II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

A532
Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line] organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-764-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5. Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica. 9.Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34

UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado "mundo latino", com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate acerca da Justiça de Transição, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Justiça de Transição ficou sob a responsabilidade de Manuel Gándara Carballido, professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), que analisa os trabalhos seguindo seus aspectos gerais, seus pertencimentos temáticos, seus aportes metodológicos e sua contribuição ao debate.

O eixo temático contou com a apresentação de seis trabalhos, sendo três de autoria de pesquisadores e pesquisadoras da Colômbia, dois do Brasil e um do México. Entre as temáticas tratadas estão o processo de paz na Colômbia e os delitos de desaparecimento forçado em virtude dos acordos de paz; a justiça restaurativa nos processos de justiça de transição; o estudo comparativo entre Brasil e Equador em relação à Comissão da Verdade e as transformações institucionais em períodos pós-ditatoriais.

Alejandra Marcela Arenas Moreno (Colômbia) faz um breve retrospecto do conflito armado na Colômbia e identifica os atravessamentos normativos, nacionais e internacionais, do conflito de desaparecimento forçado, para analisar o caso de 15 pessoas da Vereda de la Esperanza levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Antônio Colaço Martins Filho (Brasil) busca comparar as atribuições, poderes, possibilidades e atuações de comissões da verdade instauradas pelo governo brasileiro (2011) e pelo governo equatoriano (2007), como forma de mostrar a violação de Direitos Humanos nos respectivos regimes ditatoriais.

Lahis da Siva Rosa e Eneá de Stutz e Almeida (Brasil) buscam demonstrar que "a ausência de reformas importantes no Poder Judiciário nos quase trinta anos de vigência da Constituição de 1988 é responsável, em grande medida, pela não consolidação da democracia". Margarita Cruz Torres (México) discute os contextos da justiça transicional e o conceito jurídico-político atribuído a essa expressão, destacando a reparação, a verdade e a justiça como direitos humanos das vítimas de violação.

Mary Cruz Ortega Hernandez (Colômbia) analisa os processos e as propostas da justiça de transição sob o enfoque da territorialidade e seu engendramento com a violência típica do sistema capitalista, apresentando-os como possíveis dispositivos de poder. Simon Martinez Urbanez (Colômbia), por fim, se propõe a assumir uma postura crítica e analítica perante diversas posturas relativas à justiça de transição e repensá-las como alternativa de equilíbrio político no marco do conflito colombiano.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Vinícius Sado Rodrigues

Organizadores

UMA ANÁLISE DA (NECESSÁRIA) REFORMA INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO À LUZ DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL

AN ANALYSIS OF THE (NECESSARY) INSTITUTIONAL REFORM OF THE JUDICIARY BY TRANSITIONAL JUSTICE IN BRAZIL

Eneá De Stutz E Almeida [1]
Lahis Da Silva Rosa [2]

Resumo

A transição de um modelo autoritário para o modelo democrático exige a realização de uma série de esforços conjuntos do Estado e da sociedade civil, que necessariamente devem estar alinhados com os compromissos do Estado Democrático de Direito. Neste espectro, faz-se necessário olhar para as instituições em funcionamento e perceber como estas se estruturam para identificar se estas estão ou não em consonância com os ideais estatais e a pretensão democrática da sociedade. Uma importante instituição brasileira é o poder judiciário, que concentra funções ligadas diretamente ao bom funcionamento da democracia, assim, este órgão deve ser analisado cuidadosamente como instituição para que cumpra seu papel da forma adequada à concretização do Estado Democrático de direito. Este trabalho busca analisar a feição que assumida pelo judiciário durante a ditadura diante das ocorrências, bem como a que este assume em momento posterior à abertura democrática de 1988 para, então, analisar de forma crítica as reformas necessárias para que esta instituição passe a assumir com responsabilidade seu papel na manutenção da pretendida democracia no Brasil.

