

direito, memória, democracia e crimes de lesa humanidade

organizadores

Lucas de Alvarenga Gontijo
Emilio Peluso Neder Meyer
Juliana Neuenschwander Magalhães
Mariana Ferreira Bicalho



Memória e contexto extralinguístico do direito:

Um ensaio sobre teoria da sociedade aplicada à omissão do STF ao perpetrar a lei de anistia de 1979

Lucas de Alvarenga Gontijo¹

Mariana Ferreira Bicalho²

1. Introdução: a perspectiva da teoria dos sistemas sobre os processos decisórios

O presente artigo ambiciona trabalhar o conceito de memória sob a égide da teoria dos *sistemas* e como essa peculiar compreensão interfere no direito. Busca, também, analisar as relações entre a lei escrita e as decisões judiciais e, ao final, conclui que as decisões jurídicas não se assentam em pressupostos intersubjetivos do próprio direito, mas são decisões políticas, ideológicas e influenciadas pela opinião pública e pelos jogos de poder no interior da sociedade.

Segundo a *teoria dos sistemas*, o direito é um sistema que tem *função* e *estrutura* próprias, portanto, lida com a superação de contingências por meio de mecanismos de *seleção*, em busca de simplificação e de estabili-

¹ Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela UFMG. Professor da graduação e do programa de pós-graduação em direito *stricto sensu* da PUC Minas. Professor titular de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito Milton Campos.

² Mestra e Doutoranda em Teoria do Direito e da Justiça do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, com bolsa CAPES. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Crítica, atuando principalmente nos seguintes temas: democracia, poder, estado moderno e direitos humanos. E-mail: marianabicalho@live.com

dade do próprio sistema. O escopo da *seleção* é reduzir complexidades. O direito consiste em estrutura capaz de estabilizar expectativas, de modo a funcionar como instrumento de comunicação.

Para seu funcionamento, o direito elabora sínteses a partir de eventos que julga relevante. Essas sínteses são elaborações sempre provisórias, não mais do que processos que podem, a qualquer momento, por efeito de uma nova seleção ou por afetação de contingenciais, se reelaborar (Cf.: LUHMANN, 2010).

O direito, por outro lado, constitui-se de suas memórias, pois é um processo contínuo e não algo estático. O direito, portanto, não tem princípios fixos, ele cria e modifica seus próprios princípios, que devem, com maior precisão conceitual, serem entendidos como sentidos. Considerando que para conhecer algo é preciso conhecer sua função, Raffaele De Giorgi define a função da memória como a “expressão de um sistema modificado capaz de sintetizar novos comportamentos que são relevantes para seu presente estado de atividade. O sistema interage com seus próprios estados através de suas recursivas operações distintivas e coliga as relações que ele próprio produz” (DE GIORGI, 2006, p. 56). Logo, o direito se elabora por sucessivos processos de diferenciação e correlação.

O juiz³ é responsável pela atividade usualmente chamada de ‘aplicação do direito’. Não se trata, a rigor, de ‘aplicação’, mas sim elaboração porque o juiz, ao interpretar o direito exerce atividade criativa (Cf: MÜLLER, 2000). Mas o que importa neste momento é saber que o direito cria a si mesmo, fenômeno descrito por Maturana e Luhmann por *autopoiese*. Neste sentido, a autopoiese é um efeito da memória constitutiva do próprio direito. Vale acompanhar as palavras de De Giorgi sobre esse fenômeno: o direito “inicia sempre a partir de si próprio, sua memória é sempre uma memória histórica e, como memória, não tem um começo. Ele constrói seu início” (DE GIORGI, 2006, p.63). Se o direito constrói seu início, o problema tema desse artigo é descobrir que jogos de poder determinam esse início.

Portanto, o direito segue produzindo sínteses, efeito e enfrentamento das contingências, a partir dos eventos que enfrenta, nominados, na práxis jurídica, por *casos*. Esse trabalho, então, se elabora no campo da memória, no sentido de fazer *esquecer* ou *recordar* tradições.

