

CONSTITUCIONALISMO E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: EM BUSCA DE UMA METODOLOGIA DE ANÁLISE A PARTIR DOS CONCEITOS DE AUTORITARISMO E DEMOCRACIA

CONSTITUTIONALISM AND TRANSITIONAL JUSTICE: IN SEARCH OF A METHODOLOGY OF ANALYSIS FROM CONCEPTS OF AUTHORITARISM AND DEMOCRACY

ANTONELLA GALINDO*

RESUMO

O presente artigo trata das relações entre constitucionalismo e justiça de transição, tentando alcançar uma adequada metodologia de análise científica das mesmas, explorando alguns conceitos fundamentais para a tarefa. Para isso, trabalha os conceitos de ditadura, transição, democracia, autoritarismo, bem como busca em autores como Franz Neumann, Karl Popper, Karl Loewenstein e Szmolka Vida, elementos definitórios úteis à edificação de uma metodologia apropriada para compreender melhor o fenômeno da justiça de transição em experiências constitucionais diversas e estabelecer possíveis comparações entre elas a respeito do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Democracia. Autoritarismo. Justiça de transição.

ABSTRACT

This paper discuss relationships between constitutionalism and transitional justice, yearn to construct an appropriate methodology of scientific analysis about them, exploring some fundamental concepts to this work. So, it works the concepts of dictatorship, transition, democracy, authoritarianism, and search in authors like Franz Neumann, Karl Popper, Karl Loewenstein and Szmolka Vida, useful conceptual means to construct an appropriate methodology to know better the phenomenon of transitional justice in different constitutional experiences and possible comparisons between them, regarding to the main theme.

KEYWORDS: Constitutionalism. Democracy. Authoritarianism. Transitional justice.

* Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. PDEE na Universidade de Coimbra - Portugal. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. *Email:* antonella.galindo@ufpe.br

SUMÁRIO: Introdução: em busca da metodologia adequada. 1. Ditadura e transição à democracia. 1.1. O antagonismo democracia x ditadura em Karl Popper. 1.2. Tipologia das ditaduras de Franz Neumann. 2. Constitucionalismo nos regimes autoritários e democráticos: comparações possíveis. 2.1. Os graus de autoritarismo e de democracia nos regimes políticos segundo Szmolka Vida. 2.2. Constitucionalismo e conformação do processo político segundo Karl Loewenstein. 3. Conclusão: os elementos metodológicos úteis à análise da justiça de transição.

INTRODUÇÃO: EM BUSCA DA METODOLOGIA ADEQUADA

Tratar das relações entre constitucionalismo e justiça de transição nos marcos das transições políticas dos regimes autoritários aos democráticos requer uma adequada metodologia. Em uma temática palpitante e eivada de paixões políticas e ideológicas como essas, tal necessidade é ainda maior, sob pena de descambarmos para a tomada de posições de duvidosa cientificidade, prejudicando uma análise sóbria e capaz de estabelecer uma compreensão adequada do fenômeno.

Por óbvio, construir tal metodologia não implica em neutralidades absolutas, nem em pretensões de uma “pureza” científica inalcançável, posto que se afigura improvável a perspectiva do observador neutro e desinteressado. Contudo, o trabalho científico, se não desejar cair no panfletarismo ou partidarismo, precisa se orientar por premissas, conceitos e critérios objetivos e previamente estabelecidos para analisar tais fenômenos.

A ambição deste modesto ensaio é trazer uma contribuição aos contornos metodológicos necessários a uma análise cuidadosa das relações entre justiça de transição e constitucionalismo, perpassando os principais conceitos pertinentes, bem como buscando as contribuições úteis a tal investigação em teóricos que se dedicaram a desvelar as fronteiras entre autoritarismo e democracia e entre constitucionalismos pertinentes. Para os limites do trabalho, destacar-se-ão as perspectivas esboçadas por autores consagrados

como Franz Neumann, Karl Popper e Karl Loewenstein, assim como o percuciente estudo da Professora espanhola Szmolka Vida.¹

1. DITADURA E TRANSIÇÃO À DEMOCRACIA

As transições políticas relacionadas com o objeto deste trabalho dizem respeito à passagem de um regime político ditatorial ou de exceção a um regime democrático.

Nesse contexto, surge relevante questão do ponto de vista das premissas teóricas: a partir de que caracterização pode-se considerar um regime como de exceção ou ditatorial?

A rigor, não é suficiente a simples denominação do mesmo. O termo “democracia” e seus derivados são fartamente utilizados em nomes oficiais de Estados de duvidosas práticas genuinamente democráticas – a exemplo da República Democrática Alemã ou da República Popular e Democrática da Coreia (Coreia do Norte) – bem como em discursos de posse de ditadores como Garrastazu Médici no Brasil ou ainda em Constituições semânticas de Estados como o Chile da Era Pinochet. Daí a necessidade de critérios teórica e politicamente mais precisos para caracterizar um Estado como autoritário e um regime político como de exceção.

Muito se discute e são inúmeros os trabalhos científicos e/ou ideológicos que tentam definir e caracterizar a democracia. O seu contraponto básico, - no caso, a ditadura -, ao contrário, é comparativamente pouco discutido em termos teóricos (Vida: 2010, p. 106). Porém, debater acerca das variadas formas de justiça de transição torna necessária a definição desses pontos de partida conceituais.

Sem querer adentrar em uma teoria política que possa ter desdobramentos infinitos, considero relevantes, para os limites deste estudo, tomar como pontos de partida conceituais as teorias

1 É claro que há outros autores de grande relevância à temática, a exemplo de Guillermo O'Donnell, Phillippe Schmitter e Adam Przeworski, mas extrapolaria os objetivos deste ensaio esgotar os autores relevantes. Para uma compreensão das linhas gerais dos pensamentos desses autores citados e de outros, remeta-se o leitor ao estudo de Renan Quinalha sobre os contornos do conceito de justiça de transição (2013, pp. 27ss.).

de Karl Popper e Franz Neumann sobre a ditadura. A minha opção por elas decorre do fato de que as mesmas permitem um contraponto bastante claro e objetivo com a democracia, sendo comparativamente menos ambíguas do que suas congêneres. Esses autores não tergiversam em percepções excessivamente relativistas de democracia, percepções que, na prática, tendem a tornar esta última uma espécie de “significante vazio” (como diria Ernesto Laclau)². Ao contrário, como se verá, procuram fornecer fronteiras mais precisas entre democracia e ditadura, o que facilita a caracterização desta última, embora nem sempre atinjam inteiramente este fim.

Há, contudo, outros estudos relevantes, não obstante menos célebres, sobre a contraposição democracia/ditadura com tentativas de precisar as variações entre os extremos e que serão de grande utilidade aqui. Destaco a utilização que farei adiante das concepções desenvolvidas no interessante ensaio de Inmaculada Szmolka Vida, da Universidade de Granada/Espanha, analisando a polaridade dos regimes políticos e seu hibridismo. Este estudo da Professora espanhola traça um panorama amplo das diversas teorias políticas a respeito do fenômeno, incluídas aí as subdivisões que caracterizam o hibridismo de muitas das formas autoritárias, de modo que, embora nem tudo seja objeto de análise neste trabalho, a metodologia referente à caracterização dos regimes a partir de percepções objetivas de seu funcionamento merece uma especial consideração no contexto das diversas experiências de justiça de transição (cf. Vida: 2010, *passim*).

Historicamente, o termo “ditadura” não é contraposto à democracia. Tal contraposição é típica da modernidade, já que nas origens o vocábulo em questão se referia na Antiguidade romana a uma forma de governo de crise ou de legalidade extraordinária, à semelhança de situações contemporâneas como o estado de sítio e o estado de defesa, bem como as leis marciais. A ditadura não era antidemocrática em sua origem, mas algo previsto dentro das regras estabelecidas em Roma durante a República (Bobbio: 2003, pp. 158-161). O ditador romano era indicado por um dos cônsules para defender Roma dos inimigos externos ou para solucionar distúrbios internos, exercendo tal função por um período não superior a

2 Cf. Maciel: 2010, *passim*.

seis meses. Portanto, a ditadura romana era claramente definida e delimitada na autorização, nos fins e na duração (Neumann: 1969, p. 263; Galindo: 2005, pp. 90-91).