Palavras-chave: Reforma das instituições, Justiça de transição, Poder judiciário

Abstract/Resumen/Résumé

The transition from an authoritarian model to the democratic model requires a series of joint efforts by the State and civil society, which must necessarily be aligned with the commitments of the Democratic Rule of Law. In this regard, it is necessary to look at the institutions in operation and to see how they are structured to identify whether or not they are in line with the state ideals and the democratic pretension of society. An important Brazilian institution is the judiciary brench, which concentrates functions directly related to the proper functioning of democracy. Therefore, this body must be carefully analyzed as an institution to fulfill its role in the appropriate manner to the realization of the Democratic Right State. This paper seeks to analyze the role played by the judiciary during the dictatorship in the face

[1] Graduada e Mestre em Direito pela UERJ. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora adjunta da Universidade de Brasília. Conselheira da Comissão de Anistia.

[2] Graduada em Direito pela Faculdade de direito de vitória- FDV. Mestranda na Universidade de Brasília.

of the events, as well as the one that it assumes in a moment after the democratic opening of 1988 to analyze critically the reforms necessary for this institution to begin to assume with its role in maintaining the intended democracy in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Transitional justice, Reform of institutions, Judiciary

1 Introdução

O presente trabalho tem como pressupostos teóricos os estudos sobre Justiça de Transição no Brasil e seus pilares, sendo estes a reparação às vítimas, a memória e verdade, a persecução judicial dos violadores de direitos humanos e a reforma das instituições. Aqui se tratará em especial da reforma das instituições. Tentaremos demonstrar que a ausência de reformas importantes no Poder Judiciário nos quase trinta anos de vigência da Constituição de 1988 é responsável, em grande medida, pela não consolidação da democracia. A metodologia aqui utilizada foi primordialmente a bibliográfica-documental.

O problema que enfrentamos pode ser sintetizado da seguinte maneira: em que medida a ausência de reformas institucionais no Judiciário impede que este seja uma instituição democrática? Para responder a esta pergunta, faremos uma primeira breve análise do conceito de instituição e de como o poder Judiciário nele se encaixa, seguida da digressão sobre o papel que esta instituição ocupou no período militar, para então analisar como este se posicionou e vem se posicionando desde a abertura democrática, no tocante às reformas institucionais necessárias à consolidação do Estado Democrático de Direito.

2 Reforma das instituições: o Judiciário como instituição

A justiça de transição - intervalo temporal de estabelecimento de políticas com vistas ao esvaecimento de um regime autoritário para a instauração plena da democracia – tem como um de seus pressupostos a reforma das instituições, que consiste na reanálise das instituições e a reformulação destas para o rompimento com as estruturas autoritárias remanescentes.

Quando analisamos este aspecto no Brasil, notam-se muito mais inocorrências relevantes que ocorrências necessárias; mais ausências que presenças, por assim dizer. A reforma das instituições deve ser vista como a possibilidade de romper com as estruturas deixadas pelo regime autoritário, visto que quando estas deixam de prevalecer verifica-se uma continuidade da reprodução do pensamento do regime, que não é desenraizado dos agentes públicos, da legislação existente e da sociedade, o que coloca em cheque o retorno da democracia ao país.

Para tanto, é oportuno que se retome o próprio conceito de instituição. Neste sentido, usaremos aqui o raciocínio traçado por François Ost (2005:234), o qual filiando-se ao pensamento de Hauriou, afirma:

> Uma instituição é uma ideia de obra ou empresa que se realiza e dura juridicamente num ambiente social; para realização desta ideia, um poder se organiza à procura de órgãos, e de outro lado, entre os membros do grupo social, interessados na realização desta ideia, nele se produzem manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder regrados através de processos. (OST, 2005: 237)

Este mesmo autor assim complementa com o conceito de Santi Romano:

> A instituição surge assim, como um meio por excelência para engajar duradouramente o futuro numa forma jurídica: ela é, escreverá ele, [Santi Romano] 'uma unidade estável e permanente que não perde necessariamente sua identidade depois da mutação ocorrida neste ou naquele de seus elementos; ela pode renovar-se sempre conservando intocada sua individualidade própria'. Por outro lado, e é um segundo benefício desta teoria institucional, ela permite que se fuja de uma perspectiva estritamente contratualista, que só engendra 'relações jurídicas' subjetivas e passageiras entre duas ou várias pessoas, mas sem chegar a elevar-se à permanência e à consistência do direito objetivo. (OST, 2005: 240).

