



Revista Direito e Práxis

E-ISSN: 2179-8966

direitoepraxis@gmail.com

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Janeiro

Brasil

de Oliveira Costa, Rafael
Estado Transicional de Direito
Revista Direito e Práxis, vol. 8, núm. 4, 2017, pp. 1-19
Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Rio de Janeiro, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350954304011>

- ▶ Como citar este artigo
- ▶ Número completo
- ▶ Mais artigos
- ▶ Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

Estado Transicional de Direito

Transitional Rule of Law

Rafael de Oliveira Costa

Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil. Email:
rafaelcosta22000@gmail.com.

Recebido em 3/08/2016 e aceito em 10/02/2017.

Como citar em *ahead of print*:

COSTA, Rafael de Oliveira. Estado Transicional de Direito. Revista Direito e Práxis, *Ahead of print*, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: *link para o artigo*. acesso em xxxx. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/24950.

Resumo:

O presente estudo sustenta o surgimento de um novo paradigma do Estado de Direito, em razão da indispensável absorção pelo constitucionalismo das conquistas na seara da Justiça de Transição. Trata-se de uma nova perspectiva que, ao utilizar raciocínio *hipotético-dedutivo* e dados de natureza *primária* (acórdãos e leis) e *secundária* (entendimentos doutrinários), leva em consideração não apenas o Estado, mas também a sociedade civil, vislumbrando de forma simultânea os fatos ocorridos no passado e o futuro do processo constitucional, de modo a incorporar ao constitucionalismo social-democrático a tolerância, o consenso, a busca pela verdade, a solidariedade e a efetiva participação do cidadão. Assim é que, à luz da Justiça de Transição e da abordagem de “constitucionalismo do futuro” realizada por José Roberto Dromi, procura-se estabelecer os contornos e limites do Estado Transicional de Direito, compatibilizando a ampla proteção das minorias com o direito à verdade.

Palavras-chave: Justiça de Transição; Estado de Direito; Constitucionalismo.

Abstract:

This study analyzes the emergence of a new paradigm of rule of law, due to the absorption of essential achievements in the field of Transitional Justice. It is a new perspective that takes into account not only the State, but also civil society, incorporating to the social-democratic constitutionalism new values (tolerance, consensus, truth, solidarity and effective citizen participation). Considering the jurisprudential maturity in Transitional Justice and José Roberto Dromi's approach to “the constitutionalism of the future”, we establish the contours and limits of Transitional Rule of Law, harmonizing the broad protection of minorities with the right to truth.

Keywords: Transitional Justice; Rule of Law; Constitutionalism.

Introdução

O constitucionalismo é fenômeno complexo e que pode ser vislumbrado sob diferentes perspectivas. Em uma primeira acepção, emprega-se o termo em referência ao movimento político-social que pretende limitar o exercício do poder.¹⁻² Uma segunda acepção entende que o constitucionalismo se identifica com a evolução histórica das cartas constitucionais, as funções que desempenham esses diplomas normativos e a evolução do Estado. Por fim, sob vertente restritiva, o constitucionalismo é concebido como a evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.³

Partindo da primeira acepção do termo, o presente estudo pretende atentar para a indispensável aproximação entre o constitucionalismo e o Estado de Direito, permitindo concluir que estamos diante de um novo paradigma⁴: o Estado Transicional de Direito.

A fim de tornar mais didática a nossa exposição, faremos inicialmente uma incursão nos paradigmas modernos do Estado de Direito para, em seguida, tecermos os contornos, os limites e as potencialidades do Estado Transicional de Direito.

Esse o nosso plano de estudos. Passemos à sua concretização.

¹ Loewenstein sustenta que “a história do constitucionalismo não é senão a busca pelo homem político das limitações do poder absoluto exercido pelos detentores do poder, assim como o esforço de estabelecer uma justificação espiritual, moral ou ética da autoridade, em lugar da submissão cega à facilidade da autoridade existente. (...) Em um sentido ontológico, dever-se-á considerar como o ‘telos’ de toda constituição a criação de instituições para limitar e controlar o poder político” (*Teoría de la Constitución*, 1986, p. 150-1.)

² Sintetizando, Canotilho sustenta tratar-se de uma “[...] teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2002, p. 51.)

³ Cf. CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2002.

⁴ Na definição de Kuhn, paradigmas são “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (*A estrutura das revoluções científicas*, 2000, p. 43).