Há sempre múltiplas tradições a se escolher, no ato de decisão de um juiz. A seleção é exercida entre tantas tradições possíveis. Para o direito

³ A expressão *juiz*, neste artigo, não se difere da ideia de *corte*. Quer-se dizer, apenas, instância julgadora.

sempre há um antes e um depois, mas a decisão é tomada no presente, logo, a memória só existe no presente. Como assevera De Giorgi, “o presente é a realidade que o sistema constrói” (DE GIORGI, 2006, p.62).

O direito funciona, com feito, como um conector entre o passado e o presente. Estabelecer essa conexão é sempre um processo de avaliação entre pontos distintos, portanto é possível dizer que o direito estabelece relações entre os entes que conecta ou diferencia. Este mecanismo incumbido de examinar continuamente relações desta forma foi descrito por De Giorgi da seguinte maneira:

A memória é uma função que se desenvolve quando o organismo, ou melhor, o sistema observa as relações entre seus estados e as conecta. A memória é, então, um *modus operandi* que continuamente é definido e redefinido pelo modo de funcionamento do sistema e que, ao mesmo tempo, redefine este modo de funcionamento. A memória é um fenômeno correlato que acompanha as operações do sistema. A memória permite um exame contínuo e consistente das operações do sistema. (DE GIORGI, 2006, p.58-59).

Entretanto, essa opção é tomada por um juiz e não pela sociedade. Até aqui, neste artigo, abordou-se o direito como um sistema social e não individual; naturalmente o direito não deve ser concebido como um fenômeno privado. Deve haver, portanto, critérios para que as decisões sejam tomadas sob uma perspectiva social. Por esse motivo óbvio um juiz deveria agir como mero mediador da comunidade jurídica, isto é, como um representante do direito comum a todos, a evitar uma decisão subjetiva (a partir de sua personalidade) e a construir uma decisão intersubjetiva. Mas isso realmente acontece? Que fazem os juízes quando julgam? Essa pergunta é o problema nuclear do livro *La Decisión Judicial*, escrito por Jorge Douglas Price. Nesta passagem que segue, ele a reproduz e apresenta, de maneira sucinta, de suas inquietações sobre o tema:

Ahora, ¿qué es lo que hacen los jueces cuando juzgan? A mi modo de ver se instalan el papel de mediadores, de receptores de un discurso, que [...] permite su generalización, su universalización, pero también su particularización, su elusión sin límites, en tanto que son mediadores del lenguaje que nos constituye no pueden escapar a sus reglas de producción” (DOUGLAS PRICE, 2012, p. 469).

Sim, essa 'particularização' não tem como ser controlada. Pode-se falar, como expôs o jurista argentino, que há uma 'ilusão sem limites' na ação desses mediadores. Por isso, De Giorgi contrapõe tensão entre racionalidade e justificação de motivos como um possível devaneio, isto é, uma eventual fantasia de que se age por efeito da racionalidade. De Giorgi coloca o problema em termos metodológicos, quando dispõe que a "hermenêutica geral dá os fundamentos da metodologia jurídica. Ela é o lugar no qual se exercita a autorreflexão da metodologia, no qual se estabelecem as medidas da racionalidade, da justificação fundada em motivos, no qual se exercita a fantasia criativa do intérprete" (DE GIORGI, 2017, p. 121).

Em termos de teoria dos sistemas, se fala em seleção de possibilidades diversas para diminuição de complexidades, como disposto mais acima, neste artigo. Mas quais são os critérios práticos para se fazer a seleção? Critérios psicológicos obscuros são inafastáveis. O direito não é uma ciência, todos sabem que pode ser muito arbitrário. Direito é violência, como já demonstrou Derrida (Cf: DERRIDA, 2010). Nesse mesmo sentido, Douglas Price se manifesta:

No cabe duda de que la fisiología de una decisión judicial está tan inficionada por la psicología del decisor que resulta a menudo indiscernible de qué modo ella ha influido en la selección normativa, en la selección fáctica y en la selección conclusiva. Nótese, incluso, que empleo el verbo seleccionar para cada etapa, remarcando siempre el acto de la elección (scelta, choice) con todas sus resonancias arbitrarias (DOUGLAS PRICE, 2012, p. 462).