Assim, é possível observar a instituição como estrutura estabelecida para gerir e instituir mecanismos de ordem social, buscando a estabilidade e ao mesmo tempo acompanhar os avanços necessários à sua permanência. Este parâmetro pode ser associado às estruturas do Poder Judiciário brasileiro, estabelecido com autonomia no País desde sua primeira Constituição e, com mutações temporais, se mantém até o presente momento com grande influência no âmbito social.

Ao analisarmos os diversos períodos históricos pelos quais passou o Brasil, torna-se possível observar o Poder Judiciário cumprindo diferentes funções; entretanto, sempre como uma instituição hegemônica de Estado, e apenas raramente com a função contra-hegemônica e defensora dos direitos dos mais vulneráveis. Não foi diferente nos anos em que o País esteve sob o regime ditatorial, visto que esta instituição se apresentou por diversas vezes como o instrumento de validação dos atos governamentais arbitrários, inclusive nas omissões quanto às atrocidades do regime.

3 O Judiciário enquanto instituição da ditadura a partir de 1964

A política autoritária do Estado entre 1964 e 1985 se mostrou bastante efetiva em diferentes âmbitos, e aqui se analisa em especial o âmbito do Judiciário, o qual deveria garantir os direitos civis e as liberdades públicas, permitindo aos cidadãos que se socorressem daquela estrutura em caso, por exemplo, de violação de direitos humanos. Naquele intervalo temporal, o País esteve inicialmente sob a égide da Constituição de 1946, mas passou a ser balizado por Atos Institucionais editados pelo regime militar, até a promulgação da Constituição de 1967 e posterior emenda constitucional nº 1/1969. Os Atos Institucionais eram normas organizacionais que os militares usavam para manutenção do regime, mas na prática governamental funcionavam como norma máxima para o País.

Diversas destas medidas impactaram diretamente na estrutura e funcionamento do Poder Judiciário, principalmente pela sobreposição do Poder Executivo aos demais Poderes. A começar pelo AI-1, quando as garantias constitucionais e legais foram suspensas, possibilitando a demissão e aposentadoria de servidores públicos por decreto presidencial, inclusive de magistrados (AI-1, art. 7º, §1º).

Em seguida, o AI-2 estabeleceu alterações significativas na estrutura do Poder Judiciário (art. 6º, AI-2), suspendendo as garantias institucionais dos juízes (vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade). Como estratégia para manter a maioria nas votações o Ato aumentou o número de ministros do STF de 11 para 16. Este mesmo Ato ampliou a competência da justiça militar para análise dos crimes contra a segurança nacional e instituições militares e estabeleceu que nesses casos tal competência devesse prevalecer sobre as demais estabelecidas pela lei. O Superior Tribunal Militar (STM) passou a ser responsável pelo julgamento prévio dos *Habeas Corpus* impetrados por acusados de crimes contra a segurança nacional e contra as instituições militares (CNV, 2014:936).

No mesmo artigo o Ato Institucional número 2 reestabeleceu a Justiça Federal e definiu a nomeação dos juízes pelo Presidente da República, tal como ocorre com o Supremo Tribunal Federal, e determinou a competência desta Justiça especializada para crimes praticados contra os serviços, bens e interesses da União, demonstrando uma clara intenção de tornar esta justiça uma fiscal do setor burocrático do regime.

Merece destaque também a Constituição Federal de 1967, que atropelando a separação de poderes subordinou os demais atos dos poderes republicanos ao Poder Executivo (CNV, 2014:396), centralizando na figura do Presidente o controle do País. Esta Constituição ratificou as alterações promovidas no STF e nas competências do sistema de justiça brasileiro, conferindo à justiça militar o controle do julgamento nas violações de direitos promovidas pelo Estado. Já em 1968, o Ato Institucional número 5 suspendeu o acesso ao Judiciário por *habeas corpus* no caso de prisão por violação da segurança nacional e ratificou a possibilidade de alterar a composição do Poder Judiciário por decreto do Presidente da República.