1. Constitucionalismo e os Paradigmas (Modernos) do Estado de Direito

A ideia de Estado de Direito surge como busca pela legitimação do poder político e pela constitucionalização das liberdades.⁵ Erige como fundamento a observância ao ordenamento jurídico, tornando possível falar, segundo a doutrina clássica, em tríplice vertente: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito. Cada modelo pretende demonstrar a insuficiência dos anteriores e propor uma releitura dos valores que servem de pano de fundo para a atuação estatal e para a tutela de direitos. É o que se convencionou chamar de “paradigmas do Estado de Direito”.⁶

Assim é que, no paradigma do Estado Liberal de Direito, o indivíduo ocupa posição central, contando com a elevação de sua dignidade pessoal à de sujeitos de direitos. A ideia de liberdade se assenta na concepção de que todo cidadão é proprietário de si próprio e, portanto, todos são sujeitos de Direito. Consagra-se, nesse contexto, os “direitos de primeira dimensão”⁷, atrelados à concepção de liberdade, tais como a vida, a propriedade, os direitos civis e políticos. O Estado, nesse cenário, adota uma postura de “intervenção mínima” e a Constituição assume o papel de fundamento de validade do direito posto.⁸ Ultrapassando o Estado Absolutista – que atribuía ao monarca poder

⁵ Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina: Coimbra, 2002. O constitucionalismo encontra suas primeiras manifestações na Antiguidade clássica. Durante a Idade Média, reaparece como busca pela tutela de liberdades individuais, despondo a Magna Carta como fonte primeira de limitação do poder na Inglaterra. Posteriormente, passou-se a “valorizar a constituição escrita”. O constitucionalismo moderno, portanto, toma forma especialmente com a Constituição norte-americana de 1787 e com a Revolução Francesa de 1789.

⁶ A noção de paradigma vem da filosofia da ciência com a doutrina de Kuhn (*A estrutura das revoluções científicas*, 2000) sustentando a tese de que o conhecimento não progride pacificamente, por meio de pequenas modificações, mas por meio de rupturas, por saltos, por alterações substanciais dos valores e horizontes de conhecimento até então existentes.

⁷ Em que pese a divergência existente na doutrina acerca da existência e número de “dimensões” de direitos fundamentais, preferimos adotar neste trabalho a classificação tradicional em cinco gerações, objetivando facilitar a compreensão do tema.

⁸ Nessa esteira, Canotilho define a carta magna como uma “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político” (*Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 2002, p. 48).

absoluto –, o novo paradigma afasta a percepção de que qualquer modalidade de restrição à esfera individual em favor da coletiva é legítima.⁹

No pós-primeira guerra mundial, especialmente com a intensificação da exploração da mão de obra e com a formação de imensas disparidades econômico-sociais, surge o paradigma do Estado Social de Direito, que coloca em evidência a coletividade em detrimento do individual. Busca-se uma igualdade não apenas formal, mas tendencialmente material, por meio da consagração dos direitos de “segunda dimensão”. A ideia de liberdade, antes tida como absoluta, agora se funde com a busca pela igualdade material, reconhecendo-se *na lei* as diferenças existentes. A título de exemplo, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 buscam tutelar a assistência positiva que todo Estado deve prestar ao cidadão, consagrando inúmeros direitos econômicos e sociais.¹⁰

Finalmente, no paradigma do Estado Democrático de Direito consagra-se o ideal de fraternidade e os direitos de “terceira dimensão”, especialmente nas searas do Direito Ambiental, do Direito ao Patrimônio Histórico, do Direito do Consumidor e do direito à participação no debate público. As benesses econômicas são insuficientes e a liberdade absoluta implica em desigualdades: a experiência democrática é sempre uma experiência de aprendizado e demanda o efetivo exercício da cidadania pela maioria e pelas minorias. O Princípio da Separação de Poderes ganha uma nova roupagem, na qual o Poder Judiciário amplia sua participação e estabelece um novo equilíbrio nos processos de densificação normativa. Em suma, o Estado Democrático de Direito busca sua legitimidade a partir de “*um pensamento constitucional normativo (e de modo algum com um pensamento constitucional nominalista ou simbólico)*”.¹¹⁻¹²

⁹ DALLARI, *Elementos da teoria geral do estado*, 2012, p. 233.

¹⁰ Cf. MAGALHÃES, *Direito Constitucional*, 2004.

¹¹ MÜLLER, *Legitimidade como conflito concreto do direito positivo*, 1999.

