

O Supremo, a LSN e a interpretação constitucional histórica



Em março de 2021, os noticiários jurídicos informaram que o Supremo Tribunal Federal se prepara para derrubar a Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/1983). O motivo é a chegada ao tribunal, até o momento, de quatro ações requerendo o reconhecimento da incompatibilidade do diploma com a Constituição de 1988. PTB, PSB, PSDB, Psol, PT e PCdoB são autores de quatro ADPFs distribuídas ao ministro Gilmar Mendes que demandam o expurgo, no todo ou em parte, da Lei de Segurança Nacional do sistema jurídico brasileiro.

Em vigor há quase 40 anos, a Lei de Segurança Nacional voltou à posição de protagonista na esfera jurídica por sua ampla utilização em tempos recentes[1]. A preocupação com a lei, que nunca obteve muita simpatia, dada sua origem no período da ditadura, cresceu em conjunto com o debate acerca da erosão democrática incremental que atinge o Brasil e o mundo[2].

São muitos os aspectos a serem enfrentados pelo Supremo. Os partidos autores questionam dispositivos específicos da lei, em sua maioria por limitarem o discurso e o debate público, ou por excessiva vagueza nos tipos penais. O julgamento das ações imporá ainda ao tribunal o dever de enfrentar a herança histórica da transição da ditadura para a democracia. Todas as ações propostas contêm um argumento histórico; a Lei de Segurança Nacional é chamada de “entulho autoritário”, editado em tempos de exceção; defende-se que o diploma “suscita uma certa herança totalitária em seu nascedouro” e que está impregnado de um “espírito autoritário”. As iniciais argumentam que houve uma mudança de direção, ou uma ruptura, a partir da promulgação da Constituição de 1988, no sentido da proteção de direitos fundamentais e ideais democráticos, com os quais a Lei de Segurança Nacional possui dispositivos absolutamente incompatíveis.

A discussão se insere, portanto, no campo da interpretação histórica, que por sua vez influencia a chamada identidade constitucional[3]. Na medida em que a elaboração da constituição “requer uma ruptura com as concepções prevalentes de identidade coletiva do sistema político”[4], a construção de uma nova identidade é fundamental no processo de consolidação do sistema constitucional.

É no intuito de lançar luz sobre a interpretação constitucional histórica e seus efeitos na construção da identidade constitucional brasileira que o presente artigo analisará a questão da compatibilidade da Lei de Segurança Nacional com a Constituição de 1988. Longe de se propor a cobrir todos os aspectos de



uma eventual decisão sobre as disposições específicas da norma, o intuito aqui é analisar os efeitos da adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, de uma leitura histórica específica no decorrer do julgamento. Para tanto, inicialmente serão analisadas as interpretações históricas já conferidas pelo Supremo Tribunal Federal à transição democrática brasileira em outros julgamentos. Em seguida, serão exploradas as bases teóricas da interpretação constitucional histórica. Ao final, serão feitas algumas considerações sobre o futuro julgamento das ações que impugnam a Lei de Segurança Nacional.

II

O processo de redemocratização brasileiro é definido por qualidades paradoxais, incluindo uma participação popular sem precedentes na história nacional e complexas e incrementais negociações entre elites políticas. Por esse motivo o processo é frequentemente descrito como uma ruptura revolucionária com o passado ditatorial, mas, com a mesma frequência, como uma transação negociada entre elites políticas, que resultou não em ruptura, mas sim na continuidade da ordem jurídica existente[5].

Essa ambiguidade histórica não escapou ao Supremo Tribunal Federal, que analisou pormenorizadamente a herança da transição constitucional e seu impacto sobre leis representativas do período ditatorial quando apreciou a compatibilidade da Lei de Imprensa de 1967 e a Lei de Anistia de 1979 com a Constituição de 1988. Mesmo conhecendo as ambiguidades do processo de transição brasileiro, a polaridade das interpretações históricas adotadas pelo Supremo no julgamento das ADPFs 130 e 153 é notável se considerarmos que as duas ações foram julgadas no período de um ano, entre abril de 2009 e abril de 2010, respectivamente.

No julgamento da ADPF 130, o tribunal adotou de forma unânime a narrativa da ruptura promovida pela Constituição de 1988 com o regime anterior. O relator, ministro Ayres Britto, argumentou que a Assembleia Constituinte de 1987-1988 havia redigido um documento constitucional destinado a refutar e superar o antigo regime, o que o tornaria irreconciliável com as finalidades político-ideológicas do diploma normativo produzido no período da ditatorial[6].

