postura exigida para o agir comunicativo é ativa no sentido de permitir a livre-veiculação de todos os pontos de vista” (FERREIRA; ANTENOR, 2018, p. 9).

Aplicadas tais premissas ao mundo do direito é possível concluir que a legitimidade de uma norma só será alcançada se for deliberada por processos de validação discursiva a partir dos quais seja possível garantir a participação igualitária e não coagida de todas as pessoas afetadas pelo ordenamento jurídico, em um processo circular-argumentativo. Como indicam Lima e Kosop, “a partir da teoria do discurso, o Direito é considerado na perspectiva de uma

razão que se comunica, que age, e, portanto, experimenta-se na razão metafísica e nas intenções práticas” (LIMA; KOSOP, 2018, p. 76).

Partindo dessas balizas, este artigo centra sua força analítica na interpretação dada pelo STF e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a anistia concedida aos criminosos do Estado brasileiro durante a ditadura, norma essa promulgada em um período no qual a possibilidade do diálogo isonômico e não coagido entre os atores sociais não era possível, pois de um lado estavam aqueles que conduziam com sangue o regime de exceção, e de outro a sociedade civil, ansiando por democracia e pelo fim da repressão. Portanto, o que se viu não foi um acordo, e sim uma chantagem.

Por isso que as próximas linhas propõem refletir sobre a ilegitimidade e a incoerência normativa da lei da anistia brasileira, cuja constitucionalidade, avalizada pelo STF em decisão proferida no julgamento da ADPF 153, causa vergonha ao país perante o mundo democrático, seja pelo falseamento da verdade e pelo apagamento da memória que se tenta impor, seja por sua incompatibilidade com a proteção universal dos direitos humanos.

2 O JULGAMENTO DA LEI DA ANISTIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O golpe articulado a partir de 31.03.1964 e concretizado em 09.04.1964, com a promulgação do AI-1, instaurou no país um período de terror que durou até 1985, quando o regime autoritário, que produziu diversos crimes de lesa-humanidade, foi se enfraquecendo e assim abrindo espaço para que ganhasse força social o retorno da democracia, com discussões sobre a concessão de uma anistia ampla, geral e irrestrita aos presos e exilados políticos opositores do regime, e também pela realização de eleições diretas, movimento que poucos anos depois culminou nas “Diretas Já”.

A redemocratização do país começou a tomar fôlego a partir dos

debates em torno de um projeto de lei para anistiar aqueles que haviam sido exilados e punidos pela ditadura militar, seja pela participação na luta armada contra o regime de exceção, seja pela insurgência discursiva-argumentativa manifestada através da cultura, das artes, do jornalismo, da academia, da política, dos sindicatos, dentre outros atores da esfera pública da época.

A lei da anistia (Lei nº 6.683/79), promulgada no dia 28.08.1979, pelo último Presidente da ditadura militar, João Baptista Figueiredo, baseada em uma falsa conciliação e em um dissimulado discurso de perdão para um novo recomeçar, acabou por frustrar a justiça de transição no Brasil, pois também concedeu perdão aos agentes de Estado do regime autoritário que praticaram inúmeros crimes contra a humanidade.

Com um tormentoso atraso de vinte e nove anos, o Conselho Federal da OAB ajuizou, em 2008, a ADPF 153, pedindo ao STF que conferisse ao art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/79, interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz dos preceitos fundamentais da ordem constitucional vigente, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não deve ser estendida aos crimes hediondos e comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores do regime militar.

Estão entre os principais fundamentos da OAB: (i) a existência de um déficit de legitimidade democrática da lei, pois votada por 1/3 de senadores “biônicos”, e sancionada durante um governo golpista; (ii) a negação do direito à verdade e à memória das vítimas, familiares e da coletividade; (iii) a quebra da igualdade, por ter existido um acordo “por cima” ou uma “autoanistia”, através da qual a ditadura livrou os repressores de responderem por seus crimes, ao incluir no § 1º, do art. 1º, da lei o instituto da conexão criminal para crimes de qualquer natureza praticados por agentes do regime, enquanto condenados opositores permaneceram cumprindo suas penas (art. 1º, § 2º, da Lei nº 6.683/79); (iv) e a violação ao princípio da dignidade humana.