Contudo, as inúmeras atrocidades e violações aos direitos humanos (v.g., as disputas na ex-Iugoslávia, as ditaduras sul-americanas, o regime do *apartheid*, entre outros); os riscos envolvidos no viver social¹³; a ausência de efetiva participação do cidadão; e a liquidez da modernidade¹⁴ veem causando a insuficiência dos paradigmas clássicos. O fim da Guerra Fria implicou na transição de regimes comunistas para uma nova ordem e na democratização de vários países da América do Sul: processos constitucionais que decorreram de um envolvimento significativo da comunidade internacional, mas também do fortalecimento da ordem interna. Assim, os paradigmas clássicos do Estado de Direito passaram a se mostrar insuficientes para lidarem com a nova realidade, especialmente diante da incessante busca pela verdade e equilíbrio entre a tolerância e a responsabilidade. Exsurge, como resposta a esses anseios da contemporaneidade, um novo paradigma: o Estado Transicional de Direito.

2. Constitucionalismo do Futuro: Do Estado Transicional de Direito

O novo paradigma do Estado de Direito provoca uma ruptura ao traçar um original “pano de fundo”, fundado na complementariedade entre segurança jurídica/justiça, no equilíbrio das relações entre Estados e na reconceptualização do diálogo público/privado. Como decorrência dos Tribunais da ex-Iugoslávia e de Ruanda, o fim do *apartheid* e da Guerra-Fria, a globalização do constitucionalismo (especialmente pela consolidação da União Europeia) e a busca crescente pela participação democrática, erige-

¹² Cf. MAGALHÃES, *Direito Constitucional*, 2004.

¹³ BECK, *Risk society. Towards a new modernity*, 1992.

¹⁴ BAUMAN, *Modernity líquida*, 2001.

se um novo paradigma que não desconsidera as atrocidades do passado e, atentando para o futuro, busca a efetiva reparação civil às vítimas.

O Estado, nesse contexto, tem o dever legal de adotar todas as medidas cabíveis para evitar violações aos direitos fundamentais, tutelando os indivíduos – “com todas as suas peculiaridades” – e respectivas identidades, visto que qualquer tratamento baseado exclusivamente na origem étnica, religiosa, racial, sexual ou idade deve ser objetivamente justificado em uma sociedade democrática e construída a partir dos pilares do pluralismo e do respeito às diferenças.¹⁵ E mais: o novo paradigma traça limites não apenas para as ações estatais, mas também para outras entidades, adotando como princípio norteador a formação de um padrão global de *accountability* e governança.¹⁶⁻¹⁷ Trata-se de uma compreensão dinâmica da ordem social e dos valores democráticos que deixa de lado o próprio Estado, para colocar a sociedade civil¹⁸, suas vulnerabilidades e atores não estatais no cerne da ordem constitucional, com o consequente reconhecimento da titularidade de direitos a pessoas coletivas – v.g., comunidades, nacionalidades, entre outros.¹⁹

A complementariedade entre a segurança jurídica e a justiça encontra respaldo no que se convencionou chamar no âmbito do Direito Norte-Americano de *transitional justice*, expressão traduzida para o português como “Justiça de Transição”. Trata-se de um conjunto de respostas sistemáticas aos danos provocados por regimes que não mais prevalecem. A principal contribuição da Justiça de Transição pode ser sintetizada no seguinte questionamento: os regimes democráticos devem perdoar ou punir os excessos e

¹⁵ TEITEL, *Transitional Justice and the Transformation of Constitutionalism*, 2011.

¹⁶ TEITEL, *Transitional Justice and the Transformation of Constitutionalism*, 2011.

¹⁷ Reflexo dessa tendência pode ser visto no uso de jurisprudência constitucional estrangeira pelas justiças constitucionais nacionais – o que se convencionou chamar de *global community of courts* (VERGOTTINI, *Oltre II Dialogo tra Le Corti: Giudici*, 2010).

¹⁸ JARAMILLO, *El nuevo constitucionalismo y los rezagos de la ciencia del Derecho Constitucional latinoamericano*, 2013. p. 23-24.

¹⁹ TEITEL, *Transitional Justice and the Transformation of Constitutionalism*, 2011.

as injustiças ocorridas durante as ditaduras/governos autoritários, ainda que perpetrados sob o pálio da legalidade? A problemática foi tratada na jurisprudência Alemã após a Segunda Grande Guerra Mundial, descartando o argumento da legalidade do regime nazista com base em dois fundamentos: 1) as normas jurídicas que contrariam o sentimento de justiça não possuem validade jurídica; 2) as graves violações a direito humanos devem ser punidas, ainda que em detrimento do princípio da irretroatividade da lei.