Esta medida desaguou na aposentadoria compulsória dos ministros do STF Evandro Lins e Silva, Victor Nunes Leal e Hermes Lima e aos pedidos de afastamento dos ministros Antônio Gonçalves de Oliveira (presidente do tribunal) e Antônio Carlos Lafayette de Andrada, por considerarem inaceitáveis os rumos daquele tribunal superior.

Por fim, o Ato Institucional número 6 de 1969, de forma estratégica, redefiniu a composição do Superior Tribunal Federal, retornando para 11 ministros, bem como a competência da justiça militar, sendo este o último Ato que reformava a estrutura do Judiciário no Brasil nos moldes do regime.

Nesse sentido, para compreender o Judiciário no período de exceção, é preciso perceber que ele se dividia entre o STF, a justiça militar e a justiça comum (federal e estadual) e cada uma dessas instâncias se apresentou de uma forma em dado momento. No caso da justiça militar, resta notório que a partir do AI-2 esta se tornou a principal apreciadora de violações aos direitos humanos e a responsável por validar estes Atos, tornando cada vez mais incontrolável a barbárie promovida pelo poder ditatorial. De acordo com o relatório final da Comissão Nacional da Verdade, o STF enfrentou alguns momentos diferentes no decorrer da ditadura, o que é possível perceber a partir da análise dos relatos e julgados da época:

> No âmbito do STF, verificaram-se três tipos de atitudes: num primeiro momento, o STF omitiu-se, não conhecendo pedidos de habeas corpus em que a autoridade coatora fosse militar; em etapa posterior, porém, passou não somente a conhecê-los como também, no mérito, a conceder a ordem, deferindo, entre o golpe de 1964 e as vésperas da entrada em vigor do AI-5, a maioria dos pedidos. Com a vigência do AI-5, porém, o STF, impossibilitado agora de conhecer pedidos de habeas corpus impetrados por acusados dos crimes previstos no ato institucional, foi reduzido, nessa matéria, à condição de ator secundário, a quem, quando provocado, na maioria das vezes se declarava incompetente. No sistema de

> justiça do regime inaugurado em 1964, o protagonismo em tudo que dissesse respeito aos crimes contra a segurança nacional passou a ser, depois do AI-5, da Justiça Militar. Isso significou submeter as pessoas acusadas de crimes previstos no artigo 10 do AI-5 ao julgamento por juízes que tendiam a orientar-se por aquilo que julgavam ser interessante, conveniente e oportuno para a dita "revolução" (2014:956).

Tais ocorrências comprovam que as alterações estruturais do tribunal em análise foram fundamentais para a mudança de posicionamento e, com a edição do AI-5, a consequente diminuição da relevância deste tribunal, pois foi alijado da sua competência.

Da mesma forma, na justiça comum (federal e estadual) "vislumbrou-se um significativo abuso do direito de defesa por parte da União e dos agentes da repressão processados" (CNV, 2014, p. 957). Considerando-se que o alargamento de competências da justiça militar diminuiu a amplitude de atuação da justiça comum, pode-se afirmar que esta tanto sofria uma limitação de competências, quanto ainda era composta por pessoas a serviço do regime de exceção, pois os magistrados da justiça federal eram indicados, como citado, pelo Presidente da República.

Neste aspecto, é perceptível também que a possibilidade de intromissão do Executivo nas estruturas do Judiciário foi capaz de moldar a instituição naquele momento, vez que, como mais uma vez se lê do relatório da CNV:

> Sublinha-se que, em conjunto, as decisões do Poder Judiciário, quando do período ditatorial, refletem, muitas vezes, seu tempo e seus senhores; são expressões da ditadura e de seu contexto de repressão e violência. Os magistrados que ali estiveram – ou melhor, que ali permaneceram – frequentemente eram parte dessa conjuntura, inclusive porque, por meio da ditadura militar, foi-lhes garantido um assento naqueles tribunais. Quem quer que tenha sido nomeado para o STF, por exemplo, durante a ditadura, tinha clareza das circunstâncias a que estavam jungidos e quais votos eram esperados da sua lavra; sabiam da ausência de garantias dos magistrados; conheciam as reformas promovidas na composição e atribuições do tribunal; e, sobretudo, eram cônscios acerca de quem deveriam servir (2014:956).