O intérprete é demasiado subjetivo. Ele está determinado por suas pré-compreensões. Destarte, escreveu De Giorgi que "o interprete nem sempre está consciente das pré-opiniões. Apenas o ato de reflexão faz emergir à consciência conteúdos das pré-compreensões, que podem, assim, ser criticados e corrigidos" (DE GIORGI, 2017, p. 125).

Pré-opiniões são, muitas vezes, orientações ideológicas. Os juízes vêm de classes abastadas, usualmente. No caso brasileiro, por exemplo, segundo pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, apenas 23% dos juízes vem de classes sociais mais baixas (AMB, 2018). Sobre este aspecto, o cientista político Frederico Almeida (2010), analisou como as posições, os capitais simbólicos e econômicos e as relações sociais dos juristas, no interior do Estado e da sociedade, possibilitam a

manutenção do controle da administração do sistema de justiça por um grupo específico de sujeitos. A título de exemplo, sobre o ingresso na carreira jurídica, ao analisar as vagas oferecidas pelas faculdades de direito que formam a elite dos juristas brasileiros, o cientista político inferiu que os mecanismos de seleção utilizados pelas instituições possibilitam a escolha de sujeitos pertencentes a grupos sociais específicos, acordado com “[...] estruturas prévias de capitais sociais de origem, associados à herança simbólica e aos investimentos familiares de seus alunos” (ALMEIDA, 2010, p. 101).

Ao mesmo tempo, nos concursos para magistratura, as vagas são frequentemente preenchidas por grupos sociais que se auto reproduzem, que possuem disciplina de estudos, tempo, possibilidades econômicas e sociais para custear os investimentos preparatórios. Dessa forma, a reprodução social do poder judiciário reduz-se às classes abastardas. Como afirma Mascaro, essa visão de mundo é perpetuada pelo caráter técnico e decorativo dos processos seletivos:

Estabelecendo como parâmetro de ingresso não a experiência nem a sabedoria jurídica, mas uma medição a partir da absorção de conhecimentos decorativa e bastante tecnicista, exige candidatos que consigam alienar-se da vida produtiva e cultural por anos, estudando em cursinhos especializados ou em apostilas de agrupamento de macetes técnicos – criando mesmo um ambiente próprio de sociabilidade e de referências de vida, o dos concurseiros –, de tal sorte que, em tal clivagem, tanto afasta os que não têm condição econômica de proceder a tal preparação exclusivista quanto, também, impede que em tais anos de preparação os candidatos possam reunir formação pessoal, política e cultural suficiente ou pujante. Muitos ingressantes nas carreiras jurídicas de ponta são advindos de famílias de classes econômicas mais abastadas, e a maior parte deles tem apenas o saber jurídico técnico como guia de horizonte de vida. Sua formação pessoal se dá pelo horizonte ideológico médio que forma o senso comum, ainda que seja a franja do senso comum das elites econômicas do país (MASCARO, 2018, p. 56-57).

Mesmo porque, como apresenta De Giorgi “a pré-compreensão é uma opinião pré-estruturada, pré-formada pelo que o intérprete traz consigo” (DE GIORGI, 2017, p. 125). Dessa forma, a interpretação do texto é sobre o que o texto fala, “mas a interpretação é possível, por sua vez, somente se o intérprete já possui uma pré-compreensão da coisa, ou

uma antecipação do sentido a respeito do texto” (DE GIORGI, 2017, p. 125). Logo, as interpretações não são intersubjetivas, mas compõe-se de um alto grau de subjetividade. São crenças questionáveis as de que os juízes julgam a partir de critérios neutros, imparciais e gerais.

A hipótese sustentada nesse artigo é que a *opinião pública* captura a decisão, porque os juízes se protegem por detrás dela. Se a opinião pública detém o poder sobre as decisões judiciais, o direito seria, em algum grau, público. Mas isso é uma falsa crença, opiniões públicas são abstrações infundadas. Não existe “o povo”, nem mesmo “opinião pública”, como entes da experiência concreta. Substantivo abstratos não agem, não têm vontade, não são constatáveis na vida real. Mas podem ser usados estrategicamente. O ex-juiz Sérgio Moro, alegou agir em defesa do “interesse público” para grampear telefones dos advogados dos réus da Operação Lava Jato, fazer interceptações telefônicas ilegais, inclusive da presidência da República e publicizá-las.