Em abril de 2010, o STF julgou, por maioria de sete votos a dois - os ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli não participaram do julgamento -, improcedente a ADPF 153, considerando legítima e recepcionada pela Constituição Federal de 1988 a lei da anistia, em conformidade com o voto do relator, ministro Eros Grau. Até hoje a arguição de descumprimento de preceito fundamental não transitou em julgado, pois ainda pende de julgamento embargos declaratórios opostos pelo Conselho Federal da OAB.

Dos votos vencedores, destacam-se os seguintes fundamentos: (i) que a anistia foi uma “via de mão dupla”, dado o contexto histórico e o desejo da sociedade de recomeçar; (ii) que a lei ter sido votada por 1/3 de senadores “biônicos” não a deslegitima, pois muitos desses mesmos legisladores elaboraram a Constituição de 1988; (iii) que os crimes praticados pelos agentes da ditadura já estão prescritos, posto que o Brasil não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade; (iv) que não cabe ao judiciário rever uma lei-medida de natureza política elaborada para gerar efeitos em um momento específico; (v) que não há impunidade, pois reparações pecuniárias vêm sendo realizadas.

Os votos vencidos, proferidos pelos ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandowski, consideraram que a lei da anistia deve ser revista, sustentando: (i) que a anistia não teve caráter amplo, geral e irrestrito, como queria a sociedade; (ii) que a anistia não poderia ter sido estendida aos crimes de tortura e aqueles considerados hediondos, por serem incompatíveis com a ideia de crime político puro ou por conexão; (iii) que a prescrição penal deve ser analisada caso a caso e, além disso, muitos dos desaparecidos nunca foram encontrados, e o crime de sequestro é de natureza permanente; (iv) que segundo as normas de direito internacional ratificadas pelo Brasil, os agentes do Estado não estão automaticamente abrangidos pela Lei 6.683/79.

Em novembro de 2010, sete meses após o julgamento da ADPF 153, no caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia), e mais recentemente, em março de

2018, no caso Vladimir Herzog, o Estado brasileiro foi responsabilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por sua omissão na investigação, processamento e punição dos agentes da repressão envolvidos nos crimes de lesa-humanidade ocorridos nesses casos. Essas duas decisões demonstraram que o STF optou pela manutenção de um simulacro de justiça de transição, ao considerar recepcionada pela Constituição lei incompatível com os direitos e garantias fundamentais nela expressos e com tratados de direitos humanos vigentes no Brasil.

Essa contradição hermenêutica sobre uma mesma problemática, traz a necessidade de fixar qual interpretação e decisão jurídica é a mais correta: se a do STF, que interpretou a lei de anistia como sendo o resultado de um acordo de reconciliação nacional legítimo, ou se a da CIDH, manifestada nas decisões sobre os casos Gomes Lund e Vladimir Herzog, que reconheceu, em ambos, que o STF não exerceu o devido controle de convencionalidade no julgamento da ADPF 153, desconsiderando obrigações internacionais assumidas pelo Brasil, especialmente as previstas nos arts. 1.1, 2, 4.4., 5.1., 5.2., 7.2., 7.3., 7.5., e 15, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

3 A ILEGITIMIDADE DA LEI DA ANISTIA BRASILEIRA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS

Para a concepção discursiva de Habermas, aplicada ao direito, uma lei só é legítima quando tenha respeitado os procedimentos deliberativos da democracia, especialmente o debate igualitário que saí da esfera pública entre todos os cidadãos e o respeito à autonomia dos participantes (HABERMAS, 2003a, p. 50). Na perspectiva habermasiana, portanto, “a base aceitável de uma lei é a existência de um consenso racional não-coagido entre indivíduos autônomos” (BELLAMY, 2007, p. 126).

Nessa perspectiva, toda ordem jurídica se legitima quando a vida em uma comunidade está orientada por normas positivadas mediante um consenso racional, e quando essas mesmas leis conseguem garantir segurança sobre as expectativas comuns (ROESLER; SENRA, 2012, p. 133). Desse modo, será legítimo o direito que, ao mesmo tempo, for racionalmente acordado por meio de um processo legislativo democrático e consiga garantir que a maioria obedeça às leis, mesmo que isso cause sanções (HABERMAS, 2003a, p. 52). E é essa tensão entre a facticidade/coercitividade e validade/aceitabilidade que direcionam a teoria discursiva do direito a cumprir o papel de integração social (AGUIAR, 2014, p. 10).

