Breve abordagem crítica sobre a questão dos Tratados Internacionais frente à Constituição e sobre a recepção da Lei da Anistia em nosso ordenamento: uma análise reflexiva sobre decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo *self restraint* ou pelo *ativismo*

Bernardo Gonçalves Fernandes

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Adjunto de Teoria da Constituição e Direito Constitucional do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto III de Direito Penal, Teoria da Constituição e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

Palavras-chave: Tratatos Internacionais. Lei da Anistia. Supremo Tribunal Federal. *Self restraint*. Ativismo.

Sumário: **1** Introdução: análise das decisões do RE nº 466.343 e da ADPF nº 153 – **2** Conclusão: reflexões à luz da "teoria do direito como integridade" – Referências

1 Introdução: análise das decisões do RE nº 466.343 e da ADPF nº 153

Conforme extensa discussão doutrinária e jurisprudencial, até o advento da Emenda Constitucional nº 45/04 em nosso ordenamento, tínhamos algumas posições jurídicas sobre a figura dos Tratados Internacionais. Ora, uma plêiade de internacionalistas, entendiam à luz do art. 5º, §2º da CR/88,[1] que determinados Tratados Internacionais, mormente (e especificamente) os relativos a direitos humanos, deveriam adentrar em nosso ordenamento como normas constitucionais. Já outros juristas e cientistas do direito, advogavam com base em pressupostos filiados ao princípio da soberania nacional (ou ao princípio da supremacia da Constituição, entre outros) que quaisquer Tratados Internacionais (mesmo os de direitos humanos) deveriam entrar em nosso ordenamento como lei ordinária (legislação ordinária). Pois bem, o STF se posicionou (mesmo sob calorosos protestos no que tange aos Tratados Internacionais

[1] Art. 5º, §2º da CR/88: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

sobre direitos humanos)[2] de acordo com a corrente que propugnava o recebimento dos tratados, sejam eles sobre qualquer tema, como legislação ordinária (portanto: legislação infraconstitucional).[3]

Acontece que, uma das grandes novidades da reforma do Poder Judiciário, fruto da EC nº 45/2004, foi a positivação em nosso ordenamento constitucional de norma que determina que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH) que seguissem o mesmo procedimento de aprovação das Emendas Constitucionais deveriam ser recebidos como normas constitucionais. Nesses termos, temos o art. 5º, §3º da CR/88, que afirma que: os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais.

Pois bem, a partir daí restou consignado, que teríamos, a princípio, duas posições sobre os Tratados Internacionais: a) Tratados Internacionais que não são de direitos humanos continuariam a ser recepcionados como lei ordinária; b) já os TIDH que passassem pelo procedimento descrito no art. 5º, §3º da CR/88, seriam recepcionados como normas constitucionais. Como primeiro exemplo, temos em agosto de 2009 a promulgação pelo Poder Executivo do Decreto nº 6.949/2009 (Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007).[4]

---

[2] Conforme a renomada doutrina de: Ingo Sarlet (2010), Flávia Piovesan (2011), entre outras.

[3] É importante salientar, nos termos da *ADI nº 1.480*, que para a incorporação de um Tratado Internacional em nosso ordenamento jurídico, são necessárias 3 (três) fases: *1ª fase*: compete privativamente ao Presidente da República celebrar todos os tratados, convenções e atos internacionais (CR, art. 84, VIII); *2ª fase*: é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (CR, art. 49, I). A deliberação do Parlamento será realizada através da aprovação de um decreto legislativo, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado; *3ª fase*: Temos a edição de um Decreto do Presidente da República (Decreto do Executivo), promulgando o ato ou Tratado Internacional. É nesse momento que adquire executoriedade interna a norma inserida pelo ato ou Tratado Internacional, podendo, inclusive, conforme entendimento do próprio STF, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

[4] O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e Considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do §3º do art. 5º da Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007; Considerando que o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008; Considerando que os atos internacionais em apreço entraram em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008; DECRETA: Art. 1º A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, apensos por cópia ao presente Decreto, serão executados e cumpridos tão inteiramente como neles se contém. Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão dos referidos diplomas internacionais ou que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição. Art. 3º. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 25 de agosto de 2009; 188º da Independência e 121º da República. LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA.