A proposta de (re)pensar o problema dos paradigmas do Estado de Direito sob a ótica da Justiça de Transição revela-se, assim, de grande utilidade para uma compreensão mais profunda do tema, pois inaugura um novo enfoque, que prioriza o questionamento acerca do próprio fenômeno da Estado de Direito (não mais limitado ao estudo das restrições ao exercício do poder). As pré-compreensões, no Estado Transicional, consolidam-se a partir dos fatos ocorridos no passado, mas com um olhar centrado no futuro. Se o constitucionalismo moderno tem sido marcado pela limitação do poder, o conteúdo dos direitos fundamentais ganha nova roupagem com a ruptura paradigmática provocada especialmente pelas conquistas da Justiça de Transição. Uma nova era político-constitucional surge no alvorecer do século XXI, com a perspectiva de que ao constitucionalismo social-democrático seja incorporado o constitucionalismo transicional, baseado principalmente na tolerância, no consenso, na busca pela verdade e na efetiva participação direta do cidadão nos processos democráticos, de modo a afastar os excessos praticados nos paradigmas anteriores.²⁰ Em síntese, trata-se de contemplar o equilíbrio devido entre a busca por justiça – em razão dos abusos perpetrados – e a necessidade de reconciliação e construção de um novo futuro.

²⁰ DROMI, *La reforma constitucional: el constitucionalismo del “porvenir”*, 1997.

Nesse novo cenário, o Estado tem o poder-dever de atuar para evitar violações aos direitos fundamentais e utilizar os meios disponíveis para efetiva investigação das violações ocorridas em seu território, identificando os responsáveis, impondo as sanções cabíveis e garantindo a compensação adequada aos ofendidos.²¹

Como corolário, as leis que impõem a anistia geral e irrestrita – v.g., a Lei nº 6.683/79²² –, eliminando a responsabilidade por graves violações a direitos fundamentais, mostram-se incompatíveis com o paradigma do Estado Transicional de Direito, sendo a pretensão estatal de responsabilização imprescritível.²³ A responsabilidade decorre não apenas de atos comissivos, mas também da omissão e inação estatal em adotar as medidas cabíveis para evitar a impunidade (*accountability*).²⁴ Busca-se estabelecer um equilíbrio

²¹ Velásques Rodríguez v. Honduras, Casa 7920, Ser. C., N. 4., IACRH 35, OEA/ser. L/V/III. 19 doc 13 (1988), p. 174.

²² A mencionada norma foi recentemente impugnada por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal decidiu que impõe-se “*o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.*” (ADPF nº 153/DF – Relator: Ministro Eros Grau – Julgamento: 29/04/2010).

²³ Nesse sentido: Barrios Altos v. Peru, IACRH Ser. C., N. 75 (14 March 2001), p. 189. Vale ressaltar, ainda, o teor do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, que vem a abraçar os ensinamentos do novo paradigma: *ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRISÃO POLÍTICA. REGIME MILITAR. IMPRESCRIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/1932. ANISTIADO POLÍTICO. CONDIÇÃO RECONHECIDA. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ART. 1º-F DA LEI 9.494/1997. MP 2.180-35/2001. LEI 11.960/2009. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. IRRETROATIVIDADE. [...] Cuida-se, originariamente, de Ação Ordinária proposta contra a União, objetivando a condenação da demandada ao pagamento de danos morais decorrentes de perseguições políticas, perpetradas por ocasião do golpe militar de 1964, que culminaram na prisão ilegal do autor, o qual foi submetido a torturas sistemáticas durante o regime militar, em meados de 1978. No que concerne à suscitada prescrição, a jurisprudência desta Corte Superior é pacificada no sentido de que a prescrição quinquenal, disposta no art. 1º do Decreto 20.910/1932, é inaplicável aos danos decorrentes de violação de direitos fundamentais, que são imprescritíveis, principalmente quando ocorreram durante o Regime Militar, época na qual os jurisdicionados não podiam deduzir a contento as suas pretensões. [...] Ressalta-se que a violação aos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, como a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção, enseja ação de reparação ex delicto imprescritível, e ostenta amparo constitucional no art. 8.º, § 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Sobre o tema, comenta o mestre Rui Stoco, em sua obra *Tratado de Responsabilidade Civil; Doutrina e Jurisprudência*, Ed. Revista dos Tribunais, 7ª ed., São Paulo, p. 1.225: "Em casos em que se postula a defesa de direitos fundamentais, indenização por danos morais decorrentes de atos de tortura por motivo político ou de qualquer outra espécie, não há que prevalecer a disposição quinquenal prescritiva. O dano noticiado, caso seja provado, atinge o mais consagrado direito da cidadania; o de respeito pelo Estado à vida e de respeito à dignidade humana. O delito de tortura é hediondo. A imprescritibilidade deve ser a regra quando se busca a indenização por danos morais consequentes da sua prática. A imposição do Dec. 20.910/32 é para situações de normalidade e quando não há violação a direitos fundamentais protegidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pela Constituição Federal." (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1374376/CE. Relator: Ministro Hermann Benjamin. DJe 23/05/2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 06/12/2015.)*