O processo legislativo democrático é fundamental na ação comunicativa do direito, e ele exige que todos se reconheçam como autores e não apenas como destinatários das normas jurídicas (HABERMAS, 2003a, p. 52-53). Essa circularidade comunicativa é abordada por Simioni e Bahia, para os quais o processo legislativo vai além de um instrumento de criação de direitos, sendo ao mesmo tempo o reconhecimento, pelos cidadãos, de que são “livres e iguais portadores dos mesmos direitos” (SIMIONI; BAHIA, 2009, p. 67). Assim, para que uma lei ou decisão jurídica seja tida por legítima, ela deve ser precedida do embate entre argumentos favoráveis e contrários, e é esse contraditório que possibilita ao direito uma comunidade com princípios e valores garantidos pela ordem jurídica. (ROESLER; SENRA, 2012, p. 133).

A decisão proferida na ADPF 153 falha no ideal de legitimidade democrática da lei da anistia, pois desde o início dos debates sobre a lei o regime militar controlou as instituições para assegurar o seu domínio sobre os rumos do processo de transição democrática. Não se ouviu amplos setores da sociedade, apenas aqueles que representavam a elite do corpo social, e ainda assim sob a ameaça do tudo ou nada, e foi exatamente essa ausência de participação de setores fundamentais da sociedade civil no debate que garantiu a impunidade dos funcionários de Estado (MARQUES, 2018, p. 74).

Já em 1978 a sociedade brasileira dava mostras do seu descontentamento com o regime militar, pois na eleição para o Senado daquele ano a ARENA (partido da situação) fez 13,6 milhões de votos, enquanto o MDB (único partido de oposição “controlada”) fez 18,5 milhões. Contudo, por conta de um conjunto de decretos-leis outorgados por Ernesto Geisel, estabeleceu-se que um 1/3 dos senadores seriam eleitos indiretamente, o que resultou no número de 41 senadores da ARENA (21 “biônicos”), e 25 do MDB, mesmo a oposição tendo obtido votação superior.

Esse contexto histórico só demonstra que, ao contrário do que fixou o STF, a lei da anistia careceu do aspecto discursivo em sua edição, pois a anistia ampla, geral e irrestrita ansiada pela sociedade tinha por escopo perdoar apenas aqueles engajados na oposição à ditadura, e não incluir os próprios agentes do regime autores de graves crimes (SCHALLENMUELLER, 2012, p. 12). Em verdade, o que houve foi um falacioso discurso de reconciliação nacional conduzido com mãos de ferro pela própria ditadura.

Habermas alerta que quando os envolvidos não são respeitados em sua alteridade ou são excluídos da participação no debate para que seus argumentos e interesses honestamente articulados sejam reprimidos, espera-se, como ocorreu com a lei da anistia brasileira, que tomadas de posição racionalmente motivadas não se façam valer ou sequer sejam exteriorizadas (HABERMAS, 2004, p. 292). Sobre essa aparência de legitimidade da norma surgida em um espaço não democrático, Habermas pondera:

Com muita frequência o direito confere aparência de legitimidade ao poder ilegítimo. À primeira vista, ele não denota se as realizações de integração jurídica estão apoiadas no assentimento dos cidadãos associados, ou se resultam de mera autoprogramação do Estado e do poder estrutural da sociedade: tampouco revela se elas, apoiadas neste substrato material, produzem por si mesmas a necessária lealdade das massas. (HABERMAS, 2003a, p. 62).

Como se observa, nesse ambiente controlado pelo regime autoritário, não era possível alcançar o que Habermas denomina de espaço ideal de fala,

um local dentro do qual a ação comunicativa pode ser realizada e os agentes ouvintes e falantes podem debater de forma igualitária e autônoma (HABERMAS, 2003b, p. 162).

Se o regime ditatorial chantageou a sociedade para estabelecer um acordo “por cima”, inviabilizando qualquer espaço de diálogo, de duas uma, ou o STF reconheceu que o regime golpista foi um Estado Democrático de Direito, com isonômico espaço de fala para os dois lados, ou, em uma hipótese mais crível, preferiu manter a nossa tradição pacificadora, sempre chamada de “um grande acordo nacional”, algo próprio da nossa cultura, para fazer de conta que o passado de sangue foi superado, mesmo que para isso tenha reforçado a ideia de naturalização da violência, outro sintoma social do Brasil (STRECK, 2018, p. 153).