Portanto, a opinião pública interfere drasticamente no processo de decisão do direito. Mas quem controla a opinião pública? A grande mídia, que no caso do Brasil é extremamente concentrada nas mãos de poucas famílias, como se sabe.

2. Contexto extralinguístico e a Lei da Anistia no Brasil

Com intuito de aplicar o conceito de memória para teoria dos sistemas e a relação entre lei e interpretação jurídica, passar-se-á a analisar os conflitos decorrentes das decisões judiciais sobre a Lei de Anistia no Brasil.

A Lei da Anistia foi aprovada em 28 de agosto de 1979, possibilitando o retorno de lideranças políticas exiladas, a readmissão nos serviços públicos e a restituição dos direitos políticos dos indivíduos que sofreram sanções políticas no regime militar, ao mesmo tempo que incorporou o conceito de crimes conexos, em seu art. 1º, parágrafo 1º, impedindo a investigação e a persecução penal dos agentes do Estado envolvidos na prática de torturas, assassinatos e desaparecimentos forçados durante o regime. Conforme relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV, 2014), nem mesmo a greve de fome realizada por presos políticos entre julho e agosto de 1979 foi capaz de barrar a aprovação do projeto e a anistia concedida a esses agentes do Estado.

Importante ressaltar que, no Brasil, a repressão política no regime militar, apresentava maior cooperação entre juízes e militares do que em

outros países da América Latina. A Constituição não foi revogada e juízes, promotores e advogados participavam de processos judiciais públicos, nos Tribunais Militares, sendo possível, inclusive, recorrer ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Durante todo regime militar, os tribunais brasileiros consentiram sobre o excesso de violência praticado pelos agentes do Estado. Dessa forma, os órgãos judiciais brasileiros serviram, em grande medida, para legitimar, no interior da sociedade, a repressão do Estado e, sobretudo, para modelar os valores da sociedade em prol dos valores do regime. Os processos individualizavam conflitos essencialmente coletivos e, ao mesmo tempo, desmoralizavam os movimentos sociais que se opunham ao regime. Dessa forma, questões essencialmente coletivas e políticas, ao serem reduzidos às formas, às linguagens e aos ritos processuais, reduziam-se à lógica de questões técnicas – as sentenças infligiam à sociedade a ideia de que aqueles que lutavam contra o regime eram os criminosos, os terroristas, ao passo que o regime estava resguardando os “cidadãos de bem”. Trata-se de um excelente mecanismo de construção da opinião pública a favor do regime. Como demonstrado por Anthony Pereira, os julgamentos criaram uma “história oficial de culpa e inocência que pôde adquirir um ar de veracidade inquestionável, quando divulgada e repetida em meio ao público. Eles podem se tornar parte de uma memória histórica que reforça a aceitação impensada do domínio exercido pelo regime” (PEREIRA, 2010, p. 72).

Na virada do século XX para o XXI, os países do Cone Sul – Argentina, Uruguai, Chile, Paraguai e Brasil – iniciaram longos processos de reparação e restauração democrática. Iniciaram-se processos judiciais de reparação contra os danos psíquicos e físicos sofridos por vítimas dos regimes e, também, processos contra as autoridades envolvidas em práticas de crime de lesa humanidade.

No Brasil, em 2002, foi publicada a Lei n.º 10.559/02, que regulamentou o art. 8º do *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias* e instituiu a Comissão da Anistia, no Ministério da Justiça, com competência para declarar a condição de anistiado político a todos atingidos pelo regime militar e conceder reparações econômicas de caráter indenizatório. Indo na contramão dos outros países do Cone Sul, a anistia aos agentes do regime militar (militares e policiais) se manteve, bloqueando a investigação e a persecução penal dos criminosos.