²⁴ TEITEL, *Transitional Justice and the Transformation of Constitutionalism*, 2011.

entre opressores e oprimidos, entre a responsabilidade e o consenso, de modo a impedir que autores de atrocidades em massa saiam impunes – especialmente porque não há apenas uma dimensão individual a ser analisada, atrelada à responsabilidade criminal, mas também uma dimensão de reconciliação da sociedade como um todo –, a fim de promover um futuro pacífico, avesso a lutas armadas e guerras civis.²⁵ –²⁶

Ademais, o novo paradigma consagra os direitos de quarta e quinta dimensões. Os direitos de quarta dimensão decorrem da globalização do constitucionalismo, resguardando o futuro da cidadania, institucionalizando as conquistas do Estado Social e abrindo as portas para um novo modo de perceber as cartas constitucionais em nível regional e global²⁷, podendo-se citar como exemplos o direito à informação e ao pluralismo.²⁸ Os direitos de quinta dimensão, especificamente no que concerne ao Estado Transicional, não refletem apenas respostas à dominação biofísica, de modo a impedir “*a tirania do estereótipo de beleza e medidas que acabam por conduzir a formas de preconceitos com raças ou padrões reputados inferiores ou fisicamente*

²⁵ No novo paradigma, não pode prevalecer a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153, que reputou constitucional a Lei da Anistia. Isso porque, não obstante tratar-se de decisão com efeitos *erga omnes* e vinculantes, o Estado Transicional de Direito não admite que graves violações aos direitos humanos permaneçam impunes. Em assim sendo, plenamente possível a relativização atípica da coisa julgada, de modo a permitir a responsabilização de agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar. Frise-se, ainda, que a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, trouxe à tona a discussão sobre o tema. Isso porque os tratados e convenções sobre direitos humanos têm *status* de norma supralegal. Assim, o Estatuto de Roma, que dispõe acerca do Tribunal Penal Internacional, permite o ajuizamento de ações penais contra os responsáveis por crimes praticados durante a ditadura, uma vez que o artigo 29 alude expressamente à imprescritibilidade dos crimes previstos no referido diploma legislativo.

²⁶ Cf. TEITEL, *Transitional Justice and the Transformation of Constitutionalism*, 2011.

²⁷ Cf. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

²⁸ “A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia” (BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 2006, p. 571-572).

*imperfeitos*²⁹, mas ainda, e de forma mais incisiva, buscam a paz³⁰, por meio de um padrão global de *accountability* e governança.³¹

Nesse contexto, busca-se a justiça social e a eliminação de discriminações, de modo a promover um novo ideal de igualdade, não mais formal ou material, mas intergeracional: a isonomia não se resume à isonomia perante a lei ou na lei, mas na isonomia histórica de oportunidades.³² Em direção a essa nova concepção, ao julgar impugnação às normas de anistia estabelecidas pela *Truth and Reconciliation Commission* (TRC) na África do Sul, a Suprema Corte daquele país decidiu que:

"Se a constituição mantiver como objetivo a contínua retaliação e vingança, o acordo nunca se tornaria efetivo, [...] porque assim se manteria o medo de alguns e a raiva de outros. É por essa razão que aqueles que promulgaram a Constituição fizeram deliberadamente a escolha de dar preferência ao consenso sobre a vingança, a reparação sobre a retaliação e a generosidade de espírito sobre a vitimização".³³

A busca pela verdade se relaciona diretamente com a solidariedade e se apresenta não apenas como decorrência de normas de natureza programática que encerram projetos inalcançáveis, mas como acesso verdadeiro, transparente e eficaz à informação, permitindo a adoção de medidas contra os responsáveis por violações a direitos fundamentais ocorridas em regimes anteriores.³⁴

Não bastasse, a participação do cidadão no novo paradigma deve se dar de forma ativa na consolidação do processo político.³⁵ A proposta é romper com o

²⁹ Cf. SAMPAIO, *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002, p. 302.

³⁰ Cf. BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 2006.

³¹ O Estado Transicional de Direito também implica na transferência do poder constitucional para sistemas de múltiplos níveis. Isso porque o novo paradigma não encontra como limite o nível do Estado, mas inclui organizações internacionais e supranacionais (v.g., União Européia), na busca pela consolidação de uma concepção globalizante de constitucionalismo. Cf. TEITEL, *Transitional Justice and the Transformation of Constitutionalism*, 2011.