Certamente a primeira hipótese, de a ditadura brasileira ter sido um Estado Democrático de Direito, deve ser afastada, pois admitir a prática de tortura, assassinatos, exílios e censuras em nome da manutenção de um regime político desqualifica a própria legitimidade do regime constitucional vigente, que tem como caráter fundante exatamente a ruptura do regime de exceção anterior. Por outro lado, afirmar, como fez o STF, que a anistia dada aos agentes estatais autores de crimes de lesa-humanidade integra, como norma fundadora, o atual ordenamento constitucional, é ignorar o próprio caráter de originalidade de uma nova constituição, como lembra Marques:

O constitucionalismo é um depósito de experiências, de governos mal sucedidos e despóticos inclusive, mas não é uma coleção de receitas. [...] Ideias constitucionais e constitucionalismo, em todos os tempos, referem-se a abusos de poder porque eles existem na memória coletiva. O texto constitucional, quando existe, pode nos ajudar a reconhecer esses abusos. No caso do Brasil, não parece haver dúvidas quanto à posição do texto constitucional relativamente ao arbítrio estatal anterior. Ao contrário de adotar o discurso do esquecimento e da pacificação, devemos lutar pela desconstrução de uma possível “coisa julgada histórica” instituída pelo julgamento da ADPF 153. (MARQUES, 2018, p. 82-83).

A segunda hipótese, de que o STF optou pura e simplesmente pelo

esquecimento, embora pareça ter sido essa a saída encontrada pela maioria da Corte para não excluir do ordenamento jurídico norma que vigia, até então, por 31 anos, também contém sérios problemas de ordem hermenêutica se a decisão for analisada sob o âmbito da proteção dos direitos humanos, seja pelo ângulo dos crimes contra a humanidade praticados pelos agentes da ditadura, seja pelo olhar do direito à memória e à verdade.

Para Reyes Mate, a diferença entre o esquecimento enquanto desconhecimento do passado e o esquecimento enquanto não dar importância ao passado é que, “no primeiro caso, o esquecimento é ignorância e, no segundo, é injustiça, e não parece que o STF possa ser taxado como ignorante”. (MATE, 2011, p. 157). Outrossim, Levi adverte que não parece ser papel de uma Suprema Corte “fazer do vencedor o dono da verdade, deixando-o manipulá-la como bem lhe convier” (LEVI, 2004, p. 11).

A revisão da lei da anistia vai além da luta por esclarecer o passado, ela visa também, como pontua Gagnebin, “transformar o presente” (GAGNEBIN, 2014, p. 255). Não se pode admitir, à luz do direito à verdade, que os “autoproclamados vencedores pareçam trabalhar pelo esquecimento da memória dos vencidos, das vítimas, agindo para controlar a narrativa sobre o período da ditadura civil militar” (MOREIRA; GOMES, 2019, p. 271-272). Nesse ponto, Marques detecta que os votos vencedores na ADPF 153 misturaram as lógicas que presidem as figuras do juiz e do historiador:

A apropriação da “história” como fator legitimador de uma dada interpretação jurídica foi feita de forma acrítica, na medida em que se operou verdadeiro deslocamento de sentido no argumento histórico: a luta da sociedade civil pela anistia “ampla, geral e irrestrita” não possuiu o mesmo significado da influência dessa demanda social no resultado final da lei de anistia ou mesmo acerca da aprovação da anistia para os agentes estatais que praticaram graves violações de direitos humanos. Por outro lado, a mera existência de uma oposição restrita e limitada, atuando conforme as contingências da época, não pode ser traduzida historicamente como um abrangente acordo social. Essa naturalização do passado não é problematizada por nenhum dos ministros do STF. Se o contexto histórico é tão importante para o exame da ação e da legitimidade ou não da Lei da Anistia, por que não levá-lo a sério? Quais os riscos que se mostram,

a partir dos usos do passado na ADPF 153, para o juiz e para o historiador? Qual o problema de uma leitura judicial da história? Ou de uma judicialização do passado? (MARQUES, 2018, p. 77).