Acontece que uma nova discussão passou a permear o Pretório Excelso, bem como a doutrina pátria. Qual seja: e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que não passaram pelo procedimento expresso no art. 5, §3º da CR/88? Como seriam recebidos (aplicados) em nosso ordenamento? Ou se já existentes, qual seria o *status* dos mesmos?

Seriam somente leis ordinárias, ou não mais caberiam em nosso ordenamento como tais, em virtude de serem de direitos humanos? Também seriam recepcionados como normas constitucionais, mesmo não sendo procedimentalizados, nos termos expressos no art. 5º, §3º, da CR/88?

A tese vencedora no STF, propugnada pelo Ministro Gilmar Mendes, foi a de que esses TIDHs que não passaram pelo procedimento do art. 5º, §3º, da CR/88, não poderiam adentrar como leis ordinárias por serem de direitos humanos (o que não mais caberia, frente a nova assertiva trazida pela EC nº 45/04), mas, também, não seriam normas constitucionais, por não terem sido aprovados nos mesmos moldes das Emendas Constitucionais (conforme o disposto no art. 5º, §3º, da CR/88). Segundo o Ministro, eles deveriam adentrar no ordenamento pátrio como normas supralegais, ou seja, um meio-termo (posição intermediária) entre as normas constitucionais e as leis ordinárias. Nesse sentido, estariam acima das leis ordinárias (com o condão de revogá-las) e abaixo da normas constitucionais. Portanto, passamos agora, em virtude desse posicionamento, exarado de forma majoritária no STF, a ter 3 hipóteses sobre a recepção de Tratados Internacionais em nosso ordenamento: a) TIDH (conforme o art. 5º, §3º, da CR/88): norma constitucional;[5] b) TIDH (não conforme o art. 5º, §3º, da CR/88):[6] norma supralegal; c) TI que não é de DH: norma ordinária (lei ordinária).

[5] No que tange a relação dessas novas normas constitucionais com as *cláusulas pétreas* temos que se as normas do TIDH constitucionalizadas acrescentarem (incrementarem) direitos às normas protegidas pelo art. 60, §4º, da CR/88 elas estarão em consonância com o sistema constitucional e não poderão ser suprimidas (temo aí uma modificação ampliativa). Já se as novas normas constitucionais, oriundas de TIDH abolirem (ou suprimirem) direitos individuais elas (ainda que normas constitucionais) não poderão prevalecer, devido a proteção referente ao art. 60, §4º, da CR/88. Portanto, deverão ser declaradas inconstitucionais. Uma outra questão interessante, diz respeito a se novos direitos advindos de um TIDH que adentrou como norma constitucional poderão ser posteriormente suprimidos por uma Emenda constitucional posterior. Conforme Gilmar Mendes (2008) essa hipótese seria possível, pois o poder reformador da Constituição (mesmo via TIDH) não poderia impor limites a ele mesmo (autolimitação). Portanto, as limitações seriam apenas obra do Poder Constituinte originário. Já outra corrente advoga que se o rol de direitos é ampliado, não poderíamos abolir (suprimir) novos direitos individuais (que estariam agora protegidos pelo art. 60, §4º, da CR/88) via emenda constitucional. Somos adeptos dessa última corrente.

[6] Essa assertiva envolve, obviamente, os TIDH aprovados anteriormente a EC nº 45/04 e os TIDH aprovados posteriormente a EC nº 45/04.

Essa posição, assente no STF nos termos do *RE nº 466.343*, gerou uma série de consequências em nosso ordenamento. Algumas que poderíamos citar, foram o *cancelamento da Súmula nº 619 do STF* ("A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito"), bem como, a definição de que a modalidade de *prisão civil do depositário infiel* prevista no art. 5º, LXVII ("Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel") *não mais* seria cabível. Nesses termos, a ementa do *RE nº 466.343* julgado em 3.12.2008, deixa assente que: "PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§1º, 2º e 3º, da CR, à luz do art. 7º, §7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito" (Rel. Min. Cezar Peluso. *DJ*, 05 jun. 2009).