Assim, resta evidente que o instrumento à disposição dos cidadãos para enfrentar os limites impostos pelo regime, com o passar do tempo foi substituído pelo Poder Executivo, o que veio a dificultar as chances de resistência à opressão visto que não garantia a justiça. Outra não é

a conclusão da Comissão Nacional da Verdade ao versar sobre o Poder Judiciário naquele período:

> Nesse contexto, conclui-se que a omissão e a legitimação institucionais do Poder Judiciário em relação às graves violações de direitos humanos, então denunciadas, faziam parte de um sistema hermético mais amplo, cautelosamente urdido para criar obstáculos a toda e qualquer resistência ao regime ditatorial, que tinha como ponto de partida a burocracia autoritária do Poder Executivo, passava por um Legislativo leniente e findava em um Judiciário majoritariamente comprometido em interpretar e aplicar o ordenamento em inequívoca consonância com os ditames da ditadura (2014:956).

Estas reflexões apresentadas nos colocam em posição confortável para perceber que não só o Judiciário era usado a serviço da ditadura, mas o próprio direito, este sendo utilizado de forma contrária ao mais simples sentido da palavra. Entretanto, "estudar o direito como instituição não é, então, unicamente interessar-se pelos estados de equilíbrio do sistema; é também levar em consideração as turbulências, as descontinuidades, os estados de transição" (OST, 2005:236). Visto isso, é necessário observar eventuais avanços e retrocessos no período após a ditadura, o que se fará a seguir.

4 O Judiciário como instituição do Estado Democrático de Direito a partir de 1988

Com a abertura democrática e a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, o Estado brasileiro saía do controle do regime militar para passar aos ditames do Estado Democrático de Direito, editando para tanto uma nova carta constitucional, que passou a reger o País a partir de outubro de 1988. Neste novo documento o Judiciário tomaria nova forma, já que a constituinte foi marcada pela presença dos juristas, como se verifica com a própria composição da assembleia, integrada por 43,50% dos parlamentares com formação jurídica (FLEISCHER, 1987:8). A Constituição trouxe uma nova era, em que se privilegia a garantia dos direitos do cidadãos, sendo o Estado o responsável por garantir a concretização de tais direitos, utilizando, se necessário, para tanto, o recurso ao Poder Judiciário. Havia um sentimento de esperança, expectativa e muita alegria por parte da sociedade brasileira, que depositava na Carta Magna seus sonhos de construção de um Brasil mais igualitário.

Observe-se que para além do disposto nos artigos 92 à 126 sobre as funções do Poder Judiciário, a Constituição delegou a este a fiscalização do cumprimento dos deveres do Estado

insculpidos neste documento, cabendo ao Judiciário assegurar o devido cumprimento das normas constitucionais (CANELA JR, 2011:57). Esta concepção passa para as mãos do Poder Judiciário a responsabilidade de zelar pela manutenção da democracia, dos objetivos da República e os verdadeiros fins do Estado (GRINOVER, 2013:129), tornando-se um elemento importante para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, não basta uma atuação apenas funcional do Judiciário, pois a rigor, enquanto no período ditatorial o Executivo simplesmente fechou e impediu o funcionamento do Legislativo em diferentes momentos, o mesmo não se pode dizer do Judiciário, que continuou atuando, ainda que sob as orientações do Executivo. Para que essas atribuições constitucionais se cumpram no Judiciário e pelo Judiciário, é necessário que haja uma reforma desta instituição, nos moldes das concepções da chamada Justiça de Transição.