³² Cf. RAWLS, *A Theory of Justice*, 1971. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, ao julgar a ADI 3510, que o novo constitucionalismo deve "traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. DJe 28/05/2010. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 06/12/2015.)

³³ apud TEITEL, *Transitional Justice and the Transformation of Constitutionalism*, 2011.

³⁴ Cf. DROMI, *La reforma constitucional: el constitucionalismo del "por-venir"*, 1997.

³⁵ Cf. DROMI, *La reforma constitucional: el constitucionalismo del "por-venir"*, 1997.

constitucionalismo contemporâneo e reconhecer a sociedade como heterogênea, plural, conferindo voz a grupos antes excluídos do processo político – tais como os povos indígenas, os ciganos, os catalães, entre outros.³⁶ Ao absorver as conquistas da Justiça de Transição, o Estado Transicional pretende afastar a indiferença social e permitir a construção de uma concepção mais ampla de universalidade dos direitos fundamentais que conte com a identidade de grupos étnicos, religiosos e linguísticos. O respeito ao pluralismo não pode refletir mera previsão constitucional de integração moral, ética e institucional dos povos, mas deve abranger também a ampla proteção de minorias étnicas e de grupos originários, levando em consideração os princípios e a cultura de cada povo.³⁷

Nessa nova modalidade de Estado de Direito, não mais prevalece a concepção de que o Poder Constituinte Originário é ilimitado. Ao contrário, o Poder Constituinte encontra barreiras não apenas no princípio da vedação do retrocesso social – impedindo que, em relação aos direitos fundamentais, venha a desconstituir as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que vive –, como também nos ideais da Justiça de Transição – visto que não pode desconsiderar aspectos históricos que fazem parte da construção da identidade do povo.³⁸ O Estado Transicional não permite que as constituições e as reformas constitucionais provoquem rupturas lógico-históricas com as cartas anteriores: toda mudança deve se basear na ponderação e no equilíbrio.³⁹ A Constituição é dotada, nesse contexto, não apenas de papel jurídico-social, mas também histórico, desempenhando função legitimadora ao permitir a continuidade do processo

³⁶ Acerca do multiculturalismo, conferir: SANTOS e NUNES, *Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*, 2003.

³⁷ ARMENGOL, *Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, 2010.

³⁸ Para tanto, as Assembleias Constituintes precisam contar com a participação ativa de diferentes setores sociais e a posterior submissão da carta aprovada a referendo popular, de modo a legitimar as regras e princípios consagrados.

³⁹ Cf. DROMI, *La reforma constitucional: el constitucionalismo del “porvenir”*, 1997.

político, enquanto janela de oportunidades para o futuro que impede a repetição das atrocidades do passado.⁴⁰

Ressalte-se, por oportuno, que o Estado Transicional de Direito não está necessariamente atrelado ao surgimento de um novo Estado ou à promulgação de uma nova constituição. Trata-se de uma reconceptualização, um “modelo vivo”, determinado pela hermenêutica constitucional. Ora, se a hermenêutica tradicional pressupunha, até certo ponto, a “neutralidade do intérprete” e partia de métodos científicos que procuravam, senão afastar, ao menos reduzir a influência das preferências pessoais na prolação da decisão, no contexto do Estado Transicional de Direito o operador do Direito promove atenção redobrada ao diálogo entre a Hermenêutica Constitucional e a Hermenêutica Filosófica, permitindo a definição de um processo hermenêutico apto a prover o respeito à previsibilidade e ao controle das opções interpretativas. O intérprete deve realizar uma crítica da própria consciência para, na pureza da consciência, desvincular-se de seus pré-conceitos e atentar para os limites de seu poder criativo.⁴¹ A racionalidade jurídica é exteriorizada na decisão judicial sob a forma de sua justificação, razão pela qual a fundamentação racional deixa de consistir apenas em uma exigência de constitucionalidade das decisões judiciais para assumir a condição de legitimação da própria atividade judicial⁴², ou seja, o que legitima a aplicação do Direito no novo paradigma não é a decisão em si, mas a adoção de um processo decisório pautado em parâmetros que impeçam que seja fruto da subjetividade do julgador e na aplicação de norma previamente aprovada em conformidade com os ensinamentos da Legística.⁴³ É preciso, ainda, que aqueles que irão sofrer os efeitos da decisão possam participar efetivamente do processo, verificando a racionalidade

⁴⁰ Cf. DROMI, *La reforma constitucional: el constitucionalismo del “porvenir”*, 1997.