Porém, a *principal* consequência, a nosso ver, e que por vezes é olvidada na doutrina, se refere a (aplaudida) *modificação hierárquica* do ordenamento jurídico, com a assunção de mais uma espécie normativa, que conforme visto, foi desenvolvida (*estranhamente*, por falta de titularidade para tal!) pelo STF.[7] Certo é que, se a previsão do intitulado *status* de normas *supralegais* está positivada constitucionalmente em outros ordenamentos como o da Alemanha (art. 25 da *Lei Fundamental de Bonn*) e o da França (art. 55 da *Constituição* de 1958), a mesma não encontra esteio constitucional em nosso sistema jurídico.

Entendemos, que, apesar de instigante, a *nova postura* assumida pelo Pretório Excelso, no que tange à estrutura do ordenamento jurídico, peca pelo *excesso*,[8] na medida em que o STF, com a adoção da tese da *norma*

[7] Na doutrina, a partir do RE nº 466.343-SP a conclusão foi a de que "o *edifício do Direito passou a ter três andares*: no patamar de baixo está a legalidade, no topo está a Constituição e no andar do meio encontram-se os Tratados de Direitos Humanos".

[8] Ainda que alguns doutrinadores entendam (por um outro viés) que a mesma foi tímida, por não considerar todos os TIDH como normas constitucionais. Para tal doutrina, escorada na posição minoritária do Ministro Celso de Mello, teríamos timidez e não excesso. Ora, pela ótica da não consideração de todos os TIDH (que passaram ou não pelo procedimento do art. 5º, §3º da CR/88) como normas constitucionais, esse posicionamento pode ter razão! Nesse sentido, coadunamos com a doutrina de Flávia Piovesan (2011). Mas não é isso que estamos a discutir neste ensaio! Sem dúvida, a questão que aventamos no presente texto, diz respeito à modificação da estrutura normativa do ordenamento por decisão judicial! E a crítica a mesma!

supralegal, acaba por modificar, como dito, a estrutura do ordenamento jurídico pátrio (criando norma, ou pior: *espécie normativa*!) com o afã (aparentemente redentor, salvador e ativista) de pretensamente "sofisticar" o ordenamento, ou mesmo, de suprir omissões e solver mazelas do mesmo. Ou seja, uma espécie de arranjo (não escorado constitucionalmente!) institucional (para alguns mais céticos: jeitinho!) para os TIDH que não passaram pelo procedimento do art. 5º, §3º, da CR/88. Entendemos que entre duas posturas: (1) a inadequada da consideração do TIDH (que não passaram pelo procedimento do art. 5º, §3º, da CR/88) como normas ordinárias; e (2) a adequada da consideração dos TIDH como normas constitucionais, surge uma terceira (3) não alocada em nosso ordenamento pelo legislador constitucional.[9]

Assim sendo, o Pretório Excelso se coloca com um poder de produção normativa que, diga-se de passagem, não detém. Seria esse o papel do Supremo Tribunal Federal? Por mais bem-intencionado que esteja? Aliás, de boas intenções o ditado diz: "o inferno não estaria cheio"! Não estaríamos confundindo "discursos de justificação" (típicos do legislador) com discursos de aplicação (típicos do Poder Judiciário) conforme leciona Klaus Günther (1993)?

Em sua principal obra, *Der Sinn für Angemessenheit*, Günther, logo no capítulo inicial, afirma que as questões referentes à validade de uma norma devem ser separadas das questões referentes à sua aplicação adequada. *Se trabalharmos com Günther*, observaremos que o mesmo distingue, através de uma separação lógica, os discursos de justificação dos discursos de aplicação normativa. O primeiro teria como mote perquirir sobre a validade das normas que seriam, posteriormente, aplicáveis *prima facie*. Para tal empreitada, seria necessário um teste de universalização[10] à luz do

[9] Aqui, também é pertinente, a crítica de que: "(...) não cabe ao Poder Judiciário colmatar lacunas do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário crie uma Constituição paralela (uma verdadeira Constituição B), estabelecendo, a partir da subjetividade dos Juízes, aquilo que indevidamente — a critério do intérprete — não constou no pacto constituinte. O Constituinte não resolveu? Chame-se o Judiciário... Ou criemos um princípio que valerá mais que a Constituição!" (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA. *Ulisses e o canto das sereias*: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno constituinte, p. 11, 2009).