No intervalo temporal posterior à Constituição de 1988, encontramos como notícia de reforma do poder Judiciário a Emenda Constitucional de 2004 que, dentre outras providências, buscou democratizar a justiça brasileira com a criação de um órgão de controle externo, o Conselho Nacional de Justiça, cuja função é atuar diretamente no acompanhamento das atividades dos magistrados, assegurando o bom prosseguimento e a celeridade na prestação da tutela judicial; e ainda o Conselho Nacional do Ministério Público, que também atua como órgão externo fiscalizador do cumprimento dos deveres de seus membros.

A publicidade das decisões administrativas também aparece como elemento democrático e que permite maior ciência dos cidadãos do funcionamento interno dos tribunais, bem como a própria participação efetiva dos integrantes dos tribunais para a eleição de membros de órgãos especiais. Dentre as alterações da referida Emenda Constitucional são estas as tentativas de democratizar as estruturas do Poder Judiciário ocorridas depois de 1988. Entretanto, vale o questionamento se são satisfatórias ao cumprimento do dever insculpido na Carta Magna, posto que não apresentam as necessárias rupturas com as estruturas autoritárias.

Convém destacar que a Comissão Nacional da Verdade registrou em seu relatório final diversas recomendações, dentre as quais o Judiciário aparece como foco. Aqui destacamos três: 1) a determinação, pelos órgãos competentes, da responsabilidade jurídica – criminal, civil e administrativa – dos agentes públicos que deram causa às graves violações de direitos humanos ocorridas no período investigado pela CNV, afastando-se, em relação a esses agentes, a aplicação dos dispositivos concessivos de anistia; 2) criação de mecanismos de combate à tortura, até

mesmo dentro do próprio sistema de justiça e 3) o fortalecimento das Defensorias Públicas, como forma de possibilitar melhor acesso à justiça.

5 A necessária reforma institucional do Poder Judiciário

É impossível em um Estado Democrático de Direito separar o papel de manutenção da condição democrática do Poder responsável por fiscalizar o cumprimento da Constituição em diversos âmbitos. Em uma era em que o direito é o principal instrumento de reivindicação popular e de encontro da cidadania, o Judiciário é o recurso possível da sociedade ao não ver reconhecidos os seus direitos. Reitere-se que, neste sentido, é o Poder Judiciário aquele que detém responsabilidade na ordem constitucional de coordenar a manutenção dos direitos fundamentais e o cumprimento dos deveres do Estado.

Os principais estudos sobre as origens da justiça de transição asseguram que os pilares estabelecidos para a saída de um regime autoritário buscam de forma coordenada ultrapassar os limites impostos pelas ditaduras e chegar a um momento de rompimento com as estruturas por elas deixadas, para assim consolidar a democracia plena (TORELLY, 2015:148). No caso do Brasil, é possível notar que a abertura democrática fora controlada pelos que comandavam o regime militar, o que dificultou a extirpação dos vestígios autoritários.

Entretanto, no momento em que se inicia a transição no Brasil, é preciso conceber que cabe aos Poderes competentes se propor a acompanhar o surgimento de um novo momento constitucional e não interromper seu desenvolvimento. No caso da Constituição de 1988, algumas lacunas não foram preenchidas para desenvolver novas instituições e reformular aquelas que tiveram brutais intromissões dos ditadores. Não só as estruturas funcionais devem ser revistas como também as ações dos agentes públicos que integram este Poder, para que só assim as instituições possam refletir o que verdadeiramente pretende uma democracia.

Neste ponto cabe voltar ao conceito de instituição antes referido, para aplicá-lo ao Judiciário brasileiro. Duas características são fundamentais para caracterizar a institucionalidade: estabilidade/permanência e inovação/mudança. Assim é que uma instituição autoritária poderia ser conceituada como aquela que resiste às mudanças, alegando sempre a estabilidade; que pretende que sempre haja equilíbrio do sistema, e que não haja espaço para conflitos, e os que

porventura existirem ou vierem a existir, sejam eliminados. Neste sentido, não há espaço, nas instituições autoritárias, para qualquer forma de debate e construção de consensos.

Em outras palavras, uma instituição autoritária tem medo das mudanças e procura prever todos os procedimentos em regras rígidas, além de prever a forma de resolução dos conflitos de maneira que eles sejam eliminados, nem que seja apenas no plano formal, embora persistam no mundo da vida.