Em termos contemporâneos, entretanto, a situação é distinta. Ao se classificarem os regimes políticos no âmbito da modernidade, o antagonismo democracia x ditadura é razoavelmente consagrado na teoria política, não obstante as gradações internas em uma e em outra variem bastante.

1.1 O ANTAGONISMO DEMOCRACIA X DITADURA EM KARL POPPER

O filósofo anglo-austriaco Karl Popper torna-se célebre na década de 40 do século XX com a obra “A sociedade aberta e seus inimigos”. Na mesma, contrapõe os conceitos de sociedade aberta e de sociedade fechada, examinando filosoficamente o potencial totalitário de grandes tratados filosóficos de autores como Platão, Aristóteles, Hegel e Marx, sendo especialmente crítico em relação ao historicismo (Popper: 1987a; Popper: 1987b). Edifica capítulo próprio de uma filosofia política antiautoritária, permitindo o posterior desenvolvimento de muitas teorias da democracia sob sua inspiração.

Em termos de teoria democrática, Popper propõe conceitos substantivos de democracia e ditadura, reduzindo as formas de Estado a essencialmente dois tipos antagônicos: aqueles nos quais é possível livrar-se do governo sem derramamento de sangue e aqueles nos quais isso não é possível, denominando os primeiros de democracia e os últimos de ditadura ou tirania. Como teórico da democracia, ao invés do limite amigo-inimigo de Carl Schmitt, Popper trabalha com a possibilidade de que a democracia torne o inimigo adversário e o jogo político civilizado, reduzindo a belicosidade ao aspecto retórico (Popper: 2001, p. 128; Schmitt: 2002, pp. 56ss.).

Considerando esses pressupostos, a teoria popperiana da democracia nas sociedades abertas defende os seguintes postulados:

- a) Democracia não é somente governo da maioria (esta pode governar de maneira tirânica), mas aquele regime

em que os governantes podem ser dispensados pelos governados sem derramamento de sangue (possibilidade real de mudança pacífica e institucional);

- b) Regimes políticos são variações das democracias (sociedades abertas) e das tiranias (sociedades fechadas);
- c) Única mudança legal previamente excluída é aquela que possa abalar profundamente ou abolir a democracia;
- d) Proteção às minorias como regra geral (há exceções como os violadores da lei e os ativistas antidemocráticos);
- e) Destruição da democracia implica destruição dos demais direitos (apesar de possíveis e temporárias vantagens econômicas e sociais);
- f) Apresentação de precioso campo de batalha para a realização de reformas sociais sem violência (Popper: 2001, pp. 129-133).

A partir dessas premissas, pretende o célebre filósofo traçar parâmetros claros de distinção entre os dois regimes, tentando caracterizá-los a partir desse antagonismo. Falta, contudo, em sua teoria política, contornos mais claros acerca dos diferentes graus de democracia e de autoritarismo existente na diversidade de experiências políticas, tentativa esta feita pelo autor abordando no subtópico a seguir.

1.2 TIPOLOGIA DAS DITADURAS DE FRANZ NEUMANN

Franz Neumann, Professor alemão da primeira metade do século XX e ativista antinazista durante a 2ª Guerra, também trabalhou teoricamente o antagonismo democracia x ditadura, com a preocupação adicional em caracterizar os diversos tipos desta última, considerando que os Estados autoritários não são iguais e os caracteres de cada um deles permite classificar as ditaduras em essencialmente três tipos: simples, cesarista e totalitária. Não obstante todas serem regimes políticos autoritários, há gradações diversas em sua abrangência e nos mecanismos repressivos utilizados. E acrescento o alerta de que, recordando Max Weber, não significa que haja uma inteira correlação entre os conceitos como

tipos ideais e o fenômeno em questão. Trata-se, como nas ciências sociais em geral, de aproximações teoria-fenômeno.

Para Neumann, uma ditadura simples é aquela em que o poder político monopolizado pelo ditador é exercido por meio do controle absoluto daquilo que ele denomina de “meios tradicionais de coerção”. Estes são aqueles ligados ao próprio ente político, como a polícia, as forças armadas, a burocracia e o judiciário (Neumann: 1969, p. 260). Na modernidade, todos esses meios são diretamente vinculados ao Estado e cumprem uma função fundamentalmente repressiva. Não há um doutrinamento ostensivo da população em geral ou uma preocupação mais direta com o apoio popular, ou ainda o domínio direto dos meios de comunicação como forma de manobrar a opinião pública. O domínio existente é essencialmente os dos braços armados do Estado (polícia e forças armadas) e do controle administrativo (burocracia e judiciário) (Galindo: 2005, p. 89). A principal preocupação dos detentores do poder político nessa espécie de ditadura parece ser a submissão da população, não necessariamente a sua adesão ao projeto de poder em questão. As ditaduras latino-americanas aqui abordadas – Argentina, Chile e Brasil – tendem a esse primeiro tipo, não obstante no Chile o ditador Augusto Pinochet tenha construído uma imagem pessoal identificada com certo grau de cesarismo.

A ditadura cesarista ocorre, segundo o autor, quando ao ditador não é suficiente o controle dos “meios tradicionais de coerção” da ditadura simples. Embora esse controle ocorra, o ditador se mantém no poder agregando ao dito controle um forte apoio popular, conseguindo uma base socialmente firme para ascender e exercer o poder. As massas populares são mais politizadas e o autocrata necessita de respaldo junto às mesmas, tomando muitas medidas populares (para alguns, populistas), embora continue governando autoritariamente (Neumann: 1969, p. 261). É identificada com o culto à personalidade, inspirado inicialmente no exemplo romano de Júlio César e atribuída a ditaduras como a do Estado Novo, com o prestígio da imagem pública de Getúlio Vargas, o peronismo argentino, o bonapartismo francês e, para alguns analistas políticos atuais, o chavismo venezuelano também poderia ser situado nessa perspectiva, embora seja controversa a

caracterização do regime político da Venezuela como autoritário no mesmo sentido dos demais exemplos.

A ditadura totalitária, por sua vez, reúne os caracteres das anteriores, mas vai muito além. À diferença da perspectiva filosófica de Hannah Arendt, mas convergente em seu aspecto ideológico, Neumann desenvolve uma caracterização do totalitarismo mais direcionada à percepção política objetiva, não adentrando profundamente no debate ético-filosófico. Para ele, esse tipo de ditadura ocorre quando, para a manutenção do sistema autoritário de dominação política, é insuficiente a combinação de coerção monopolizada com apoio popular. Essas são necessárias, mas é preciso também controlar a educação, os meios de comunicação e as instituições econômicas e assim engrenar toda a sociedade e a vida privada do cidadão ao sistema (Neumann: 1969, pp. 268-269; Arendt: 2000, pp. 330ss.; Adeodato: 1989, p. 8; Lafer: 1998, pp. 146ss.).

Como características específicas da ditadura totalitária, Neumann destaca: a existência de um partido monopolista, a adoção de controles sociais totalitários em lugar dos pluralistas e a confiança no terror enquanto forma de manter a estabilidade do regime a partir de uma permanente ameaça ao indivíduo de utilização da violência desmedida.

A existência de um partido monopolista implica em uma destruição da linha separadora entre o Estado e a sociedade, sendo esta última politizada por intermédio do partido único, assimilando, portanto, a concepção ideológica deste último. Esse unipartidarismo propicia ao partido único um completo domínio do processo de educação e formação dos seus cidadãos e também dos meios de comunicação que servem à propaganda política e ideológica do regime totalitário. No autoritarismo em geral – simples e/ou cesarista – há normalmente um “pluralismo limitado”, uma aparência de pluralismo, ao passo que no totalitarismo, inadmite-se mesmo essa pluralidade (Mansilla: 2008, pp. 72-73; com variações maiores, cf. Vida: 2010, pp. 124-125).

Os controles sociais totalitários, por sua vez, fazem com que a repressão nesse tipo de ditadura não seja atribuição dos tribunais ou da administração pública, mas da polícia política e do partido único, em razão da formação tendencialmente pluralista dos primeiros e autoritária dos últimos.