[10] O princípio de universalização na forma do princípio do discurso (D) afirma que são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais. Nestes termos: "Todos devem colocar-se mutuamente na posição do outro e avaliar, de uma maneira conjunta, se a norma corresponde ao interesse universal" (GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness*. New York: State University of New York Press, 1993. p. 23-24). Mas, aqui, é mister afirmarmos que a racionalidade para tal empreitada (pós-giro linguístico) só pode ser comunicativa não enquadrada na lógica de uma racionalidade de adequação de meios a fins instrumentais. Nesse diapasão: "(...) tanto para Habermas (1998) quanto para Günther (1993), normas devem ser observadas a partir de uma racionalidade comunicativa, representando pretensões de validade ligadas à correção de uma ação. Tanto nos discursos de

princípio do discurso. O segundo teria como objetivo encontrar a norma (dentre as normas "consideradas" válidas) que fosse adequada à situação sempre específica de um caso (tese da unicidade do caso concreto, na medida em que cada caso é um caso único, assim como cada evento reconstruído no interior do processo é singular). Definitivamente, o STF, não perpassou essa perspectiva na decisão do referido RE nº 466.343 que acaba por ampliar a estrutura do ordenamento jurídico pátrio.

Outra recente decisão do Pretório Excelso, que causou extremo debate e foi alvo de críticas da comunidade jurídica, envolveu a *ADPF nº 153* na questão atinente à "Lei da Anistia" e a sua recepção pelo ordenamento constitucional de 1988.

Pois bem, o Supremo Tribunal Federal decidiu (de forma contrária a OAB e a vários doutrinadores nacionais) em *29.4.2010* que a Lei nº 6.683/79 (Lei da Anistia) é compatível com a Constituição Federal de 1988 e a anistia por ela concedida foi ampla e geral, alcançando os crimes de qualquer natureza praticados (mesmo) pelos agentes da repressão no período compreendido entre *2.9.61* e *15.8.79*.

Com base, então, nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, *julgou improcedente* arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em que se pretendia fosse declarada a não recepção pela Constituição da República de 1988 da Lei nº 6.683/79 ou conferido ao §1º do seu art. 1º interpretação conforme a Constituição, "de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos *não* se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)".[11]

---

justificação quanto nos discursos de aplicação do Direito e da Moral o princípio discursivo de universalização, em suas respectivas variações — princípio da democracia e princípio moral — deve ser observado, preservando a exigência de intersubjetividade e afastando uma justificação/aplicação pautada em uma racionalidade instrumentalizante" (FERNANDES; PEDRON. *O poder judiciário e(m) crise*, 2008, p. 190).

[11] No mérito da decisão da *ADPF nº 153*: "afastou-se, primeiro, a alegação de que a *Lei nº 6.683/79* não teria sido recebida pela CF/88 porque a conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar ofenderia diversos preceitos fundamentais. Quanto à apontada afronta ao art. 5º, caput, da CF (isonomia em matéria de segurança) — em razão de ter sido estendida a anistia a classes absolutamente indefinidas de crimes —, afirmou-se, salientando a desigualdade entre a prática de crimes políticos e crimes conexos com eles, que a lei poderia, sem violar a isonomia, que consiste também em tratar desigualmente os desiguais, anistiá-los, ou não, desigualmente. No que se refere à ofensa ao art. 5º, XXXIII, da CF — em virtude de ter sido concedida anistia a pessoas indeterminadas, o que não permitira o conhecimento da identidade dos responsáveis pelos crimes perpetrados contra as vítimas de torturas —, asseverou-se que a anistia teria como característica a objetividade, porque ligada a fatos, devendo ser mesmo concedida a pessoas indeterminadas. Ressaltou-se, no ponto, que a Lei da Anistia não impediria o acesso a informações relativas à atuação dos agentes da repressão no período