⁴¹ MEGALE, *Fenomenologia e Hermenêutica Jurídica*, 2007, p. 38 e seguintes.

⁴² Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. A questão do convencimento judicial In: Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 503, 22 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5966>>. Acesso em: 29 jun. 2010.

⁴³ WINTGENS, *La législation entre science et politique: Éléments pour une approche légisprudentielle du droit*, 2000.

adotada – o que legitima a própria decisão (pela sua forma e pelo seu conteúdo).⁴⁴ A proposta de (re)pensar o problema da racionalidade e legitimidade das decisões judiciais sob a ótica da hermenêutica filosófica e da hermenêutica constitucional permite uma compreensão mais profunda do poder criativo do Direito no Estado Transicional de Direito, priorizando o questionamento acerca do próprio fenômeno da Hermenêutica, não mais limitada ao estudo dos métodos adequados para a descoberta do verdadeiro sentido da norma, mas meio indispensável para a percepção da forma como se dá a própria tarefa do compreender. O Direito, nesse contexto, não é produto da arbitrariedade, mas da análise de casos concretos, para os quais são dadas respostas coerentes e íntegras com os precedentes (“universalização da decisão”), após uma adequada avaliação de impacto dos atos normativos editados, evitando-se, assim, indevidas incursões do julgador na tarefa de legislar.⁴⁵ A partir daí a jurisdição constitucional encontra-se pautada no controle da interpretação, exercendo-se a tarefa de julgar dentro das competências constitucionalmente fixadas, sob pena de responsabilidade dos juízes, os quais se encontram submetidos aos limites trazidos por leis de qualidade, compatíveis com a realidade que normatizam.⁴⁶ O julgamento justo alia a teoria à prática, considerando a historicidade, a tradição e os precedentes judiciais, para legitimar-se na observância do procedimento previamente estabelecido e na racionalidade do argumento universalizável, isento de preconceitos ilícitos.

Assim, o fechamento hermenêutico no Estado Transicional busca não só fixar condições para a realização de um controle da interpretação constitucional, mas também:

- estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever do magistrado;
- que cada

⁴⁴ Sobre a legitimidade e congruência na decisão, conferir: GÜNTHER, Klaus. Un Concepto Normativo de Coherencia para una Teoría de la Argumentación Jurídica. Trad. de Juan Carlos Velasco Arroyo. In: *Doxa*, 17-18, 1995, Alicante, pp. 271-302; GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Trad. de Claudio Molz. Rio de Janeiro: Landy, 2004.

⁴⁵ Cf. WINTGENS, *La législation entre science et politique: Éléments pour une approche légisprudentielle du droit*, 2000.

⁴⁶ Cf. DWORKIN, *Levando os Direitos a sério*, 2002.

cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição, com condições para aferir se a decisão é ou não constitucionalmente adequada; c) que a decisão seja passível de universalização, respeite os precedentes existentes e se legitime (pela sua forma e pelo seu conteúdo), em razão da racionalidade que a embasa; d) que não seja produto de resultados pré-concebidos pelo julgador; e) que oportunize o efetivo poder de convencimento ao jurisdicionado (princípio do contraditório efetivo); f) que seja passível de controle (*accountability* – v.g., recursos, controle de constitucionalidade, entre outros); g) que seja fruto da participação da maior pluralidade possível de segmentos sociais⁴⁷; e h) que o intérprete atue segundo uma “ética hermenêutica”.⁴⁸

Por fim, o Ministério Público também é redesenhado no novo paradigma. Ao conceder autonomia funcional aos seus Membros e delegar a Promotores e Procuradores, além da função tradicional no âmbito criminal, a de exigir o cumprimento da ordem jurídica e a fiscalização de políticas públicas, a instituição passa a desempenhar um novo papel. O *Parquet* passa a ser responsável pela tutela dos valores consagrados pelo Estado Transicional (tolerância, consenso, busca pela verdade, solidariedade e efetiva participação do cidadão), sem prejuízo da adoção das medidas cabíveis para responsabilização e reparação dos danos causados durante os períodos de grave violação aos direitos fundamentais. Com o sentimento de democratização e o fortalecimento da transparência, a instituição oferece respostas à altura, por meio da instauração de procedimentos investigatórios para acompanhamento de políticas públicas – independentemente de notícia concreta de dano ou risco de lesão a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos –, assumindo a efetiva condição de parte *pro populo*, atuando, portanto, com legitimidade ordinária na tutela coletiva de interesses de toda a sociedade. Afasta-se,

⁴⁷ Cf. LUHMANN, *Legitimização pelo procedimento*, 1980.