Em 2010, a maioria que julgou recepcionada pela Constituição de 1988 a Lei de Anistia adotou uma leitura histórica oposta da transição constitucional de 1987-1988. O relator, ministro Eros Grau, defendeu o caráter conciliatório da transição para a democracia, que só teria sido possível graças às negociações e acordos entre o regime militar e os opositores da sociedade civil, consubstanciados na Lei de Anistia[7]. O argumento de que a Emenda Constitucional 26/1985, havia reiterado os termos da anistia, também reforça a visão de continuidade endossada pela maioria dos ministros, que acompanharam o relator.

A decisão proferida na ADPF 130 é uma das mais celebradas em nossa história constitucional recente, e a narrativa da ruptura já foi reafirmada por ministros do Supremo Tribunal Federal, inclusive como argumento para a declaração de incompatibilidade da Lei de Segurança Nacional com a Constituição de 1988[8]. Por outro lado, a ADPF 153 resistiu ao teste do tempo e às inúmeras críticas a ela formuladas; mesmo confrontado com o escrutínio internacional, o Supremo se recusou a revê-la ou a alterar o status de sua leitura sobre a recepção da Lei de Anistia[9].

As leituras históricas antagônicas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal num curto espaço de tempo e com pouquíssimas mudanças em sua composição é um retrato das dificuldades do argumento histórico

na teoria constitucional.

III

Na interpretação constitucional, a história é usada como um argumento de autoridade. O argumento histórico, amplamente empregado perante os tribunais, é uma das modalidades de argumentação constitucional na teoria clássica de Philip Bobbitt[10]. A definição original do autor para o argumento histórico abraça teorias originalistas de interpretação, uma vez que afirma que “depende de uma determinação do entendimento original da disposição constitucional”[11]. Posteriormente, contudo, esclarece que “não temos um compromisso original com uma forma particular de argumento histórico”, e que o que o intérprete constitucional realmente quer é algo que nenhuma forma de argumento histórico pode lhe dar: “a leitura final em um determinado contexto”[12].

A declaração de Bobbitt sugere que a história por si só não é suficiente para garantir a autoridade de uma decisão. Deve haver uma premissa ligada à leitura histórica que a torne particularmente persuasiva. Essa premissa costuma estar relacionada à história de um momento específico no tempo; na maioria das vezes, o momento da adoção de um novo texto constitucional. A história da adoção, para usar o termo de Jack Balkin[13], se baseia na premissa de que algo, fixado no momento em que a Constituição foi adotada, condiciona sua interpretação adequada. Esse “algo”, no entanto, pode variar dependendo das teorias e formas de argumentação histórica. Pode ser o significado original, a intenção original, o entendimento público original ou pode ser o caráter do *ethos* nacional, sua identidade[14].

Esse último é mais complexo e transforma a história em uma ferramenta para construir outros tipos de argumentos constitucionais. Isso geralmente é feito por meio de narrativas. Uma narrativa fornece uma leitura histórica que pode ser usada pelos juristas e que dá “sentido às controvérsias atuais e a direção adequada da mudança política/jurídica”[15] e molda “os significados que estamos preparados para dar a presente e futuro”[16].

Como as narrativas são interpretações da história, sempre é possível construir mais de uma a partir dos mesmos eventos. Essa é a própria natureza do que Robert Cover chamou de *jurisgenesis*, a criação do direito, que ocorre no âmbito de inúmeras pequenas comunidades em uma sociedade pluralista, cada uma com sua própria leitura da Constituição[17]. Esse problema é geralmente resolvido pela adoção de narrativas específicas por atores estrategicamente posicionados nos sistemas constitucionais, como os tribunais. Cover descreve isso como a função *jurispática* (*jurispathic*) dos tribunais, que forneceria estabilidade para o sistema constitucional[18]. A adoção de uma narrativa pelos Tribunais, sem dúvida, desempenha um papel importante no desenvolvimento de outras, uma vez que “os episódios que os tribunais tratam como relevantes para a adjudicação constitucional ganham um status privilegiado entre as bases possíveis para argumentos constitucionais de base histórica, e os argumentos históricos que os tribunais creditam se estabelecem como interpretações sancionadas dentro do discurso constitucional”[19].

Bruce Ackerman se refere a esse processo como a narrativa profissional, descrevendo-a como aquela construída por advogados e juízes e explicando que ela tem “o impacto mais direto sobre a vida cotidiana de todos nós”[20]. Ackerman sugere que pode haver uma narrativa profissional reinante ou prevalente, que no devido tempo pode constituir a base para a proposta de uma nova narrativa profissional. Assim, a narrativa adotada pelos tribunais constitucionais pode ser especialmente

persuasiva, com consequências que vão muito além dos resultados dos casos individuais.