Pois bem, a partir da literatura jurídica produzida por De Giorgi, percebe-se que a legitimação dos escopos cognitivos da jurisprudência

é dada pela hermenêutica filosófica do direito, portanto, trata-se de uma empreitada metodológica que tem por efeito a filosofia, pois a tarefa da filosofia é a explicitação hermenêutica do sentido (DE GIORGI, 2017, p. 121). Que sentido foi criado pelo STF ao afastar a persecução dos crimes comuns – estupros, assassinatos, sequestros, torturas, etc – cometidos sistematicamente pelas instituições de Estado durante o regime de exceção 1964-85 no Brasil? Não precisa de qualquer esforço argumentativo para perceber que se trata de uma decisão inadmissível, injustificável, a causar reversão de todo esforço para consolidação dos direitos humanos e da democracia na América Latina. A estratégica ação interpretativa dos votos vencedores da ADPF 153, de se valerem da letra da lei de Anistia de seus tramites formais de aprovação no Congresso Nacional brasileiro cai por terra ao se defrontar com a expressão de De Giorgi: “Não se pode falar do sentido como de uma propriedade que o texto possui; mas de uma relação que esse tem como um contexto extralinguístico qualquer” (DE GIORGI, 2017, p. 125).

Ao analisar a proposta de Joachim Kruschka para a hermenêutica, De Giorgi explicita que as interpretações jurídicas remetem, sempre, para além de si mesmas, isto é, a contexto extralinguísticos. A compreensão é o processo que traz à tona a coisa extralinguística. A compreensão em prol da manutenção da anistia para agentes do Estado traz à tona os valores que permaneceram ocultos na decisão: que o Brasil permanece como um país autoritário, onde o discurso de direitos humanos ainda é tênue e pode, a qualquer momento, ser afastado em detrimento de conveniências ou ajustes políticos, a fazer valer a já anacrônica expressão *razão de Estado*.

A partir de 2007, cresceram os debates em torno da revisão da Lei da Anistia e as pressões pela criação de uma Comissão da Verdade. Em 2009, o Plano Nacional de Direitos Humanos n.º 3 (PNDH n. 3º), decorrente da 11ª Conferência de Direitos Humanos, incluiu a promoção do direito à memória e à verdade como um de seus eixos e reverenciou a criação de uma comissão da verdade. E, em outubro de 2009, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou a já referida Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153, a questionar a validade da auto anistia dada aos agentes do regime militar e requereu anulação do perdão concedido aos representantes do Estado. Em 2010, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido e revalidou a auto anistia com base na interpretação do texto legal de 1979. De acordo com o então ministro Eros Grau, não cabe ao Poder Judiciário rever acordo político firmado na transição do regime militar para democracia e intervir no

campo legislativo.⁴ Francamente, essa é uma decisão estapafúrdia, uma inversão do sentido da flecha hermenêutica, ao invés do Relator interpretar a lei antiga sob a luz da lei mais recente – no caso a Constituição da República de 1988 e a consolidação dos direitos difusos que haviam se estruturado sobretudo na primeira metade do século XXI – a interpretou, em 2010, sob a luz da Ditadura Militar, um regime de exceção. A votação da ADPF 153 terminou indeferida por 7 a 2⁵.

Sobre este aspecto, a retomar Kruschka, De Giorgi expressa que o '*Rechtliches*' não se determina autonomamente por meio dos textos positivos do direito. Os textos são, inversamente, uma expressão destes '*Rechtliches*', que estão, por princípio, para além destes. Como dispõe o professor italiano, "a hermenêutica encontra sua tarefa fundamental na busca e determinação desta coisa extralinguística, deste *Rechtliche*"⁶.

Em novembro de 2010, no mesmo ano do julgamento da ADPF 153, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), condenou o Brasil pelo desaparecimento forçado de 70 brasileiros na nominada *Guerrilha do Araguaia*. De acordo com as considerações da Corte no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, há incompatibilidade entre a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Lei de Anistia de 1979 brasileira. A lei não pode servir como obstáculo para que o Estado brasileiro investigue, julgue e puna os responsáveis pelas violações de direitos humanos (CARVALHO, 2016, p. 38). Ainda assim, o Supremo Tribunal Federal sempre que questionado em alguma ação que toque nas sequelas da Ditadura continua invocando reiteradamente sua decisão na ADPF n.º 153. Importante ressaltar que se trata de uma decisão deliberada do tribunal daquilo que ele quer recordar e daquilo que pretende esquecer.