No caso em comento, entendemos que o STF também peca, mas agora por timidez, deixando a nítida impressão, de que não seria de sua alçada se imiscuir na questão de fundo aventada pela OAB na ADPF. Uma passagem da ementa, que representa a posição da maioria dos ministros do Pretório Excelso, bem sintetiza essa postura *restritiva*, afirmando o Tribunal, que no: "(...) Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário *não estaria autorizado* a alterar, a dar outra redação, diversa da nele

compreendido entre 2.9.61 e 15.8.79, e que romper com a boa-fé dos atores sociais e os anseios das diversas classes e instituições políticas do final dos anos 70 que pugnaram por uma Lei de Anistia ampla, geral e irrestrita implicaria prejudicar o acesso à verdade histórica. Acrescentou-se estar pendente de julgamento na Corte a ADI 4.077/DF, que questiona a constitucionalidade das Leis 8.159/91 e 11.111/2005, sensível para resolver a controvérsia político-jurídica sobre o acesso a documentos do regime anterior. No que respeita à citada agressão aos princípios democrático e republicano — ao fundamento de que para produzir o efeito de anistia de agentes públicos que cometeram crimes contra o povo, o diploma legal deveria ser legitimado, depois da entrada em vigor da CF/88, pelo órgão legislativo oriundo de eleições livres ou diretamente pelo povo soberano, mediante referendo —, enfatizou-se que o argumento adotado levaria não só ao afastamento do fenômeno da recepção do direito anterior à Constituição, mas ao reconhecimento de que toda a legislação anterior à ela seria, exclusivamente por força dela, formalmente inconstitucional. No que tange à assertiva de desrespeito à dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro que não poderia ser negociada, e que, no suposto acordo político, a anistia aos responsáveis por delitos de opinião servira para encobrir a concessão de impunidade aos criminosos oficiais, tendo sido usada a dignidade das pessoas e do povo como moeda de troca para permitir a transição do regime militar ao Estado de Direito, reputou-se que se estaria a ignorar o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia. Frisou-se que toda gente que conhece a história do Brasil saberia da existência desse acordo político que resultara no texto da Lei 6.683/79. Concluiu-se que, não obstante a dignidade não tenha preço, a indignidade que o cometimento de qualquer crime expressa não poderia ser retribuída com a proclamação de que o instituto da anistia violaria a dignidade humana. (...) Em seguida, repeliu-se a pretensa interpretação conforme a Constituição. Salientou-se, de início, que o §1º do art. 1º da Lei da Anistia definiria os crimes conexos aos crimes políticos como os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política, ou seja, seriam crimes comuns, porém com essa relação. Após citar a alusão a crimes conexos a crimes políticos existente na concessão de anistia por vários decretos, observou-se que a expressão crimes conexos a crimes políticos conotaria sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. No ponto, aduziu-se que o legislador realmente teria procurado estender a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção. Daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que só não fora irrestrita porque não abrangera os já condenados, com sentença transitada em julgado, pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. Salientou-se que se estaria diante de lei-medida, que disciplina diretamente determinados interesses, mostrando-se imediata e concreta, e que configura ato administrativo completável por agente da Administração, mas trazendo em si mesma o resultado específico pretendido, ao qual se dirige. Afirmou-se haver, portanto, necessidade de, no caso de lei-medida, interpretar-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual editada, e não a realidade atual. Assim, seria a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979 que haveria de ser ponderada para poder se discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei 6.683/79. Frisou-se que, nesse contexto, a Lei 6.683/79 teria veiculado uma decisão política assumida nesse momento de transição, sendo certo que o §1º do seu art. 1º, ao definir o que se considerariam crimes conexos aos crimes políticos, teria o sentido indisfarçável de fazer compreender, no alcance da anistia, os delitos de qualquer natureza cometidos pelos agentes civis e militares da repressão. Mencionou-se a circunstância de a Lei da Anistia preceder a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Lei 9.455/97, que define o crime de tortura. Registrou-se, também, o fato de o preceito veiculado pelo art. 5º, XLIII, da CF, que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes, não alcançar, por impossibilidade lógica, anistias consumadas anteriormente a sua vigência. Consignou-se que a Constituição não recebe leis em sentido material, abstratas e gerais, mas não afeta, por outro lado, leis-medida que a tenham precedido. (...) Destacou-se que, no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário não estaria autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Não incumbiria ao Supremo modificar, portanto, textos normativos concessivos de anistias, mas tão-somente apurar a sua compatibilidade com a Constituição. A revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haveria, ou não, de ser feita pelo Poder Legislativo (...)" (Julg. em *29.4.2010*. Rel. Min. Eros Grau).