Em decorrência disso, o totalitarismo se vale de uma grande confiança no terror enquanto forma de manter a estabilidade institucional autoritária, com o uso de violência não-calculável como uma ameaça permanente contra o indivíduo. Em verdade, o Estado totalitário é um Estado fundamentalmente de terror. O uso desmedido da violência arbitrária, porém sistematizada e por vezes institucionalizada, é característico deste regime político e um dos seus principais alicerces de sustentação (Neumann: 1969, p. 274). Alemanha nazista, Itália fascista e URSS - esta especialmente sob o stalinismo -, são os exemplos mais clássicos desse tipo de Estado autoritário. O atual regime norte-coreano possivelmente pode ser incluído nesse rol, bem como os regimes comunistas do leste europeu, a exemplo da antiga Alemanha Oriental.

A ditadura totalitária se aproxima da fictícia Oceania, do romance “1984”, de George Orwell, não obstante o Estado descrito pelo escritor inglês ser o totalitarismo levado às últimas consequências (Orwell: 2004, *passim*).

É necessário, entretanto, fazer um alerta fundamental em termos epistemológicos. Caracterizar um regime de exceção como simples no contexto classificatório de Neumann e utilizado aqui não significa dizer que uma ditadura simples seja necessariamente menos ruim que uma totalitária. Elas diferem em natureza e objetivos, mas pode-se ver mais e menos violações de direitos humanos em umas e outras, não sendo possível fazer uma axiologia das ditaduras usando apenas a classificação aludida. Em termos estatísticos, por exemplo, a quantidade de crimes contra a humanidade cometida nesses regimes de força é muito variável, não sendo, em princípio, de modo objetivo, estabelecer juízos de valor para definir cabalmente qual seria a pior.³ São apenas diferentes.

3 Isso pode ser visto até mesmo quando se compara estatísticas. A União Soviética e a Alemanha Oriental foram ditaduras totalitárias, entretanto, enquanto a primeira – principalmente no período stalinista – promoveu massacres e genocídios em número elevado, o mesmo não se verificou na última, comparativamente com um número de executados substancialmente menor, mesmo proporcionalmente. Do mesmo modo, as ditaduras militares da Argentina e do Brasil foram ambas ditaduras simples, mas a primeira promoveu crimes massificados e genocídio, ao passo que a segunda executou uma quantidade bem menor de indivíduos. Ainda comparando, a ditadura simples argentina executou mais pessoas (incluídos aí os “desaparecidos”) do que a ditadura

Diante desse quadro, a transição da ditadura à democracia é um processo político eivado de tensões e acomodações de maior ou menor dificuldade, a depender de inúmeras variáveis. Estas envolvem o tipo de regime autoritário anterior ao democrático, os modos de advento da democracia e de derrocada da ditadura, as formas de pressão política e econômica da sociedade civil e da comunidade internacional em relação ao regime de exceção, bem como as posições políticas dos governantes e dos opositores - variando seu grau de influência - e a cultura política e institucional do povo do Estado em questão.

A transição à democracia a partir da derrocada de uma ditadura simples implica normalmente a gradual cessão do poder político aos setores democratas, bem como o afrouxamento das políticas autoritárias, permitindo a mudança de normas constitucionais e legais em direção ao Estado democrático. Normalmente a economia dá sinais de crise e a sociedade civil se mostra amplamente insatisfeita, enfraquecendo o apoio ao governo, mas ainda com setores opositores fragilizados, o que faz com que as coalizações e alianças entre setores opositores e dissidentes governistas sejam frequentes. A força de determinados caracteres culturais também tem a tendência de determinar soluções de transição mais pacíficas e conciliatórias ou mais conturbadas e de enfrentamento mais direto com o legado autoritário (cf. Quinalha: 2013, pp. 179ss.).

As ditaduras simples foram o modelo por excelência na América Latina dos anos 60 a 80 do século XX, a exemplo dos regimes autoritários do Brasil, da Argentina e do Chile, não obstante certo pendor cesarista deste último durante a chamada Era Pinochet, como já destacado. As ditaduras militares latino-americanas, em que pese diferirem entre si, compartilham em geral os caracteres apontados por Neumann e outros. Tina Rosenberg destaca que os generais latino-americanos buscavam o silêncio de seus povos, não se entregando à ficção de que governavam em nome do povo. A questão era possuírem o controle das armas. Havia o emprego de uma desenvolvida ideologia anticomunista, mas não se tentava

totalitária alemã oriental. Daí insistirmos na tese de que não há um tipo de ditadura melhor e outro pior. Cf. Rosenberg: 1999, pp. 412-415.

impô-la ao público. O bom cidadão seria o “apolítico”, aquele que ia e voltava do trabalho, brincava com os filhos e mantinha a “cabeça abaixada”. Não se esperava dele uma adesão à ideologia do regime, a indiferença seria normalmente suficiente. Embora numerosos grupos da sociedade civil apoiassem e endossassem as ideologias que deram origem às torturas e aos crimes de lesa humanidade em geral, são proporcionalmente poucos os que perpetraram diretamente graves violações de direitos humanos.

Uma vez no poder, os militares latino-americanos combatiam a oposição com homicídios, torturas e desaparecimentos forçados, crimes estes concentrados em um grupo relativamente pequeno de pessoas, se considerada a população em geral. A repressão era seletiva, patrocinada pelo Estado e havia em geral certa clareza em identificar quais eram os autores dos crimes de Estado. Não obstante isso, quando deixaram o poder, os militares repressores mantiveram a força bélica em suas mãos, deixando claro que a democracia existe por sua concessão e que o que ocorreu nos anos de exceção teria sido necessário e até um dever cívico para proteger a pátria em relação ao “perigo” do comunismo (Rosenberg: 1999, pp. 412-415).

Em regimes autocráticos de caráter cesarista, a transição depende em considerável grau da força política e social que o autocrata ainda detenha. Não se pode ignorar que aqui a preocupação com a politização do cidadão não somente existe, mas é um dos pilares desse tipo de regime autoritário. O apoio ao líder, envolvendo por vezes o denominado “culto à personalidade”, é fundamental e abarca também a prevalência de uma dominação do tipo carismática em detrimento dos tipos tradicional e racional, considerando o sentido weberiano dessas expressões (Weber: 2004, pp. 328ss.). Nas transições à democracia, apesar do enfraquecimento político do autocrata, este ainda possui influência e peso político suficiente para continuar protagonizando relevantes episódios da política nacional. Casos como o do brasileiro Getúlio Vargas são bem emblemáticos disso: cedendo à redemocratização com a queda do Estado Novo, Vargas não só conseguiu firmar sua agremiação partidária, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) como uma das principais forças políticas do país, como ainda foi democraticamente eleito no pleito de 1950, apenas 5 anos após ter saído da Presidência

da República na condição de ex-ditador. O cesarismo getulista e seus herdeiros ainda continuaram protagonizando relevantes acontecimentos no Brasil – a exemplo de João Goulart e Leonel Brizola - pelo menos até o advento do golpe de Estado de 1964.

No totalitarismo, cujos exemplos mais recentes envolvendo justiças transicionais foram os regimes comunistas da Europa do leste, a politização dos cidadãos pelo viés ideológico oficial, para além do próprio personalismo, é fator fundamental de sustentação do regime. A participação política é extremamente relevante e a população deve aderir à ideologia oficial, pois o Partido que detém o poder político se proclama instrumento vanguardista da raça/etnia, da nacionalidade ou da classe trabalhadora, objetivando transformar o homem e a sociedade, seja na pureza racial ou nacional, seja extirpando o egocentrismo capitalista em prol de uma sociedade supostamente mais justa.

Nos casos de totalitarismo comunista, os cidadãos precisam demonstrar essa adesão, desde a disponibilidade para trabalhos voluntários nos dias de folga em nome da pátria socialista à frequência em cursos de formação marxista-leninista, passando pela denúncia dos seus amigos, vizinhos e demais quando eles se “desviarem” do caminho socialista ou descumprirem suas obrigações para com o “Estado dos trabalhadores”.