Aqui cabe a advertência de Avritzer, ao refletir sobre o processo de democratização brasileiro:

> A democratização, no caso brasileiro, significou o surgimento de duas culturas políticas: uma democrática e vinculada aos movimentos sociais e civis democratizantes e uma outra, a predominante no nosso processo de modernização que persiste com as suas práticas tradicionais. Em uma tal situação, seria de se esperar que a democratização produzisse crise ao invés de estabilidade (...). A democratização brasileira virá, precisamente, se essa disputa [o funcionamento do Estado e do mercado *vs* as regras da convivência democrática] encontrar uma solução favorável à sociedade. (2012:148).

Entretanto, é pertinente notar que as relações democráticas do final do século XX e início do XXI são bem mais complexas do que aquelas do momento de interrupção da trajetória de construção do Estado Democrático de Direito no Brasil em 1964. Agora, como afirma com perspicácia Ost:

> A representação parlamentar perdeu seu monopólio de oráculos da vontade popular; exprimindo-se por via de sondagens, de mídias e de recursos diante dos Tribunais constitucionais, o povo saiu de seu mutismo e assume doravante o tempo contínuo de uma democracia no dia-a-dia. (...)
>
> Hoje não é mais verdade que o "Parlamento faz a lei": esta prerrogativa precisa se dividir com os inúmeros "empresários legislativos" que puderam fazer reconhecer seu direito de participar da elaboração da norma geral. (OST, 2005: 248).

Se houve alterações tão significativas na representação parlamentar, também é necessária uma nova concepção do Judiciário, a fim de que este cumpra seu vaticínio constitucional. Também é importante não perder de vista que a realidade social, política e jurídica de nossos dias é bastante diferente daquela realidade de trinta anos atrás, quando da promulgação da Constituição. Assim é que Ost alerta:

> Ao se generalizar, a democracia de opinião poderia perfeitamente dar o espetáculo de uma divisão sem princípio de recomposição e de uma instantaneidade sem constância. A tirania das sondagens, reveladoras de um eleitorado emotivo e versátil, a ação de determinadas mídias, geradoras de reflexos plebiscitários, e a multiplicação de recursos para a anulação de lei, *motivados por interesses egoístas, mais que por preocupação com princípios*, são alguns índices entre outros da realidade deste risco. (grifos nossos). (2005:248-249).

6 Conclusão

Parece-nos que incorremos neste equívoco apontado como um risco, pois verificamos que muitas das decisões são acompanhadas pela sociedade brasileira como se fossem partidas de futebol, com torcidas para esta ou aquela decisão, motivadas quase que exclusivamente na preferência hermenêutica desta ou daquela posição. Em outras palavras, é possível perceber a espetacularização do sistema de justiça para, a partir dos interesses imediatistas e egoístas, produzir determinado resultado que desconsidera totalmente os princípios constitucionais e a necessária estabilidade institucional do mesmo sistema de justiça.

Um Judiciário democrático precisa atentar para dois perigos, ainda citados por Ost:

> Assim, parece que a democracia deve *permanentemente* precaver-se de dois perigos opostos: ou a *exacerbação do conflito*, ou sua *ocultação*. No primeiro caso, sem acordo sobre uma regra de jogo comum, sem referência ao mínimo de valores compartilhado, a parte degenera e leva à exclusão ou à destruição do adversário, tratado então como "inimigo": privado do mínimo de confiança, pressuposto pela promessa que ata o futuro, o jogo político se estreita. Ao inverso, quando as divergências de interesse são ocultadas, e as oposições minimizadas, atrás de *consensos de fachada*, é grande o risco de que se veja desenvolver futuros focos de violência. É, sem dúvida, um dos riscos ligados atualmente à instauração, em todo o planeta, da "democracia de mercado" e do pensamento único que a acompanha. (grifos nossos). (2005:315).