Marques ainda aponta que a análise do julgamento da ADPF 153 revela que o passado foi apropriado e julgado pelo STF a partir de três premissas: (a) a premissa da compreensão homogênea e a-histórica do processo de transição política; (b) a premissa da compreensão da anistia como estratégia de esquecimento, de impunidade e de cordialidade do povo brasileiro; (c) e a premissa da desqualificação do significado de ruptura da Constituição de 1988 (MARQUES, 2018, p. 80). E o autor segue:

O que estava em jogo na ADPF 153, em uma camada semântica mais profunda do que a punição criminal dos torturadores, era a (re)escrita da história. O que fica muito claro no julgamento é a assunção da premissa de que “as coisas foram assim”; de que a sociedade civil teve ampla participação na luta por uma “transição pacífica e harmônica”, inclusive na própria defesa da “bilateralidade” da anistia. A leitura dos votos dos ministros que adotaram a versão conciliatória da anistia comprova que não foi citado nenhum historiador ou mesmo fontes primárias que fornecessem base para tal compreensão. Ao contrário da interpretação adotada pelo STF, a documentação produzida à época pela sociedade civil e a historiografia sobre o tema apontam para outra direção: o contexto histórico, devidamente observado, mostra a luta por uma anistia como liberdade, como reconhecimento de direitos violados e da possibilidade da crítica política. A verdade histórica construída pelo STF foi feita a partir de um exercício de memória – de uma determinada memória –, sem a devida contextualização e sem base em fontes. [...] Pode-se afirmar que a ADPF 153, a partir da visão da maioria dos ministros do STF, acabou servindo como mais uma etapa de consolidação de uma estratégia do esquecimento iniciada na ditadura militar. Os sentidos de anistia que circularam nos votos dos integrantes do STF foram os de anistia-amnésia ou anistia como “perdão”. (MARQUES, 2018, p. 80-81).

Como se nota, a análise dos casos pela jurisdição constitucional não deve ser dissociada das vivências que precedem a Constituição, assim como “a pretensão de eficácia das normas e valores constitucionais não pode ser separada das condições históricas de sua realização” (HESSE, 1991, p. 15). Cabia ao STF reconhecer o caráter heurístico do constitucionalismo e declarar que a lei da anistia não tem lugar na ordem constitucional vigente, na medida

em que não foi debatida em um espaço democrático. Como aponta Mate, é preciso valorizar a memória, pois ela “pode conseguir que, de geração em geração, se mantenha viva a consciência da injustiça passada e, portanto, a necessidade de que se faça justiça.” (MATE, 2011, p. 103)

Outro importante elemento a caracterizar o ordenamento jurídico, sob o olhar discursivo, é a coerência normativa, ou seja, as normas produzidas em um ambiente democrático devem ser um conjunto racionalmente orientado para a realização de princípios e valores comuns. Embora a coerência não garanta justiça, “ao menos é uma razão justificadora que leva a um direito ‘preferível’” (ROESLER; SENRA, 2012, p. 156). Não por outra razão que o STF também falhou no elemento coerência ao julgar a ADPF 153, pois ao legitimar a extensão da anistia aos agentes do regime ditatorial, a Corte negou aplicação ao princípio nuclear do Estado Democrático de Direito, que é o de promover a proteção aos direitos humanos.

Sob a ótica habermasiana, a justiça, embora mediada pela cultura e pela história, deve remeter sempre ao universal, e isso porque a justiça e a política, embora se comuniquem e contribuam para o desenvolvimento recíproco, são epistemologicamente distintas, pois enquanto a política tem caráter teleológico e trata do alcance do bem comum de uma dada comunidade, a justiça é deontológica e envolve uma consideração universal de todos os povos, e é por essa razão que possui uma dimensão inegociável e cogente. Tem-se como exemplo disso o terror jacobino na França revolucionária e o nazismo alemão, pois ambos, ainda que a princípio apoiados pela maioria, não foram justos. (SCHALLENMUELLER, 2012, p. 14)

Para MacCormick, o Estado Democrático de Direito tem como paradigma uma ordem jurídica vinculada a princípios e valores fundamentais, que são fruto do processo comunicativo dos sujeitos de uma determinada comunidade (MACCORMICK, 2008, p. 2). Dentre esses princípios e valores fundamentais se destaca, pelo seu caráter universal, a salvaguarda dos direitos

humanos, e é por tal razão que um direito positivado que se pretende legítimo não pode infringir os direitos humanos.