Em 2011, já no Governo Dilma Rousseff, por iniciativa do Poder Executivo, a *Comissão Nacional da Verdade* foi criada pela Lei n.º 12.528/11 e a Lei de Acesso à Informação, Lei n.º 12.527/11 tornou excepcional o sigilo dos arquivos de direitos humanos. A Comissão

⁴ Em 2010, o STF foi contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois.

⁵ Foram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, que votaram pela suspensão dos efeitos da Lei de Anistia no tocante aos crimes comuns. Votaram pela manutenção da Lei os ministros Eros Grau (relator), Carmen Lúcia (revisora), Cesar Peluso, Celso de Melo, Marco Aurélio, Ellen Grace e Gilmar Mendes.

⁶ *Recht* é direito, *rechtlinch* é o adjetivo, então significaria "legalmente" ou "aquilo que vem do direito", "juridicamente". Mas, no caso, como está no livro, é "*das Rechtliche*", então, vira substantivo, logo o significado no texto é "o jurídico". Não é, necessariamente "o que está na lei", é o direito propriamente dito.

apresentou seu relatório em 2014, constatando práticas de torturas, prisões arbitrárias e desaparecimentos forçados pelo regime militar e recomendando medidas de não repetição, o que inclui responsabilização jurídica dos agentes públicos que causaram graves violações aos direitos humanos e a criação de centros de memória nos espaços utilizados pelo regime militar. Essas pautas permanecem descumpridas, embora sempre haja pressão de militantes de direitos humanos e grupos da sociedade civil organizada.

O que ocorreu no Brasil é que o sistema jurídico se negou a aprender com a experiência, prefere furtar-se à responsabilidade de punir crimes de lesa humanidade e dá abrigo a interesses obscuros, injustificáveis sob o ponto de vista da tradição jurídica internacional e constante nos pactos internacionais dos quais o país é signatário. Cabe ressaltar o que escreveu De Giorgi: “Um observador diria que o sistema aprende, que aprende no presente, e que identifica, no aprendizado, uma sequência de comportamentos do sistema, através dos quais se estende sua área de cognição” (DE GIORGI, 2006, p. 56). Com efeito, o sistema é produto de suas próprias modificações. Entretanto, por qual razão o STF explicita sua pretensão de não evoluir no sentido da consolidação dos direitos humanos? A permanência da excepcionalidade brasileira em punir os agentes do regime de exceção vem a confirmar que o sistema judicial repressivo construído no período – e todo o complexo subjetivo, cultural, imaginário, que garantiu esse aparato – não foram completamente abolidos da sociedade brasileira e, com isso, restam vestígios de legalidade autoritária na atualidade, tanto no âmbito institucional quanto no âmbito cultural. Isso sincroniza a denúncia de De Giorgi ao dispor que “o sistema se especializa na prática de suas distinções e, assim, pode se reconhecer. Pode construir temporalidade, pode estender ou edificar o tempo e o espaço ocupado pela sua cognição” (DE GIORGI, 2006, p. 56).

A ausência de um consenso no interior da sociedade sobre as graves violações de direitos humanos cometidos no período ditatorial demonstra que nossas relações sociais ainda são marcadas por valores do regime militar – autoritarismo, ausência de alteridade, muros discursivos, militarização das relações sociais, criminalização dos movimentos de resistência ódio e medo como afetos vinculantes. Esses valores e, consequentemente, as relações sociais no interior da sociedade, constituem as superestruturas jurídicas, assim como as superestruturas jurídicas reconstituem o corpo social. Trata-se de uma via dupla que resulta no caráter dissimulatório do poder judiciário brasileiro. Como afirma Comparato (2017, p. 31),

“nossas instituições jurídicas têm sempre um caráter dúplice. De um lado, na teoria, reproduzem doutrinas e técnicas avançadas em suas decisões – em grande medida buscam autores europeus ou norte-americanos para resguardar seus atos. Por outro lado, na prática, atuam a partir das normas e dos costumes consolidados pelos grupos oligárquicos dominantes”.