contemplada, a texto normativo. Não *incumbiria* ao Supremo modificar, portanto, textos normativos concessivos de anistias, mas tão-somente apurar a sua compatibilidade com a Constituição. A revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haveria, ou não, de ser feita pelo Poder Legislativo (...)".[12]

2 Conclusão: reflexões à luz da "teoria do direito como integridade"

Certo é que, decisões *restritivas de* ***self restraint*** (em sua maioria de viés positivista ou formalista) ou decisões extremamente axiológicas (nos moldes de uma jurisprudência dos valores), de cunho *aditivo*, que criam normas ao alvedrio da função meramente judicial, fazendo com que normas sejam transformadas (aplicadas) em valores (ou seja: deixa-se de aplicar o devido, em virtude do preferível a partir de argumentos éticos, morais ou pragmáticos, transformando o direito em joguete de manipulação política) não coadunam com um direito dotado de integridade,[13] conforme preleciona Dworkin (1999).

Sem dúvida, perspectivas de *contenção* ou mesmo de *excesso* e "salvacionismo" pelo Judiciário, não coadunam com um direito que apresente *integridade*, e que, com isso, seja capaz de sinalizar e nortear a aplicação normativa (dotada de coerência) em face de cada caso concreto.

Entendemos, com Dworkin, que cada decisão judicial preenche um momento de nossa *história institucional*, tentando revelar a *melhor* leitura

[12] Aqui, é interessante, a crítica da psicanalista Maria Rita Kehl publicada em *maio de 2010*. Segundo a pensadora, há um profundo *déficit* na posição (assumida pelo *STF*) de *não* revisão da "lei da anistia" e de *não* julgamento dos torturadores. Assim sendo: "O argumento de que a nossa anistia foi "bilateral" omite a grotesca desproporção entre as forças que lutavam contra a ditadura (inclusive os que escolheram a via da luta armada) e o aparato repressivo dos governos militares. Os prisioneiros torturados não foram mortos em combate. O ministro (relator no STF), assim como a Advocacia Geral da União e os principais candidatos à Presidência da República sabem que a tortura é crime contra a humanidade, não anistiável pela nossa lei de 1979. Mas somos um povo tão bom. Não levamos as coisas a ferro e fogo como nossos vizinhos argentinos, chilenos, uruguaios. Fomos o único país, entre as ferozes ditaduras latino-americanas dos anos 60 e 70, que não julgou seus generais nem seus torturadores. Aqui morrem todos de pijamas em apartamentos de frente para o mar, com a consciência do dever cumprido" (*O Estado de S.Paulo*, 1º maio 2010).

[13] Nesse sentido: "O *direito* como *integridade*, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (...) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que 'lei é lei', bem como o *cinismo* do novo 'relativismo'. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma *afirmação ingênua* sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim, uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípios que a *integridade* requer" (DWORKIN. *O império do direito,* 1999, p. 274).

que nossa sociedade faz de suas práticas sociais. Logo, o magistrado (que não é, e nem deve ser, uma figura *criadora do direito*) *se apresenta como um participante que argumenta com o restante da sociedade*, tentando convencê-la que, sua leitura, de fato atinge o objetivo de trazer o direito ao caso à sua melhor luz.[14] Assim sendo, resumidamente, as teses de Dworkin, nos apontam para: "(1) a negativa da discricionariedade judicial; (2) a negativa de que decisões judiciais possam se apoiar em diretrizes políticas; (3) a importância da noção de devido processo para a dimensão da integridade; e (4) a própria noção de integridade, que levanta a exigência de que cada caso seja compreendido como parte de uma história encadeada, não podendo, portanto, ser descartado sem uma razão baseada em uma coerência de princípios; (5) por meio de uma interpretação construtiva do direito, com base na teoria da integridade, há sim a possibilidade de uma *única resposta correta* a um caso concreto."[15]

Portanto, devemos buscar "levar o direito a sério", e isso requer levar os casos concretos a sério, para que a decisão seja dotada de legitimidade no Estado Democrático de Direito. Para tal, o Poder Judiciário[16] (por alguns constitucionalistas, alçado a "guardião" e "tradutor" de uma "pretensa" virtude cívica)[17] não deve atuar de forma restritiva, de tal modo a *não* aplicar o direito adequado ao caso, leia-se o direito adequado constitucionalmente (dotado de fundamentalidade constitucional)[18] e também, contra o *radicalismo* oposto, *não* estaria o Poder Judiciário, autorizado a criar normas, como um autêntico poder constituinte permanente,[19]

[14] FERNANDES; PEDRON. *O poder judiciário (e)m crise*, 2008, p. 226.