Nas autointituladas “democracias populares”, os caminhos da repressão foram diferentes daqueles das ditaduras latino-americanas. A cumplicidade exigida era tão ampla que ficou difícil efetivamente distinguir quem era vítima e quem era conspirador e criminoso, pois frequentemente esses papéis se confundiam e se invertiam. Se todos eram vítimas pelo simples fato de viverem sob esse sistema de repressão, também eram peças da engrenagem repressiva. A espionagem generalizada, a bisbilhotagem da vida alheia e o terror psicológico substituíram em grande medida a violência direta de desaparecimentos e assassinatos dos regimes da América Latina, tal como destaca Tina Rosenberg nesta passagem:

Após a morte de Stalin, todavia, a maioria dos regimes comunistas se manteve no poder pela corrupção e pela coerção (a Albânia, cujo *gulag* assassino perdurou até 1991, era uma exceção). Quem se comportava bem ganhava privilégios, quem se comportava mal

os perdia. Raramente a violência era necessária. Aqui a repressão do Estado era bem mais difusa do que na América Latina – poucas pessoas sofreram agravos físicos, mas quase todo mundo passou por alguma privação mais branda. Enquanto os politicamente mais francos iam para a cadeia, os milhões que simplesmente não mostravam suficiente entusiasmo comunista perdiam seus empregos, a escola dos filhos, suas *dachas* e seus passaportes. E todos, exceto os mais privilegiados, sofreram severas restrições de viagem, invasão de privacidade, má qualidade dos produtos de consumo, falta de produtos e mentiras constantes. Todos viveram vidas menores, em lugares em que a lealdade política media todas as coisas.

Essas repressões não eram legais, mas eram a própria fundação do sistema. Elas não foram perpetradas por um indivíduo, mas pelos governos como um todo. Impedir dissidentes de trabalhar em suas profissões era um ato que exigia todo um aparato burocrático. Em resumo, as ditaduras da Europa oriental eram regimes criminosos, ao passo que as latino-americanas eram regimes de criminosos. (Rosenberg: 1999, p. 414 – grifos da autora).

Nas ditaduras totalitárias, diante da cumplicidade e vitimização generalizada, a transição à democracia tende a ser ainda mais difícil, tão profundo o enraizamento dos tentáculos estatais na sociedade. Não há, como na América Latina, uma clareza quanto a quem é vítima e quem é criminoso, tanto que nos casos mais célebres – pelo menos desde os julgamentos de Nuremberg - há uma tendência a responsabilizar mais fortemente os agentes estatais que detiveram maior autonomia decisória e a punir de forma mais branda ou até mesmo não punir os que possuíam pouca ou nenhuma condição de decidir de outro modo. Tanto que nazistas na Alemanha, fascistas na Itália e comunistas no leste europeu e na Rússia ocuparam posições relevantes nos novos governos e Estados democráticos que sucederam àquelas ditaduras totalitárias, para não falar do poder econômico.

Diante desses contextos, torna-se necessário situar o fenômeno constitucional nesses regimes, vislumbrando os fundamentos jurídicos e políticos para uma justiça de transição.

2. CONSTITUCIONALISMO NOS REGIMES AUTORITÁRIOS E DEMOCRÁTICOS: COMPARAÇÕES POSSÍVEIS

Afigura-se fundamental a uma análise constitucional da justiça de transição a observação do constitucionalismo enquanto fenômeno político-jurídico nos regimes autoritários e na democracia, estabelecendo traços comparativos entre eles. Prefiro comparar constitucionalismos em vez de constituições, considerando o fenômeno constitucional como algo mais amplo do que o texto da constituição, envolvendo este, suas interpretações doutrinárias, sua interpretação/aplicação pela jurisprudência, mudanças e rupturas político-constitucionais, inserção social da constituição etc., aquilo que Ivo Dantas denomina de “direito constitucional enquanto processo” (não sendo aqui referência ao processo judicial, mas ao constitucionalismo com esse significado), diferenciando do “direito constitucional enquanto conhecimento”, que envolveria a teoria da constituição em uma acepção ampla. É a dimensão diacrônica da constituição (Dantas: 1999, p. 37; Cunha: 2002, p. 328; tb. Galindo: 2006, pp. 41-42).

Neste momento, ainda não se trata de lançar mão das técnicas do direito comparado no que se referem a estudos específicos do direito constitucional de cada um dos países envolvidos. Isso só será feito lateralmente, já que no caso deste item, o objetivo é traçar uma macrocomparação que agrupe as linhas comuns bem como as dessemelhanças entre as variações dos dois extremos, sem detalhar os processos constitucionais específicos, na linha macrocomparativa dos Professores argentinos Bidart Campos e Walter Carnota (cf. Dantas: 2000, pp. 70-71). As especificidades serão analisadas nos capítulos posteriores. Aqui interessa a comparação mais geral, sistematizando alguns pontos de partida relevantes para aclarar o debate das experiências concretas. Para tal intento, lanço mão de algumas categorias elaboradas pela Professora da Universidade de Granada/Espanha, Inmaculada Szmolka Vida, em relação aos regimes políticos, complementando as teorias de Popper e Neumann no que diz respeito especificamente ao papel do constitucionalismo nesses regimes (Vida: 2010). E quanto aos conceitos de constituição a serem inseridos no contexto, a base é a classificação de Karl Loewenstein,

com algumas incursões sobre as teses da constitucionalização simbólica de Marcelo Neves (Loewenstein: 1964; Neves: 2007).

Como se viu no item anterior, nem todas as ditaduras/regimes autoritários são iguais em graus de autoritarismo. Da mesma forma, os regimes políticos democráticos não consolidam a democracia da mesma maneira, nem possuem a mesma “densidade democrática”. Entender o constitucionalismo nesses regimes a partir das ideias de Loewenstein e Neves implica em considerar as gradações dos referidos regimes, no que o estudo de Szmolka Vida pode ser um relevante instrumento analítico.

2.1. OS GRAUS DE AUTORITARISMO E DE DEMOCRACIA NOS REGIMES POLÍTICOS SEGUNDO SZMOLKA VIDA

Szmolka Vida considera a existência de dois polos extremos como espécies de “tipos ideais”: as democracias plenas e os autoritarismos fechados. Entre eles situa os que denomina de regimes políticos híbridos: as democracias defectivas e os autoritarismos pluralistas. A parte relevante para essas múltiplas possibilidades de caracterização no estudo de Szmolka Vida é a elaboração de critérios mais precisos de densificação do autoritarismo e da democracia nos diversos regimes políticos efetivamente existentes. Metodologicamente, ela considera três dimensões de análise para a identificação desta pleiade de regimes políticos: 1) pluralismo e competência política na obtenção do poder e no desenvolvimento dos processos políticos; 2) funcionamento do governo; e 3) direitos e liberdades públicas (Vida: 2010, p. 122).

A partir delas, constrói o seguinte quadro esquemático, estipulando nele as condições das democracias plenas e dos autoritarismos fechados (cf. Vida: 2010, pp. 123-124):

Categorias polares de regimes políticos				
Dimensões analíticas	Democracia plena		Autoritarismo fechado	
Pluralismo e competição política na obtenção do poder e no desenvolvimento dos processos políticos	1. Pluralismo político competitivo	Pleno reconhecimento de partidos ou grupos políticos aos quais se possibilite participarem dos processos políticos. Não exclusão de nenhuma força política que dispute o poder por meios pacíficos.	1. Ausência de qualquer forma de pluralismo político e de competição política	Inexistência de grupos políticos que representem outros interesses e objetivos distintos dos de quem exerce o poder. Impossibilidade de disputar o poder por meios não violentos. Não se realizam eleições pluralistas ou não estão previstos mecanismos de representação legitimados pela cidadania.
		Competição política absoluta. Igualdade de oportunidades na luta pelo poder.		
		Cumprimento dos procedimentos eleitorais com as características de periodicidade, competitividade e transparência.		
		Igualdade de oportunidades tanto em relação ao exercício do direito ao voto como a poder apresentar-se como candidatos às eleições.		
		Sistemas eleitorais consensuais de forma majoritária pelas forças políticas e ausência de práticas de <i>gerrymandering</i> ⁴ .		
		Cumprimento nas eleições das funções de representação e formação de governo		

4 Expressão de origem norte-americana que designa a prática de métodos controversos de definição de distritos eleitorais com a finalidade de, através disso, obter vantagens políticas para o próprio partido ou coalizão em detrimento dos demais. A referência principal diz respeito à eleição pelo voto distrital majoritário na qual a prática do *gerrymandering* pode ser decisiva no *pleito*. Cf. <http://archive.fairvote.org/articles/bbcnews100804.htm>, acesso: 19/12/2012.