Capacidade de mudança do direito. Sempre um novo direito, que parte de si próprio. “A validade do direito é a memória do sistema. Como memória, a validade permite que o sistema recorde e esqueça ao mesmo tempo” (DE GIORGI, 2006, p. 64). Há esperança sempre, mas em 2010 houve lamentável retrocesso por questões quais a teoria do direito não pode socorrer. O enfrentamento é político.

3. Conclusão: experiência acumulada e um diagnóstico à luz da teoria da sociedade

A teoria da sociedade permite aos seus iniciados posicionarem a si mesmos a partir de uma perspectiva epistemológica assaz estratégica, a permitir-lhes observarem como os mecanismos de comunicação social se organizam e como agem, porque razões agem e quais as consequências práticas de sua ação.

A teoria dos sistemas não se perguntaria *que é* direito ou *que é* hermenêutica, mas *como é* o direito e *como* a hermenêutica funciona. E este “*como*” é conquistado a partir da perspectiva de um observador interno, que embora não possa observar a si mesmo, pode, a partir das relações que interpreta, produzir sínteses, sempre efêmeras, mas constatáveis.

Considerando que o direito se constitui de suas memórias, pois é fenômeno que opera no tempo e propicia sua auto reprodução, continuamente, pode-se afirmar que o direito aprende e modifica para adaptar-se aos contextos práticos e ideológicos que penetra, enfrenta e também constrói. O fenômeno jurídico, portanto, não tem princípios fixos, ele cria e modifica seus próprios princípios, seus próprios sentidos.

Seguindo De Giorgi apreendeu-se que a função da memória é demonstrar que houve alteração dos estados de compreensão, isto é, o sistema ao ser modificado, é capaz de sintetizar novos comportamentos que são relevantes para seu presente estado de atividade. Isso se dá pelas múltiplas operações distintivas que o sistema é capaz de fazer. Logo, o direito se elabora por sucessivos processos de diferenciação e correlação, ao passo que absorve complexidades a sintetizá-las e a produzir seleções – quase que binárias – sobre o que se pode ou não ser assimilado, permitido, proibido. A filtrar as contingências e então selecionar solu-

ções para os problemas práticos, o direito com subsistema da sociedade, sinaliza para toda a sociedade de um Estado quais suas expectativas reais de normatização.

Considerando, também, que a memória só existe no presente, como havia prescrito De Giorgi, o presente é a realidade que o sistema constrói. Portanto, é necessário compreender que o direito estabelece relações entre os entes que conecta ou diferencia, criando realidades jurídicas (que por sua vez, embora contrafáticas, produzem efeitos reais, perceptíveis, no mundo experimentado).

Se a memória permite um exame contínuo e consistente das operações do sistema, esse processo é feito, inexoravelmente, por meio de orientações ideológicas. Este artigo procurou demonstrar que esse efeito não é imparcial, sequer é intersubjetivo, mas subjetivo e atende às ideologias de certa classe social, de certos interesses políticos dominantes. Esses pressupostos foram iluminados a partir das análises de como os juízes decidem, apresentadas pelo ex-juiz argentino Jorge E. Douglas Price.

As sínteses do Poder Judiciário no Brasil não são, por certo, as populares. O artigo demonstrou empiricamente que os juízes brasileiros vêm de classes abastadas, efeitos de capitais simbólicos e econômicos de suas origens, associados à herança ideológica e à reprodução de seus investimentos familiares.

Eis cravada, então, a expressão de De Giorgi, ao dispor que a pré-compreensão é uma opinião pré-estruturada, pré-formada pelo que o intérprete traz consigo. As decisões do sistema que se pretende público e geral são, na verdade, de um grupo minoritário, de convicções de classe, eivados de subjetividades recônditas.

Ao trazer essa discussão para arena prática, sob o prisma da teoria crítica, demonstrou-se que a repressão política durante o regime militar 1964-85, no Brasil, apresentou maior cooperação entre juízes e militares do que em outros países da América Latina. A Constituição não precisou ser revogada e juízes, promotores e advogados participavam de processos judiciais públicos, tendo por instância final o próprio órgão sob o qual recai o múnus da defesa da democracia e dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal.