Habermas ensina que “o direito de uma comunidade jurídica concreta, normatizado politicamente, tem que estar em sintonia com princípios morais que pretendem validade geral, ultrapassando a própria comunidade jurídica” (HABERMAS, 2003a, p. 350-351), mas por vezes esses valores e princípios gerais de uma comunidade se deparam com uma colisão entre a soberania popular e os direitos humanos, e neste caso a busca pela agregação discursiva de ambos se apresenta como a melhor solução, como ponderam Schneider e Silviero:

[...] o suposto embate entre direitos humanos e soberania popular, a resolução se dá mediante uma associação interna entre os dois conceitos, de maneira que o papel dos direitos humanos não fica restrito à garantia da ordem, mas vai além, servindo como instrumento fundamental de integração e formação da vontade coletiva dentro do espaço público político. (SCHNEIDER; SILVIERO, 2013, p. 372).

Nessa perspectiva, o direito aplicado pela Suprema Corte brasileira no caso da lei da anistia foi errático ao deixar de firmar compromisso com os direitos humanos, que detêm um núcleo universalista. Como menciona Schallenmeller, o STF aplicou no julgamento da ADPF 153 um direito exclusivamente “à brasileira”, pois ao considerar a lei da anistia uma “lei-medida”, cuja interpretação deve se dar fora do âmbito do direito internacional por tratar de peculiaridades históricas da experiência particularmente brasileira, a Corte fez ouvidos moucos às razões políticas, culturais e sociais de sua existência (SCHALLENMUELLER, 2012, p. 17).

Toda decisão judicial, para ser coerente, deve se sujeitar ao requisito da universalizabilidade de suas razões. Mesmo diante das especificidades de um caso concreto, a argumentação construída para resolvê-lo deve ser testável como uma decisão universal, que pode ter suas razões reproduzidas em qualquer outro caso análogo. No caso da ADPF 153, a decisão nela proferida

não deve ser universalizada para qualquer outro caso similar, sob pena de destruição das bases do Estado Democrático de Direito (ROESLER; SENRA, 2012, p. 158).

Reforçando a ausência de coerência da decisão proferida pelo STF no julgamento da ADPF 153, Roesler e Senra aduzem que ela “foi inadequada do ponto de vista da coerência e, por conseguinte, da impossibilidade de universalização” (ROESLER; SENRA, 2012, p. 159). E mais, o Estado brasileiro, ao referendar um falso acordo e se omitir na possibilidade de punição aos torturadores e assassinos do período de chumbo, destoou dos seus vizinhos sul-americanos que também vivenciaram o terror da ditadura, como destaca Pereira:

Embora a América Latina ocupe a linha de frente dessa onda de justiça transicional, o Brasil manteve-se relativamente afastado dessa tendência geral. [...] o Brasil distingue-se pelo fato de seu governo ter se dedicado muito pouco para tratar da violência praticada pelo regime militar. Além de tentativas atrasadas e pouco divulgadas de investigar a morte e o desaparecimento de algumas das vítimas do regime militar e de indenizar as famílias, a atitude oficial do governo brasileiro com relação à justiça transicional foi, principalmente, de silêncio e amnésia. (PEREIRA, 2010, p. 25).

O equívoco hermenêutico do STF no julgamento da ADPF 153 fica ainda mais claro quando a lente se volta para os dois julgados proferidos pela CIDH nos casos Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) e Vladimir Herzog. Em ambos, o primeiro julgado no ano de 2010 e o segundo em 2018, o Brasil foi responsabilizado por sua omissão na investigação e punição dos agentes da repressão envolvidos nos crimes de tortura, desaparecimentos forçados e homicídios ocorridos nesses casos, e nas duas condenações houve menção expressa de que as disposições da lei da anistia que impedem a investigação e a punição dos responsáveis por esses crimes são incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Portanto, o STF se mostrou incoerente tanto do ponto de vista do direito interno, ligado aos limites do Estado-Nação, quanto do ponto de vista do direito

internacional humanitário, ligado a uma concepção universalista dos direitos humanos. E mais, a incoerência da interpretação dada também está presente diante do contexto global de construção da justiça transicional, pois nunca é demais lembrar que países como Argentina, Uruguai e Chile, que no mesmo período passaram por ditaduras sanguinárias, todas apoiadas pelos EUA, reviram suas anistias e puniram seus torturadores e assassinos, algo que o Brasil, apoiado pelo STF, escolheu não fazer.