Sobre estes perigos, destacamos noutro texto:

> Parece um vaticínio acerca da situação brasileira atual. Inicialmente, a opção daqueles agentes públicos que conduziam, ou supostamente deveriam conduzir o Brasil na transição para a democracia, em todos os Poderes da República, foi a alternativa de ocultar os conflitos então latentes no País. Não foram enfrentados de início nenhum dos eixos importantes para trilhar este caminho transicional e, a despeito de

> comandos constitucionais que permitissem o avanço, este foi trilhado de modo lento, gradual e seguro conforme desejava o regime autoritário.
>
> Incorrer no erro de ocultar os conflitos e apostar nos *consensos de fachada*, ao longo de quase trinta anos, levou ao impeachment da Presidente da República Dilma Rousseff em 2016, e a atual impossibilidade das reformas institucionais de maneira tranquila e ponderada. (DE STUTZ E ALMEIDA, 2017: 21)

Ora, construir um Judiciário democrático, ou democratizar o Judiciário, significa, neste sentido, enfrentar as crises, e aproveitá-las para construir os consensos necessários para a garantia dos direitos dos cidadãos e da sociedade. Não significa, de modo algum, o senso comum da "solução de conflitos", ordinariamente atrelada à função precípua do Judiciário. Defender os direitos dos mais vulneráveis em detrimento dos direitos de outros titulares, ainda que o titular seja o próprio Estado, fortalece e ressignifica a concepção do Judiciário para além do conflito processual propriamente dito, e viabiliza a postura contra-hegemônica tão necessária para a consecução dos dois pilares da institucionalização (estabilidade/permanência e inovação/mudança).

É necessário enfrentar o fato de que as alterações normativas e institucionais no Brasil precisam levar em conta sua modernização tardia, e assim não basta consolidar em algum dispositivo legal os direitos, sejam eles civis, políticos ou sociais, ou alterar procedimentos burocráticos ou processuais na busca da efetividade desses mesmos direitos. É necessário ir além da lei, e admitir, como ensina Arvritzer, que:

> Em geral, apenas o lado funcional dos direitos civis, políticos e sociais é introduzido nos Países de modernização tardia. Nesses casos, os direitos civis são introduzidos para facilitar a institucionalização de uma economia de mercado; os direitos políticos para facilitar a legitimação do uso da força pelo sistema político e os direitos sociais para facilitar a instauração de uma burocracia que estabeleça uma relação de controle e de concessão com os movimentos sociais. É interessante perceber que a ampliação desses direitos e sua vigência plena será um objeto permanente de disputa entre a arena societária, representada pelos movimentos sociais, e o poder do Estado. A pertinência de uma tal análise para o entendimento da inefetividade dos direitos civis e sociais básicos no Brasil deve ser parte de uma teoria da democratização. (2012:147)

Ir além da lei, ou além do lado funcional deste conjunto de direitos implica em não conceber o Judiciário como um "solucionador de conflitos", mas assumir a posição contra-hegemônica que certamente gerará crises, mas permitirá a necessária construção dos consensos na sociedade brasileira no sentido de uma sociedade mais igualitária e portanto, democrática.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática.** São Paulo: Perspectiva, 2012.

CANELA JR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE NO BRASIL. Agosto de 2014. Disponível em< www.cnv.gov.br >. Acesso em 10 de Fevereiro 2018.

DE STUTZ E ALMEIDA, Eneá. *Uma breve introdução à Justiça de Transição no Brasil. In* DE STUTZ E ALMEIDA, Eneá (org). **Justiça de Transição no Brasil – apontamentos.** Curitiba: CRV, 2017

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; Watanabe, Kazuo. 2013. P. 129.

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NOS 25 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988/ Emílio Peluso Neder Meyer, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (organização). Belo Horizonte: Initia Via, 2014.

OST, François. *O tempo do direito.* Bauru, SP: EDUSC, 2005.

TORELLY, Marcelo. *Justiça de Transição – origens e conceito*. In: JÚNIOR, José Geraldo de Sousa et al. (Orgs.). **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina**. 1ª. ed. Brasília, DF: UnB, 2015.

FLEISCHER, David. Um Perfil Sócio-Econômico, Político e Ideológico da Assembleia Constituinte de 1987. Trabalho apresentado ao XI Encontro Anual da ANPOCS.