É inocultável que órgãos judiciais brasileiros serviram para legitimar, no interior da sociedade, a repressão do Estado durante a ditadura e modelaram os valores da sociedade em prol dos valores do regime. E mesmo terminada formalmente a ditadura, não é outra coisa que continuam

fazendo, a dar manutenção à Lei de Anistia de 1979, a impedir que os crimes de lesa humanidade desse período sejam processados.

O ganho filosófico que este artigo procurou expor é exatamente como isso é possível sem que o STF declare a continuidade do regime de exceção ou, em outras palavras, como o STF pode, sob a égide de um regime que se declara democrático de direito, signatário de tratados e pactos internacionais que prescrevem, inclusive, a imprescritibilidade dos crimes de lesa humanidade ou a proibição de auto anistias, produzir o acordão da ADPF 153: a Lei de Anistia é válida e os crimes conexos (crimes comuns) não serão perscrutados. Isso foi possível pelo fato de que não se pode falar do sentido da norma como uma propriedade que o texto possui, mas de uma relação que esse tem como um contexto extralinguístico, aquilo que pode, inclusive, pode ser ocultado numa operação hermenêutica. Para isso, o artigo mergulhou na proposição de De Giorgi: as interpretações jurídicas remetem-se para além de si mesmas, isto é, a contexto extralinguísticos. O contexto extralinguístico que precisa ser enfrentado é o de que o Brasil permanece como um país autoritário, onde os discursos de direitos humanos ainda são tênues e podem, com facilidade e certo grau de cinismo, serem afastados em detrimento de conveniências políticas.

Referências

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil**. 2010. 329 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

AMB. **Quem somos: a magistratura que queremos**. Quem somos – a magistratura que queremos. Associação dos Magistrados Brasileiros: Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf . Acesso em 18 de março de 2020.

CARVALHO, Claudia Paiva. Brasil - **Panorama da Justiça de Transição em 2015**. In: Justiça de transição na América Latina: panorama 2015 - Justicia de transición en América Latina: panorama 2015. Org. Claudia Paiva Carvalho, José Otávio Nogueira Guimarães, Maria Pia Guerra. **Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT)**, 2016.

- COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE (CNV). **Relatório**. Volume I. Brasília: Comissão Nacional da Verdade, 2014.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A oligarquia brasileira: visão histórica**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.
- DE GIORGI, Raffaele. **Ciência do direito e legitimação**: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann, tradução de Pedro Jimenez Cantisano, Curitiba: Editora Juruá, 2017.
- DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**, tradução de Guilherme Leite Gonçalves, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2006.
- DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: o fundamento místico da autoridade**, título original: *Force de Loi*, tradução de Leyla Perrone-Moisés, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- DOUGLAS PRICE, Jorge Eduardo. **La decisión judicial**, Buenos Aires-Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 2012.
- ICTJ (International Center of Transitional Justice). **Parecer Técnico sobre a Natureza dos Crimes de Lesa-Humanidade, a Imprescritibilidade de Alguns Delitos e a Proibição de Anistias**. Revista Anistia Política e Justiça de Transição/ Ministério da Justiça. Nº 1, jan/jun 2009., p. 352-396. Disponível em: <http://memorialanistia.org.br/revista-anistia/>. Brasília: Ministério da Justiça, 2009
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito, vols. I e II**, título original: Rechtssoziologie, tradução de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Trad. De Ana Cristina Arantes Nasser. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Crise e golpe**. São Paulo: Boitempo, 2018.
- MATURANA, Humberto. **O que se observa depende do observador**, In: THOMPSON, William Irwin (Org.). Coletânea Gaia: Uma teoria do conhecimento, 3. ed., São Paulo: Editora Gaia Ltda, 2001.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**, 2. ed., Título original: Die juristische Methode im Staatsrecht, São Paulo: Max Limonad, 2000.

PEREIRA, Anthony W. Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. Tradução Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

STF STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois. Quinta-feira, 29 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>. Acesso em 25 de julho de 2019.