Funcionamento do governo	2. Funcionamento responsável do governo através de instituições representativas e autônomas	Autonomia das instituições representativas no exercício de suas funções.	2 Funcionamento não democrático do governo	Instituições sem nenhuma capacidade de legislação e direção política.
		Governo sujeito à responsabilidade política (<i>accountability</i>).		Governo não sujeito à responsabilidade política.
		Ausência de agentes que decidem em nome do Estado não sujeitos à responsabilidade política (<i>veto players</i>).		Agentes não eleitos democraticamente determinando a política do Estado.
		Inexistência de domínios reservados.		Inexistência de equilíbrio entre os poderes do Estado.
		Bom funcionamento da Administração. Baixa incidência de fenômenos de corrupção e clientelismo.		Dependência da Administração junto ao poder. Alto índice de fenômenos de corrupção e clientelismo.
		Controle do território pelo Estado. Capacidade de dar resposta às demandas básicas dos cidadãos (<i>responsiveness</i>) ⁵		
Direitos e liberdades públicas	3. Pleno exercício de direitos e liberdades Públicas	Pleno exercício dos direitos de associação e reunião.	3 Ausência de garantias no exercício dos direitos e liberdades	Negação do direito de associação e reunião.
		Pleno exercício da liberdade de expressão.		Negação da liberdade de expressão.
		Pleno exercício da liberdade de crença ⁶ .		Ausência de pluralismo e de liberdade de imprensa nos meios de comunicação. Meios de comunicação sujeitos ao controle do Estado.
		Liberdade de imprensa. Pluralidade de meios de comunicação e acesso a fontes alternativas de informação.		Ausência de independência do poder judiciário ou inexistência/irrelevância deste.

5 “El control del territorio por el Estado define a las democracias plenas pero no a los autoritarismos cerrados puesto que también en estos últimos se produce normalmente el control territorial por el poder. Esto mismo ocurre con la capacidad de dar respuesta a las demandas básicas de los ciudadanos, que puede ser llevado a cabo por el régimen autoritario.” (Vida: 2010, p. 124).

6 “En relación con la libertad religiosa consideramos que se trata de una libertad

		Independência do poder judiciário.		Abusos contínuos cometidos pelo Estado ou terceiros sem que exista proteção legal e/ou judicial contra os mesmos.
		Ampla proteção legal e judicial contra os abusos cometidos pelo Estado ou terceiros.		
		Monopólio legítimo da violência pelo Estado.		
		Respeito aos direitos humanos.		
				Uso arbitrário da violência pelo Estado.
				O Estado desempenha um papel policial e repressor. Violação contínua dos direitos humanos.

Szmolka Vida estipula esses polos opostos para precisar os regimes políticos híbridos, propondo até mesmo uma gradação a partir de pontos quantitativos que caracterizariam um regime como mais próximo à democracia ou ao autoritarismo, servindo principalmente à compreensão do hibridismo político do qual fala. Essa gradação, exposta no quadro a seguir, será útil para fazermos uma aproximação das dimensões simbólicas e fáticas do constitucionalismo no regime autoritário, compreendendo melhor as contribuições de Loewenstein e Neves que adiante discutiremos.

Neste quadro, a autora estabelece uma pontuação maior aos caracteres mais próximos à democracia plena e menor aos mais aproximados ao autoritarismo fechado, operacionalizando mais precisamente a caracterização dos regimes políticos (cf. Vida: 2010, pp. 126-129).

Dimensões analíticas	Variáveis	Pontuações
Pluralismo e competição política na obtenção do poder e no desenvolvimento dos processos políticos	Pluralismo político	4. Existe um pleno reconhecimento das opções políticas. 3. Os partidos ou grupos políticos se encontram reconhecidos, entre eles forças de oposição, embora exista alguma força política relevante excluída. 2. Os partidos institucionais se veem relegados pela existência de um partido ou coalizão de caráter hegemônico ou ultradominante. 1. Não existe reconhecimento legal de partidos ou grupos políticos ou existe apenas um partido único.

indispensable para definir un régimen como democrático, sin embargo, creemos que los regímenes autoritarios pueden permitir su ejercicio, por lo que no resulta una condición definitiva en esta categoría.” (Vida: 2010, pp. 123-124).

Competição política	<ol style="list-style-type: none"> 4. Existe igualdade de oportunidades no desenvolvimento dos processos políticos. 3. Existe certa competição política pela existência de distintas forças políticas que podem confrontar suas posições nos processos políticos. Não obstante, esta competição pode se ver limitada pela exclusão de alguns grupos políticos ou uma incompleta igualdade de oportunidades. 2. Em que pese o pluralismo ser reconhecido, não existe competição política entre grupos políticos, pela situação hegemônica que desfrutam os próximos ao regime em todos os processos políticos. 1. A competição política está excluída por completo pela negação do pluralismo.
Periodicidade das Eleições	<ol style="list-style-type: none"> 3. As eleições se realizam de forma periódica, de acordo com as previsões estabelecidas constitucional e legalmente. 2. A periodicidade das eleições se encontra sujeita a critérios políticos por parte do poder. 1. Não se realizam eleições pluralistas ou não estão previstos mecanismos de representação legitimados pela cidadania.
Competição eleitoral	<ol style="list-style-type: none"> 4. Os partidos ou grupos políticos gozam de oportunidades similares durante a campanha eleitoral e respeito à exposição nos meios de comunicação, de acordo com as normas comumente aceitas. 3. Formalmente, os partidos ou grupos políticos gozam de oportunidades similares no processo eleitoral. Não obstante, a competição pode ser afetada pela utilização de certos recursos do Estado a favor dos candidatos próximos ao regime (ex. maior presença nos meios de comunicação estatal dos partidos do governo, financiamento público favorável aos partidos próximos etc.). 2. O regime político limita a possibilidade de apresentar candidaturas e favorece claramente os candidatos próximos ao regime no processo eleitoral. 1. Não se realizam eleições pluralistas ou não estão previstos mecanismos de representação legitimados pela cidadania.
Transparência do processo eleitoral	<ol style="list-style-type: none"> 4. Não existem irregularidades significativas nos processos eleitorais. Os eleitores são livres em seu exercício do voto, sem existência de fenômenos de distorção, tais como compra de votos, intimidação ou violência. 3. Ainda que não ocorram fraudes eleitorais em massa, existem certas irregularidades não generalizadas como compra de votos ou clientelismo eleitoral. 2. As irregularidades observadas nos processos eleitorais influem claramente no resultado final da eleição. 1. Não se realizam eleições pluralistas ou não estão previstos mecanismos de representação legitimados pela cidadania.
Exercício do direito ao voto	<ol style="list-style-type: none"> 4. Não existem exclusões no direito ao voto dos adultos, seja em relação ao sexo, raça, grupo étnico, propriedade, educação etc. 3. Podem existir demandas da sociedade de diminuição da idade para exercer o direito ao voto ou se produzirem algumas irregularidades administrativas na elaboração dos censos eleitorais. 2. Existe algum grupo social excluído do exercício do direito ao voto. 1. Não se realizam eleições pluralistas ou não estão previstos mecanismos de representação legitimados pela cidadania.
Sistema eleitoral e distribuição de assentos parlamentares	<ol style="list-style-type: none"> 4. Existe um sistema eleitoral e de distribuição de assentos parlamentares estável e aceito de forma majoritária pelas forças políticas. 3. Ainda que a lei eleitoral e de distribuição de assentos parlamentares sejam aceitas de forma majoritária, podem existir práticas de gerrymandering. 2. O sistema eleitoral foi estabelecido de modo unilateral pelo partido ou grupo no poder, com a oposição relevante de forças políticas sem capacidade de influir nas regras do jogo eleitoral.