A jurisdição constitucional brasileira poderia ter julgado inconstitucional a lei da anistia surgida em um momento não democrático do país, com base na ilegitimidade da lei e na sua incompatibilidade e incoerência com as normas internacionais de direitos humanos abrigadas por nosso ordenamento jurídico, mas não, como o STF preferiu se agarrar a uma conciliação disfarçada, “perdeu uma ótima oportunidade de avançar e de rearticular os direitos humanos como razão de ser do Estado Democrático de Direito” (AGUIAR, 2014, p. 11).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O regime autoritário instaurado oficialmente de 1964 a 1985 fez da lei da anistia, promulgada em 1979, um estratagema para impedir a punição dos agentes de Estado envolvidos em toda espécie de crimes contra a humanidade, e parece ter encontrado no Supremo Tribunal Federal abrigo para permanecer assombrando nossa democracia. Tal temática não tem tido a devida atenção da literatura jurídica, mesmo diante de tantas vozes saudosas do período de chumbo, que hoje sentem-se à vontade para pedir o seu retorno, muitas delas inclusive ocupando altas funções de Estado.

Como aponta Marques, o debate em torno da anistia concedida em 1979 nunca desapareceu da esfera pública brasileira, embora a discussão tenha sido sempre pontual e sempre interdita a favor das Forças Armadas (MARQUES,

2018, p. 71). Já o debate acerca da revisão da Lei nº 6.683/79 e da possibilidade de responsabilização criminal dos agentes de Estado autores de crimes de lesa-humanidade durante a ditadura, embora seja tema de algumas ações ajuizadas pelo Ministério Público Federal no início deste século, encontrou mesmo eco apenas no ano de 2010, com o julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal.

O STF, por uma larga maioria, sem sequer ouvir *amicus curiae* e realizar audiências públicas, como fizera em outros casos de gigantesca repercussão social e constitucional, julgou improcedente a ADPF 153, considerando recepcionada pela ordem constitucional democrática vigente a lei da anistia promulgada durante o regime de exceção, tendo como principal fundamento a existência de um “acordo” que teria atendido as aspirações dos dois lados, o da sociedade civil, encurralada pelas torturas, prisões e mortes, que clamava por democracia, e a dos agentes do regime autoritário, que admitiam a transição desde que fossem esquecidos os crimes de lesa-humanidade praticados por seus criminosos.

Entretanto, ancorado na teoria do agir comunicativo habermasiana, o artigo buscou refletir sobre a ilegitimidade e a não recepcionalidade constitucional da lei da anistia brasileira, norma essa que, embora tenha passado por um processo legislativo formalmente regular, foi promulgada durante um período de exceção, onde direitos e garantias fundamentais típicos da democracia ou eram limitados ou eram completamente negados, e que foi baseada em uma conciliação de fachada, que negou espaço de fala para a sociedade civil fazer prevalecer uma lei que não abrigasse a autoanistia aos golpoistas, autores de inúmeros crimes contra a humanidade.

Além da ilegitimidade da lei da anistia, o artigo debateu, sob o olhar discursivo, a ausência de coerência da decisão proferida pelo STF na ADPF 153, pois ao considerar legítima e de acordo com a Constituição a Lei nº 6.683/79, a Corte, de forma incompatível com o sistema internacional de

proteção aos direitos humanos, que já condenou o Brasil por sua omissão na responsabilização dos criminosos de Estado nos casos Gomes Lund e Vladimir Herzog, ignorou que a ordem jurídica vigente está vinculada a princípios e valores universais de proteção aos direitos humanos, que constituem a própria razão de ser e existir do Estado Democrático de Direito.