[15] Para um aprofundamento nas teses de Dworkin, ver: FERNANDES; PEDRON. *O poder judiciário e(m) crise*, p. 200-224. Também: STRECK. *Verdade e consenso*, 2009.

[16] Em suas pesquisas, Ingeborg Maus demonstra como, à luz do paradigma jurídico do Estado Social, este pode assumir a função de "tutor" de uma sociedade desprovida de orientação, de uma sociedade "órfã" e "incapaz". Caberia, então, ao Judiciário a tarefa de materialização de direitos fundamentais — principalmente dos chamados direitos sociais — como forma de emancipar e conduzir seus clientes à condição de cidadãos. Todavia, tal empreendimento está fadado ao fracasso. Isso porque, à luz de uma compreensão procedimentalista do paradigma do Estado Democrático de Direito, pode-se perceber que tal quadro conduz a uma espécie de círculo vicioso, de modo que a posição privilegiada de autoridade conferida pela teoria processual ao Judiciário apenas fez com que esse assumisse o papel do "superego" da sociedade, passando a ditar para aquela — sempre com base em uma racionalidade solipsista — os padrões de comportamento desejáveis (MAUS. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na sociedade órfã, 2000, p. 15-40).

[17] CRUZ. *Jurisdição constitucional democrática*, 2004, p. 193-210.

[18] STRECK. *O que é isto*: decido conforme minha consciência?, 2010, p. 101. Conforme o autor: "a resposta correta (adequada à Constituição) e não a consciência do intérprete tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*. Entenda-se aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados para os casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição."

[19] Nesse sentido: "Acredito, portanto, não somente ser possível, mas imperativo, recuperar criticamente a intuição normativa, já presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quanto à distinção "Direito-Política", e que a tese axiologizante vem agora obscurecer. Qual intuição normativa? A do reconhecimento de que,

modificando, assim, a estrutura do ordenamento jurídico, e deslegitimando o sistema constitucional e a força normativa da Constituição.

Abstract: Brief critical approach to the issue of international treaties against the Constitution and the receipt of the Amnesty Law in our land: a reflective analysis on decisions of the Supreme Court marked by the *self restraint* or activism.

Key words: International treaties. Amnesty Law. Supreme Court. *Self restraint*. Activism.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

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

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *Poder judiciário (e)m crise*: reflexões de teoria da Constituição e teoria geral do processo sobre o acesso à Justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*. Trad. John Farrel. New York: State University of New York Press, 1993.

embora a Constituição articule, de forma complexa, questões políticas — éticas, morais e pragmáticas — a questões jurídicas, deve-se corretamente compreender tal articulação de um ponto de vista normativo, constitucionalmente adequado ao Estado Democrático de Direito, de tal modo que a proteção de direitos não fique prejudicada por razões de Estado. Contudo, o Judiciário, para isso, não deve ou necessita, por um lado, assumir erroneamente o papel de poder constituinte permanente ou, ao menos, de um legislativo concorrente de segundo grau, ao confundir argumentos de princípio com argumentos de política (Dworkin), normas com valores (Habermas); nem deve ou necessita, por outro lado, abdicar do seu lugar de autoridade democraticamente legitimada, quer cedendo à vontade política dos demais poderes, quer rendendo-se, de modo não mediatizado institucionalmente, a uma formação da opinião pública informal" (OLIVEIRA. *Direito, política e filosofia*, 2007, p. 125).

GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídic*a. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, n. 17/18, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Trad. George Speiber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*: sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na sociedade órfã. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, nov. 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo*: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito*: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*: decido conforme minha consciência?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno constituinte. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2009.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Breve abordagem crítica sobre a questão dos Tratados Internacionais frente à Constituição e sobre a recepção da Lei da Anistia em nosso ordenamento: uma análise reflexiva sobre decisões do Supremo Tribunal Federal permeadas pelo *self restraint* ou pelo *ativismo*. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 25-35, jan./dez. 2011.