CONSTITUCIONALISMO E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

		<ol style="list-style-type: none"> 1. Não se realizam eleições pluralistas ou não estão previstos mecanismos de representação legitimados pela cidadania.
	Funções das eleições de representação e formação do governo	<ol style="list-style-type: none"> 3. Os resultados das eleições correspondem às preferências dos cidadãos e servem para determinar quem decide em nome do Estado. 2. Os resultados das eleições servem parcialmente para determinar as preferências dos cidadãos (algumas opções políticas se encontram excluídas do jogo político) e suas decisões (por existirem outros atores políticos influentes não resultantes direta ou indiretamente das urnas). 1. Os cargos públicos não dependem das preferências dos cidadãos.
Funcionamento do governo	Autonomia das instituições representativas no exercício de suas funções	<ol style="list-style-type: none"> 3. As instituições representativas são autônomas no exercício de suas funções, exercendo o Parlamento sua atividade de legislação e controle do Executivo e o governo sua ação de direção política. 2. Instituições formais de representação e de governo, que supõem áreas de confronto, debate e representação, mas com funções legislativas e executivas limitadas pelo poder que detêm outros atores políticos formais ou informais. 1. Instituições sem qualquer capacidade de legislação e governo, dependentes do poder.
	Governo sujeito à responsabilidade política (accountability)	<ol style="list-style-type: none"> 3. O Governo está sujeito à responsabilidade política através do mecanismo das eleições (sistemas presidencialistas) ou da investidura e a censura parlamentar (sistemas parlamentaristas). 2. Existe formalmente a possibilidade de exigir responsabilidade política, ainda que seja difícil levá-la a cabo pela submissão e dependência da instituição parlamentar ou pela dificuldade em ocorrer a alternância do poder. 1. O Parlamento não possui capacidade de censurar o governo (sistemas parlamentaristas) ou não pode iniciar um processo de impeachment (sistemas presidencialistas).
	Agentes que decidem em nome do Estado não sujeitos à responsabilidade política	<ol style="list-style-type: none"> 3. Ausência de agentes que decidem em nome do Estado não sujeitos à responsabilidade política. 2. Em que pese a existência de um governo surgido direta ou indiretamente através das urnas, agentes não sujeitos à responsabilidade política influenciam a tomada de decisões: potências estrangeiras, exército, serviços de segurança, elites econômicas, grupos religiosos, grupos étnicos (determinadas tribos, p. ex.). 1. A tomada de decisões é feita por agentes não legitimados e não sujeitos à responsabilidade política no marco de sistemas políticos não pluralistas.
	Domínios reservados	<ol style="list-style-type: none"> 3. Inexistência de domínios reservados. Vigora o princípio da separação de poderes. 2. Existência de agentes, formalmente reconhecidos, que ocupam o centro do sistema político, assumindo poderes institucionais ou políticos que deveriam ser exercidos pelo Parlamento ou pelo Governo, já que não existe um funcionamento adequado dos freios e contrapesos das instituições do Estado. 1. Não existe separação de poderes pela existência de uma autoridade única.
	Fenômenos de corrupção e clientelismo	<ol style="list-style-type: none"> 3. Fenômenos de corrupção e clientelismo episódicos. 2. Persistência de fenômenos de corrupção e clientelismo, ainda que não seja prática generalizada. 1. A corrupção e o clientelismo são elementos característicos no funcionamento do governo e da administração.
Direitos e liberdades públicas	Direito de associação e reunião	<ol style="list-style-type: none"> 4. Existe um reconhecimento pleno dos direitos de associação e reunião. 3. Existe um amplo reconhecimento dos direitos de associação e

	<p>reunião, ainda que estes possam ser vulneráveis pela exclusão de algum grupo social relevante ou pelas limitações no direito de reunião de alguns grupos políticos.</p> <p>2. Existe um reconhecimento formal dos direitos de associação e reunião, ainda que estes sejam habitualmente violados, podendo existir normas que os restrinjam (por exemplo, a vigência de um estado de exceção).</p> <p>1. Não existe reconhecimento legal dos direitos de associação e reunião.</p>
Liberdade de expressão	<p>4. Reconhecimento pleno da liberdade de expressão.</p> <p>3. Amplo reconhecimento da liberdade de expressão, ainda que possam existir esferas sobre as quais esta liberdade se restringe (por exemplo, integridade territorial, rei/presidente, religião, etc.).</p> <p>2. Reconhecimento somente formal da liberdade de expressão, sujeita a habitual repressão.</p> <p>1. Impossibilidade absoluta de exercer a liberdade de expressão.</p>
Liberdade de imprensa e pluralidade de meios de comunicação e acesso a fontes alternativas de informação	<p>4. Pluralismo nos meios de comunicação. Liberdade de imprensa garantida dentro do respeito a outros direitos dos cidadãos.</p> <p>3. Pluralismo e liberdade de imprensa, ainda que sujeita a restrições em determinadas esferas (por exemplo, integridade territorial, rei/presidente, religião, etc.) atendendo a critérios políticos.</p> <p>2. Reconhecimento apenas formal da liberdade de imprensa, sujeita a censura habitual. Dificuldade no acesso a fontes alternativas de informação.</p> <p>1. Ausência absoluta de pluralismo e de liberdade de imprensa. Meios de comunicação sujeitos ao controle do Estado.</p>
Autonomia do poder judiciário	<p>4. Independência do poder judiciário e garantias de sua imparcialidade diante dos grupos políticos.</p> <p>3. Independência formal do poder judiciário, ainda que os tribunais possam refletir ocasionalmente interesses estritamente políticos.</p> <p>2. Utilização habitual do poder judiciário pelo regime político ou existência de tribunais políticos.</p> <p>1. Inexistência de qualquer tipo de separação de poderes no Estado.</p>
Proteção legal e judicial contra os abusos cometidos pelo Estado ou terceiros	<p>4. Amplia proteção legal e judicial dos cidadãos contra os abusos cometidos pelo Estado ou terceiros</p> <p>3. Reconhecimento do império da lei, ainda que como princípio não necessariamente efetivo.</p> <p>2. Referência apenas formal ao império da lei, ineficácia deste princípio pela insegurança jurídica dos cidadãos no marco de sistemas políticos pluralistas.</p> <p>1. Abusos contínuos cometidos pelo Estado ou terceiros sem que exista proteção legal ou judicial no marco de sistemas políticos não pluralistas.</p>
Monopólio legítimo da violência pelo Estado	<p>3. Monopólio legítimo da violência pelo Estado.</p> <p>2. Utilização ocasional dos meios de persuasão e coação com fins estritamente políticos.</p> <p>1. Uso arbitrário da violência por parte dos grupos detentores do poder.</p>
Respeito aos direitos humanos	<p>3. Respeito e plenas garantias ao exercício dos direitos humanos.</p> <p>2. Adesão aos principais tratados internacionais de direitos humanos e existência de mecanismos promovidos pelo Estado que os garantam, não obstante continuarem ocorrendo ocasionais episódios de violação de direitos humanos.</p> <p>1. O Estado desempenha um papel essencialmente policial e repressor. Sistemática violação dos direitos humanos.</p>

A aplicação de tais critérios a uma verificação concreta de como se apresentam os regimes políticos autoritários em termos

de maior ou menor densidade de autoritarismo pode ser de grande utilidade na delimitação das possibilidades de justiça de transição para o período pós-autoritário.

2.2 CONSTITUCIONALISMO E CONFORMAÇÃO DO PROCESSO POLÍTICO SEGUNDO KARL LOEWENSTEIN

O estudo de Szmolka Vida serve para atualizar a utilização de conceitos clássicos da teoria da constituição, em especial a classificação “ontológica” das constituições elaborada em fins da década de 50 do século XX por Karl Loewenstein. Não obstante o arguto trabalho de Marcelo Neves sobre o fenômeno da constitucionalização simbólica já ter percorrido o caminho loewensteiniano, trazendo valiosas contribuições à temática, optei por privilegiar as definições mais clássicas como pontos de partida, atualizando-as e complementando-as com as reflexões do próprio Neves, de Szmolka Vida, bem como uma modesta contribuição própria.

As percepções da Professora espanhola demonstram que as constituições podem percorrer diversos caminhos políticos dentro dos Estados que adotam alguma forma de constitucionalismo. Independentemente de sua redação e extensão, há constituições com maior e menor graus de normatividade e eficácia, a depender dos contextos políticos nos quais elas se inserem. Considerando o constitucionalismo como um fenômeno diretamente associado à expansão da democracia como regime político, a tendência é que este último regime favoreça a normatividade constitucional, ao passo que o autoritarismo tende a miná-la. A partir da pontuação do último quadro esquemático de Szmolka Vida pode-se preconizar que uma pontuação elevada implica maior normatividade constitucional, ao passo que pontuações menores aproximam a constituição do regime do modelo semântico-instrumentalista descrito adiante.