Para finalizar, a conclusão a que se chega é de que lei da anistia foi uma construção legislativa engendrada pelo regime de exceção, que impôs uma chantagem à sociedade sob o véu de uma falsa conciliação, e que o STF fechou os olhos para isso, contribuindo, assim, para a manutenção de uma democracia de feridas abertas, preferindo se omitir na sua função de exercer o controle de legitimidade democrática e de convencionalidade ao referendar uma lei antidemocrática e ao negar vigência aos tratados sobre direitos humanos aos quais o Estado brasileiro está juridicamente subordinado.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Daiane Moura de. O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e do Caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: a Lei de Anistia de 1979 à luz da teoria do agir comunicativo habermasiano. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 22, n. 86, p. 401-426, jan./mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 Distrito Federal**. Relator: Ministro Eros Grau, 29 de abril de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1979. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em: 24 fev. 2022.

BELLAMY, Richard. Constitutionalism and democracy. *In*: BELLAMY, Richard. **Political Constitutionalism: a Republican defense of the constitutionality of Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Rio de Janeiro: CIDH, 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/gomeslund.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herzog y otros vs. Brasil**. Rio de Janeiro: CIDH, 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_esp.pdf. Acesso em: 10 fev. 2022.

FERREIRA, Rafael Alem Mello; ANTENOR, Marielle Ferreira. A teoria crítica frankfurtiana e o direito brasileiro: um olhar habermasiano. *In*: Seminário Iniciação Científica FDSM, 2018, Pouso Alegre. **Anais [...]**. Pouso Alegre: FDSM, 2018. Disponível em: <https://www.fdsm.edu.br/arquivos/iniciacao-cientifica/anais-2018/artigos/20.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2022.

GAGNEBIN, Jean Marie. **Limiar, aura e rememoração**: ensaios sobre Walter Benjamin. São Paulo: Editora 34, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LEVI, Primo. **Os afogados e os sobreviventes**: os delitos, os castigos, as penas, as impunidades. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

LIMA, José Edmilson de Souza; KOSOP, Roberto José Cavaia. Ação comunicativa como paradigma de uma sociedade global inclusiva: o acolhimento de refugiados. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 35, n. 1, p. 59-80, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://revista.fdsm.edu.br/index.php/revistafdsm/article/view/293>. Acesso em: 20 fev. 2022.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Julgar o passado? verdade histórica e verdade judicial na ADPF 153. **Revista Jurídica da UFRS**, Mossoró, v. 2, n. 3, p. 70-86, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.21708/issn2526-9488.v2.n3.p70-86.2018>. Acesso em: 29 jan. 2022.

MATE, Reyes. **Meia-noite na história**: comentários às teses de Walter Benjamin sobre o conceito de história. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2011.

MOREIRA, Nelson Camatta; GOMES, Raoni Vieira. O julgamento da ADPF 153 pelo STF à luz da filosofia da memória política: narrar os fatos, juntar os trapos e lembrar para não esquecer. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 119, p. 363-396, jul./dez. 2019, Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/rbep/article/view/17568>. Acesso em: 14 fev. 2022.

PEREIRA, Anthony. **Ditadura e repressão**: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

ROESLER, Claudia Rosane; SENRA, Laura Carneiro de Mello. Lei de Anistia e Justiça de Transição: a releitura da ADPF 153 sob o viés argumentativo e principiológico. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, [S. l.], v. 33, n. 64, p. 131-160, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p131>. Acesso em: 14 fev. 2022.

SCHALLENMUELLER, Christian Jecov. Da relação entre constitucionalismo e democracia: um estudo da decisão do STF sobre a constitucionalidade da anistia brasileira a partir de uma ótica habermasiana da justiça. *In*: Seminário Discente da Pós-Graduação em Ciência Política da USP, 2, 2012. **Anais** [...]. São Paulo, USP, 2012. Disponível em <https://sdpsc.pfflch.usp.br/sites/sdpsc.pfflch.usp.br/files/inline-files/73-234-1-PB.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2022.

SCHNEIDER, Juliana Cordeiro; SILVIERO, Karime Silva. Uma análise habermasiana da proposta de emenda à constituição n. 33. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 29, n. 2, p. 365-388, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/514>. Acesso em: 26 fev. 2022.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, [S. l.], v. 30, n. 59, p. 61-88, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2009v30n59p61>. Acesso em: 13 fev. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

UNITED NATIONS. Security Council. **S/2004/616**. Nova Iorque: UN, 2004.
Disponível em: <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/PCS%20S%202004%20616.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2022.