IV

O enfrentamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da compatibilidade da Lei de Segurança Nacional com a Constituição de 1988 é uma oportunidade para revisitar, de maneira definitiva, a herança histórica da ditadura militar e o caráter da transição democrática. Qualquer que seja a linha adotada pelo tribunal, ela fornecerá um ambiente mais firme para o debate sobre a história da Constituição. Caberá aos advogados constitucionalistas reivindicar a autoridade do argumento histórico e reavaliar a legitimidade do projeto constitucional em andamento. Por outro lado, enquanto o Supremo continuar a alternar entre narrativas, a história constitucional brasileira tende a ser rejeitada como uma ferramenta de legitimação. Num contexto de preocupação com a erosão democrática, a legitimidade da Constituição nunca foi tão fundamental.

[1] C.f. <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/06/governo-usa-lei-de-seguranca-nacional-para-investigar-jornalista-que-publicou-charge-de-bolsonaro.shtml>; <https://www.migalhas.com.br/quentes/339252/marcelo-feller-e-intimado-por-acusar-bolsonaro-de-assassinato-em-massa>; <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-03-16/felipe-neto-e-intimado-a-depor-com-base-em-lei-de-seguranca-nacional-heranca-da-ditadura.html>; <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2021/02/17/alexandre-de-moraes-afirma-que-conduta-de-daniel-silveira-se-enquadra-na-lei-de-seguranca-nacional.ghtml>; <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministro-da-justica-manda-pf-investigar-autores-de-outdoors-criticos-a-bolsonaro-em-palmas>

[2] C.f. GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 2018. BALKIN, Jack M. LEVINSON, Sanford. *Democracy and Disfunction*. Chicago: University of Chicago Press, 2019. LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. *How Democracies Die*. Nova York: Crown, 2019. GRABER, Mark A. LEVINSON, Sanford. TUSHNET, Mark. *Constitutional Democracy in Crisis?* Nova York: Oxford University Press, 2018.

[3] Mark Tushnet descreve a identidade constitucional como a questão de quem é “o povo” que se governa nos sistemas constitucionalistas modernos. V. TUSHNET, Mark. *How do constitutions constitute constitutional identity?*, *International Journal of Constitutional Law*, v. 8, n. 3, p. 671–676, 2010, p. 672. Gary Jacobsohn apresenta a identidade constitucional como “uma mistura de aspirações e compromissos expressivos do passado de uma nação”. V. JACOBSON, Gary Jeffrey. *Constitutional Identity*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010, p. 361.

[4] ROSENFELD, Michel. *Constitutional Identity*. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012.

[5] C.f. SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988. *Dados*, v. 29, n. 2, 2009. E com uma leitura contrária da transição democrática ver BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasil: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2012.

[6] “(...) quando a colisão entre a lei menor e a Constituição Federal se dá em quase toda essa cadeia de



técnica redacional, fio condutor das ideias e finalidades político-ideológicas a alcançar, o que toma corpo não é simplesmente uma antinomia material entre dispositivos de desigual hierarquia. O que em verdade se tem é uma realidade marcada por diplomas normativos ferozmente antagônicos em sua integralidade” (STF. ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, j. Em 30.04.2009).

[7] “(...) há quem se oponha o facto de a passagem da ditadura para a democracia política ter sido uma transição suave devido a certos compromissos ... acontece que os subversivos a conseguiram, a anistia, à custa desta amplitude”. É célere, ainda, o trecho em que Eros Grau afirma que “a luta formidável pela anistia expressa a mais vibrante página de resistência e atividade democrática de nossa história”. (STF. ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, j. Em 29.04.2010).

[8] V. STF. RC 1.472, Rel. Min. Dias Toffoli, j. Em 25/05/2016.

[9] C.f. <https://www.conjur.com.br/2014-abr-02/claudio-souza-nao-obstaculo-stf-rever-julgamento-lei-anistia>.

[10] BOBBITT, Philip. Constitutional Fate: Theory of the Constitution. Nova York: Oxford University Press, 1984.

[11] Ibid., p. 9.

[12] Ibid., p. 13.

[13] BALKIN, Jack M., The New Originalism and the Uses of History, Fordham L. Rev., v. 82, p. 641, 2013, p. 641.

[14] Ibid., p. 672.

[15] BALKIN, Jack M. Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2011, p. 44.

[16] ACKERMAN, Bruce. We the People, Volume 1: Foundations. Cambridge: Belknap Press, 1993, p. 37.

[17] COVER, Robert M. Foreword: Nomos and Narrative. Harvard Law Review, v. 97, 1983, p. 11.

[18] Ibid., p. 55.

[19] PRIMUS, Richard A. Judicial Power and Mobilizable History. Md. L. Rev., v. 65, p. 171, 2006, p. 173.

[20] ACKERMAN. We the People, Volume 1, p. 38.

Date Created

03/04/2021