Defendo tal tese partindo do pressuposto de que, em sua esmagadora maioria, os textos constitucionais preconizam a democracia como regime político, ainda que o contexto fático possa ser o de uma autocracia rígida e fechada. Sem querer adentrar em uma perspectiva enciclopédica de voltas ao mundo em torno das

constituições formais dos países, basta verificar os textos das Cartas vigentes nas ditaduras analisadas aqui. No regime nazista, a Constituição de Weimar permanecia formalmente em vigor, não obstante Hitler governar a Alemanha por meio de decretos de emergência; o mesmo aconteceu durante o último regime de exceção (1976-1983) na Argentina, que também não revogou a democrática Carta de 1853-1860; a antiga Alemanha Oriental tinha por nome oficial “República Democrática Alemã”; a África do Sul racista se colocava como uma democracia institucional em seu constitucionalismo fático, já que não possuía Carta formal no período do *apartheid*; a Constituição chilena de 1980 – até hoje em vigor – foi elaborada em pleno regime Pinochet, apesar de um conteúdo razoavelmente democrático em termos textuais; a Lei Maior brasileira de 1967-1969, igualmente, previa o pleno funcionamento dos poderes do Estado, harmônicos e independentes entre si, direitos fundamentais e pluralismo político, não obstante tudo o que ocorreu no período.

Chega-se ao lugar comum de que nem sempre o fato de se ter um texto constitucional progressista ou uma democracia formal significa que as coisas assim o sejam de fato. Para Loewenstein, a questão fundamental de se tornar realidade a conformação específica do poder político prevista constitucionalmente depende do meio social e político no qual a constituição esteja inserida. Destaca que quando a constituição é implantada sem uma prévia educação política e uma democracia constitucional plenamente articulada, em um Estado recém-saído de uma autocracia ou de um regime colonial, é quase um milagre fincar raízes imediatamente. É necessário um ambiente nacional favorável à sua realização (Loewenstein: 1964, p. 217).

Daí a utilidade da classificação de Loewenstein em diferenciar as constituições dos constitucionalismos efetivamente democráticos daquelas vigentes em períodos autoritários. De acordo com a conformação da realidade do processo político em um país, o autor classifica as constituições em três tipos básicos: normativas, nominalistas e semânticas, articulando estreitamente direito constitucional e política concreta. Atente-se ao fato de que tais conceitos se classificam como conceitos típico-ideais no sentido weberiano, de tal modo que na realidade social e política não haveria cons-

tituições puramente normativas, nominais e semânticas, havendo vários graus de normatividade, caracterizando-se as constituições pela predominância de um desses aspectos apontados pelo autor (Neves: 2007, p. 106).

Para ser considerada normativa, uma constituição deve ser potencialmente observada com lealdade pelos interessados, havendo uma simbiose entre a Lei Maior e a comunidade. As normas de uma Carta normativa dominam o processo político e este se adapta e se submete a elas. Ao direcionar de fato o processo de poder, os agentes deste e as relações pertinentes se sujeitam generalizadamente às suas determinações substantivas e ao seu controle procedimental. Nos seus dizeres, a constituição normativa é como uma roupa que cai bem e se pode realmente utilizar (Loewenstein: 1964, p. 217; Neves: 2007, p. 105).

A constituição nominal/nominalista, por sua vez, é vigente formalmente, mas a dinâmica do processo político não se adapta às suas normas, havendo insuficiente concretização constitucional. Não é simplesmente uma prática diversa do texto constitucional – já que as próprias divergências interpretativas podem conduzir a caminhos diferentes na concretização da constituição – mas uma ausência de ressonância de suas normas no processo de conformação do poder. Loewenstein atribui à falta de pressupostos sociais e econômicos, tais como a ausência de educação política generalizada e a inexistência de uma classe média autônoma, tal discrepância entre as normas e a realidade do processo de poder. É como se a decisão política de instituir aquela constituição pudesse ter sido prematura e seja necessária uma mudança cultural naquele país para que as normas constitucionais em questão conformem de fato as relações políticas, sendo educativa a função primordial da constituição nominalista. Utilizando mais uma vez o exemplo da roupa, trata-se de uma delas que se coloca no guarda-roupa e se aguarda o “corpo nacional” crescer e estar apto a usá-la (Loewenstein: 1964, p. 218). Contudo, apesar da discrepância, é plausível considerar a transformação gradativa de tal constituição em uma carta normativa.

A constituição semântica/instrumentalista, a seu turno, seria basicamente um mero reflexo da realidade existente do processo de poder, servindo, não como um corpo normativo de controle e

limitação deste, mas ao contrário como mero instrumento dos seus detentores. A conformação do poder político está congelada em benefício destes, independentemente de serem uma pessoa (ditador), uma junta, um comitê, uma assembleia ou um partido. Se não houvesse uma constituição formal, o desenvolvimento concreto do processo político não seria significativamente diferente, demonstrando uma flagrante desimportância – mesmo retórica – da constituição. Em lugar de servir à limitação do poder, a constituição é aqui mero instrumento de estabilização e de eternização das intervenções dos poderosos de fato na comunidade. Não é possível uma mudança pacífica de governo, apelando muitas vezes os setores oposicionistas para expedientes como a luta armada e as insurreições contra os governantes. Ainda utilizando o exemplo da roupa, o autor alemão destaca que não se trata efetivamente de uma roupa, mas de um disfarce.

Loewenstein ainda ressalta que há um conjunto de caracteres que permite reconhecer uma constituição semântica de modo relativamente seguro: quando o presidente da república pode permanecer no cargo sem limitação temporal; quando unilateralmente e sem recorrer ao eleitorado possa vetar a legislação proveniente do parlamento; quando a confirmação das decisões políticas fundamentais estiver reservada a plebiscitos/referendos manipulados em vez de discutidas em um parlamento livremente eleito; quando o regime eleitoral só permita a existência de um único partido (Loewenstein: 1964, pp. 218-219; Neves: 2007, p. 106).

Nos regimes de exceção, há geralmente textos constitucionais com semblante democrático. Porém, tais textos tendem a ter a sua função simbólica “hipertroficadamente” dimensionada em detrimento de sua aplicação como controle e limite do poder. As autocracias em geral possuem constituições semânticas/instrumentalistas (Neves: 2007, pp. 109-110). Seu conteúdo tende a ser irrelevante no processo político diante da desimportância do texto constitucional. A pontuação do quadro proposto por Szmolka Vida tende a ser baixa nos casos de constitucionalismos desse tipo, ao passo que sobe quando aumenta o potencial de normatividade constitucional e se aproxima da constituição normativa.

Resumidamente, pode-se afirmar que a referida pontuação tende a ser alta nas constituições normativas, intermediária nas

constituições nominalistas e baixa nas constituições semânticas/instrumentalistas⁷.

A justiça de transição atua em geral em países que saíram de experiências de constitucionalismo semântico-instrumentalista e vivenciam constituições nominalistas ou normativas. Essa compreensão será útil para delimitar os contextos jurídico-constitucionais e os marcos normativos nos quais estarão as diversas experiências de justiça de transição doravante analisadas.

CONCLUSÃO: OS ELEMENTOS METODOLÓGICOS ÚTEIS À ANÁLISE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

A justiça de transição ao redor do mundo se faz almejando a superação do período autoritário e/ou de graves violações de direitos humanos a partir de objetivos traçados que, para serem alcançados, dependem de uma série de fatores: da repercussão internacional, do momento histórico, da realidade objetiva e da própria cultura política de cada país. O tratamento dos problemas do passado autoritário é bastante dissonante, variando do enfrentamento amplo e irrestrito de todas elas (da verdade histórica à reparação das vítimas e respectivas famílias, bem como da investigação dos crimes e punição dos culpados) às anistias autodeclaradas social e politicamente reconciliadoras, que, a seu turno, estabelecem uma espécie de “esquecimento” igualmente abrangente dos atos perpetrados durante aquele passado. Na questão da justiça material, a tendência geral tem sido a justiça de transição evitar os extremos: nem estabelecer um perdão generalizado dos crimes do período, nem tampouco propiciar uma punição absoluta e inflexível dos referidos delitos (Uprimny & Saffon: 2010, p. 21). Nos outros pontos, as discussões são menos polêmicas, mas não há igualmente uniformidade de tratamento.