⁴⁸ Cf. COSTA, Entre o direito e a política: a criatividade e o “fechamento hermenêutico” no exercício da jurisdição constitucional, 2016.

assim, a atuação descompromissada e exsurge o modelo independente e proativo que pretende tutelar de forma dialogada com o cidadão os valores a serem seguidos pela sociedade. Na feliz síntese trazida pelo recente artigo 4º, da Lei nº 13.185/2015 (verdadeiro marco da absorção dos ideais do Estado Transicional de Direito no Brasil), o Ministério Público deve promover a cidadania, a capacidade empática e o respeito a terceiros, fundado em uma cultura de paz e tolerância mútuas, evitando, tanto quanto possível, a punição dos agressores e privilegiando mecanismos alternativos que promovam a efetiva responsabilização e a mudança de comportamento hostil.

Conclusões

O presente estudo pretende atentar para os contornos do novo paradigma do Estado de Direito: o Estado Transicional de Direito. Trata-se de perspectiva que leva em consideração não apenas o Estado, mas também a sociedade civil, e que vislumbra de forma simultânea os fatos ocorridos no passado e o futuro do processo constitucional, incorporando ao constitucionalismo social-democrático as conquistas da Justiça de Transição, especialmente a tolerância, o consenso, a busca pela verdade, a solidariedade e a efetiva participação do cidadão.

A tarefa, contudo, tem natureza hercúlea. Não se tem a pretensão de realizar uma abordagem holística da matéria, mas apenas trazer as principais características desse novo paradigma. No intuito de evitar o superficialismo, analisou-se de forma sintética as principais características dos paradigmas modernos do Estado de Direito, para, então, abordar propriamente o Estado Transicional: processo de permanente busca pela verdade e pela tolerância, razão pela qual sempre "inacabado".

Conclui-se que o novo paradigma se diferencia do constitucionalismo moderno pelo fato de o indivíduo ou o Estado não se encontrarem no epicentro do modelo, mas a própria sociedade, com o consequente reconhecimento da titularidade de direitos a pessoas coletivas, como comunidades e nacionalidades, e um novo conteúdo aos direitos fundamentais e à cidadania. O que não se pode desprezar é estar-se diante de uma nova fase do constitucionalismo, com distintas subjetividades e um novo modo de perceber o *rule of law*, baseado em abordagem distinta da hermenêutica constitucional, na construção de múltiplas identidades da sociedade e na influência recíproca dos diferentes níveis (nacional e internacional) de ordenamentos jurídicos.

Referências

- ARMENGOL, Carlos Manuel. Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n. 25, pp. 59-71, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. *Risk society*. Towards a new modernity. Londres: Sage Publications, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina: Coimbra, 2002.
- COSTA, Rafael de Oliveira. Entre o direito e a política: a criatividade e o “fechamento hermenêutico” no exercício da jurisdição constitucional. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v. 21, 2016, p. 692-720.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. São Paulo, Saraiva, 2012.

DROMI, José Roberto. La reforma constitucional: el constitucionalismo del “por-venir”. In: ENTERRÍA, Eduardo García de; ARÉVALO, Manuel Clavero (coord.). *El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*. Madrid: Fundación Banco Bilbao Vizcaya/Civitas, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JARAMILLO, Svetlana. *El nuevo constitucionalismo y los rezagos de la ciencia del Derecho Constitucional latinoamericano*. Buenos Aires: CLACSO, 2013.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional - Tomo I*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004.

MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Tradução de Peter Nauman. Belo Horizonte, 1999.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Fenomenologia e Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Fundação Valle Ferreira, 2007.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Harvard University Press, 1971.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003 (Série Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, v. 3).

TEITEL, Ruti G. Transitional Justice and the Transformation of Constitutionalism. In: DIXON, R.; GINSBURG, T. (Ed.). *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 57-76.

VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre Il Dialogo tra Le Corti: Giudici*. Bologna: Il Mulino, 2010.

WINTGENS, Luc J. La législation entre science et politique: Éléments pour une approche légisprudentielle du droit. In *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. Bruxelas: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000, p. 115-155.

Sobre o autor:

Rafael de Oliveira Costa

Professor Visitante na Universidade da Califórnia-Berkeley. Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG (2007), em programa conjunto com a Universidade de Wisconsin-Madison (EUA - 2005). Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Professor na Escola Superior do Ministério Público. E-mail: rafaelcosta22000@gmail.com.

O autor é o único responsável pela redação do artigo.