7 Aqui cabe um esclarecimento: Loewenstein utiliza expressamente o termo “constituição semântica”. Todavia, Marcelo Neves tece crítica ao adjetivo usado pelo Professor alemão, considerando que o uso do termo em sua classificação destoa bastante do seu significado habitual. Daí Neves propor o adjetivo “instrumentalista” para caracterizar essas constituições, partindo da ideia de que elas sejam meros instrumentos dos detentores do poder. Não sendo objetivo deste trabalho entrar em tal debate, utilizo indistintamente as duas expressões. Mais detalhes, cf. Neves: 2007, p. 109.

Em linhas gerais, a definição de Louis Bickford sobre o que vem a ser a justiça de transição é bastante abrangente. Para o autor, a justiça transicional consiste em um conjunto de medidas consideradas necessárias para a superação de períodos de graves violações a direitos humanos, ocorridas durante conflitos armados (ex.: guerras civis) e/ou regimes autoritários (ditaduras), implicando a adoção de providências com os seguintes objetivos:

- esclarecimento da verdade histórica e judicial, dentre outras coisas com a abertura dos arquivos estatais do período de exceção;
- instituição de espaços de memória (ex.: memorial do Holocausto, na Alemanha), para que as gerações presentes e futuras possam conhecer e compreender a gravidade do que ocorreu no período de exceção;
- reformas institucionais em relação aos serviços de segurança, adequando-os à pauta axiológica do Estado democrático de direito, bem como sedimentando nas instituições públicas uma cultura democrática e humanista;
- reparação dos danos às vítimas (indenizações, reabilitações etc.);
- realização da justiça propriamente dita, com a responsabilização em variados graus dos violadores dos direitos humanos (Bickford: 2004, pp. 1046-1047; Greiff: 2007, p. 26; com ligeiras variações, cf. tb. Porto: 2009, pp. 180-181; Uprimny & Saffon: 2010; Piovesan: 2011, p. 78; Zanuzo: 2009, p. 67).

A partir desses objetivos, é possível traçar políticas concretas de justiça de transição, que envolvem todos ou alguns deles. Verdade histórica e judicial, preservação da memória, transformação da cultura autoritária em cultura democrática através de reformas das instituições, compensação possível pelas perdas das vítimas e de suas famílias e - dentro da perspectiva do Estado democrático de direito e sem generalizada “caça às bruxas” - estabelecimento da punibilidade dos agentes da repressão política que tenham perpetrado graves violações de direitos humanos.

Contudo, tal não se afigura possível se não se tiver clareza sobre como se apresentam institucional e concretamente os regimes autoritários e a compreensão de seus mecanismos estruturais. Diante de tal necessidade, torna-se imprescindível estabelecer pontos de partida conceituais e teóricos que permitam o aludido esclarecimento.

Embora todas as propostas teóricas aqui abordadas elucidem, em grande medida, a natureza desses regimes e de seus constitucionalismos, e forneçam elementos metodológicos extremamente úteis à construção de teorias adequadas sobre a justiça de transição, faz-se necessária maior precisão analítica nas definições de autoritarismo e democracia. Neste particular, a proposta teórica de Szmolka Vida possui especial relevância face à tentativa de estabelecer gradações de autoritarismo e democracia nos regimes políticos, de modo que permite analisá-los em suas complexidades, almejando escapar dos recorrentes simplismos utilizados para a defesa ou crítica de tais regimes.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício: *O problema da legitimidade no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

ARENDR, Hannah: *Origens do totalitarismo – anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000 (trad. Roberto Raposo).

BICKFORD, Louis: “Transitional Justice”, in: *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*. Macmillan Reference USA, vol. 3, pp. 1045-1047, 2004.

BOBBIO, Norberto: *Estado, governo, sociedade – Para uma teoria geral da política*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003 (trad. Marco Aurélio Nogueira).

CUNHA, Paulo Ferreira da: *Teoria da constituição I – mitos, memórias, conceitos*. Lisboa: Editorial Verbo, 2002.

DANTAS, Ivo: *Instituições de direito constitucional brasileiro*. Curitiba: Juruá, vol. I, 1999.

_____: *Direito constitucional comparado – Introdução. Teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GALINDO, Bruno: “Entre os Sonhos de Rosa Luxemburg e a Realidade de Erich Honecker – Para Não Esquecer as Lições da Antiga República Democrática Alemã”, in: *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, Caruaru: Associação Caruaruense de Ensino Superior, v. 36, no. 1, pp. 81-108, 2005.

_____: *Teoria Intercultural da Constituição (a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GREIFF, Pablo De: “La Contribución de la Justicia Transicional a la Construcción y Consolidación de la Democracia”, in: *Memorias – Conference Paper. Serie Enfrentando el Pasado - El Legado de la Verdad: Impacto de la Justicia Transicional en la Construcción de la Democracia en América Latina* (orgs.: BLEEKER, Mô; CIURLIZZA, Javier & BOLANOS-VARGAS, Andrea). Bogotá: ICTJ, pp. 25-35, 2007.

LAFER, Celso: *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988

LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1964 (trad. Alfredo Gallego Anabitarte).

MACIEL, Bruna de Oliveira: *O uso de “significantes vazios” no discurso dos direitos humanos: contribuições da teoria de Ernesto Laclau para compreensão de princípios de identificação democráticos em comunidades políticas pluralistas*. Recife: UFPE (Dissertação de Mestrado), 2010.

MANSILLA, H. C. F.: “El desarrollo contemporáneo y la necesidad de una teoría crítica del totalitarismo. Un esbozo provisório”, in: *Revista de Estudios Políticos*,. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 140, pp. 69-103, 2008.

NEUMANN, Franz: *Estado Democrático e Estado Autoritário*. Rio de Janeiro: Zahar, 1969 (trad. Luiz Corção).

NEVES, Marcelo: *A constitucionalização simbólica*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

ORWELL, George: *1984*. 29ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2004 (trad. Wilson Velloso).

PIOVESAN, Flávia: “Lei de anistia, sistema interamericano e o caso brasileiro”, in: *Crimes da ditadura militar – Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos* (orgs.: GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valério de Oliveira). São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 73-86, 2011.

POPPER, Karl: *A vida é aprendizagem – epistemologia evolutiva e sociedade aberta*. Lisboa: Edições 70, 2001 (trad. Paula Taipas).

_____: *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/USP, tomo I, 1987a, (trad. Milton Amado).

_____: *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/USP, tomo II, 1987b, (trad. Milton Amado).

PORTO, Humberto A. Sierra: “La Función de la Corte Constitucional en la Protección de los Derechos de las Víctimas a la Verdad, la Justicia y la Reparación en Colombia”, in: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, ano XV, pp. 179-188, 2009.

QUINALHA, Renan Honório: *Justiça de transição: contornos do conceito*. São Paulo: Outras Expressões, 2013.

ROSENBERG, Tina: *Terra assombrada – enfrentando os fantasmas da Europa depois do comunismo* Rio de Janeiro: Record, 1999 (trad. Renato Aguiar).

UPRIMNY, Rodrigo & SAFFON, María Paula: *Justicia Transicional y Justicia Restaurativa – Tensiones y Complementaridades*, 2010. Disponível em http://www.idrc.ca/en/ev-84576-201-1-DO_TOPIC.html, acesso em 26/11/2010.

VIDA, Inmaculada Szmolka: “Los regímenes políticos híbridos: democracias y autoritarismos con adjetivos. Su conceptualización, categorización y operacionalización dentro de la tipología de regímenes políticos”, in: *Revista de Estudios Políticos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 147, pp. 103-135, 2010.

WEBER, Max: *Economia e sociedade – Fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília/São Paulo: UnB/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, vol. 2, 2004 (trad. Régis Barbosa & Karen Elsabe Barbosa).

ZANUZO, Vanívia Roggia: *Direitos Humanos, Justiça Transicional e Leis de Anistia*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Dissertação de Mestrado), 2009.

Recebido em 19/04/2015.

Aprovado em 23/06/2015.