

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS
PROGRAMA MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO (CMDIP)**

MURILO NAVES AMARAL

**O DIREITO A VERDADE VERSUS O ESQUECIMENTO: O JULGAMENTO DA
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N° 153, À
LUZ DAS DIMENSÕES POLÍTICAS DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E DOS
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE
1988.**

**UBERLÂNDIA
2014**

MURILO NAVES AMARAL

**O DIREITO A VERDADE VERSUS O ESQUECIMENTO: O JULGAMENTO DA
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N° 153, À
LUZ DAS DIMENSÕES POLÍTICAS DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E DOS
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE
1988.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Curso Mestrado em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito Público.
Área de Concentração: Direitos e Garantias Fundamentais
Orientadora: Prof.(a) Dra. Débora Regina Pastana.

UBERLÂNDIA
2014

MURILO NAVES AMARAL

**O DIREITO A VERDADE VERSUS O ESQUECIMENTO: O JULGAMENTO DA
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153, À
LUZ DAS DIMENSÕES POLÍTICAS DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E DOS
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE
1988.**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia, sob a orientação da Prof.(a) Dra. Débora Regina Pastana.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Prof(a). Dr(a).

Prof(a). Dr(a).

Prof(a). Dr(a).

A Deus, e a todas as pessoas maravilhosas que ele colocou em minha volta, em especial meus queridos pais, minha querida irmã Carol e o meu cunhado irmão Luiz Gustavo.

Em memória da minha querida avó Idnir Alves Carneiro que com sua profunda lição de vida nos deixa a saudade, mas ao mesmo tempo, a alegria de tê-la sempre como referência em nossos corações.

Esse trabalho é dedicado a todos os grandes homens e mulheres que lutaram contra a ditadura militar brasileira.

AGRADECIMENTOS

Após dois anos de muita dedicação e estudo finalizo essa jornada com alegria e satisfação, tendo a consciência do dever cumprido. O amadurecimento acadêmico e o aprendizado desenvolvido ao longo do mestrado foram cruciais na minha formação e, sobretudo, em relação ao entendimento acerca do direito e sua incidência perante a sociedade.

No entanto, somente foi possível concluir esse trabalho com o auxílio de pessoas que foram imprescindíveis no desenvolvimento da pesquisa. Diante disso, gostaria de aproveitar a oportunidade e agradecer a todos aqueles que contribuíram de maneira relevante na realização dessa dissertação em especial minha querida orientadora professora Débora Regina Pastana e ao grande amigo e professor Alexandre Garrido da Silva.

Gostaria de agradecer também aos meus pais, a minha irmã, ao meu cunhado, que sempre me apoiaram e me deram o suporte necessário na realização do mestrado. Agradeço ainda a todos os meus familiares que sempre estiveram comigo nessa jornada, em especial meus tios Odair, Obidulho, Luís Cláudio e Mário e minhas tias Marta, Marluce, Junice e Volúzia, bem como meus primos-irmãos Ana Clara, Lucas, Maria Fernanda, Débora, Vitória, Dulhinho e Fernando.

Faço ainda as devidas homenagens a Isabel que a frente da secretaria do mestrado sempre nos auxiliou com enorme disposição, bem como aos meus queridos colegas da 4ª Turma do mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, em especial ao grande amigo e irmão Hárrisson Fernandes dos Santos. Agradeço também o apoio sincero dos amigos, em especial Marcelo Santos Rosa, Camila Guedes Ariza e Tayran Levi Mamede.

Eu só peço a Deus
Que a dor não me seja indiferente
Que a morte não me encontre um dia
Solitário sem ter feito o que eu queria
Eu só peço a Deus
Que a injustiça não me seja indiferente
Pois não posso dar a outra face
Se já fui machucado brutalmente
Eu só peço a Deus
Que a guerra não me seja indiferente
É um monstro grande, pisa forte
Toda pobre inocência dessa gente
Eu só peço a Deus
Que a mentira não me seja indiferente
Se um só traidor tem mais poder que um povo
Que esse povo não o esqueça facilmente
Eu só peço a Deus
Que o futuro não me seja indiferente
Sem ter que fugir desenganado
Pra viver uma cultura diferente
(Canção de León Gieco interpretada por
Mercedes Sosa)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato de Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ARENA	Aliança Renovadora Nacional
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
EC	Emenda Constitucional
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
MDB	Movimento Democrático Brasileiro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

RESUMO

Conforme se pode verificar no histórico de transições políticas e institucionais ocorrido no Brasil, a construção da realidade democrática nacional, nem sempre se deu dentro de um contexto em que os direitos e garantias fundamentais fossem observados e respeitados pelas autoridades instituídas. Na realidade, os períodos de transição não foram capazes de impedir o avanço de poder dos grupos dominantes, de maneira a propiciar aos setores populares uma maior participação democrática na construção do sistema político e jurídico brasileiro. Diante disso, o presente trabalho demonstra, a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (ADPF 153), como as autoridades estatais brasileiras ainda se encontram reféns dos interesses dominantes em detrimento de uma atuação mais ampla em favor das camadas populares. Para entender melhor do que se trata esse julgamento, cabe demonstrar que o objetivo maior da ADPF 153 foi requerer a interpretação conforme a Constituição da lei 6.683/79, que anistiou ao final da ditadura tanto aqueles que atuaram em prol do regime, como aqueles que se contrapuseram ao governo militar. A finalidade de se fazer a interpretação conforme a Constituição da referida lei teve como intuito excluir do processo de anistia os agentes da repressão que cometem inúmeros delitos “em nome” do governo ditatorial, tendo em vista que não podem jamais se configurar como crimes políticos, considerando que se tratam de condutas violadoras de direitos humanos. Embora tenha servido para ampliar o debate, o julgamento da ADPF 153 expôs as amarras existentes nas instituições brasileiras em relação ao enfrentamento das questões de classe, uma vez que o regime militar no Brasil caracterizou-se como a imposição de um governo, cujo intento principal foi proteger os interesses dos grupos dominantes que se achavam ameaçados diante a implementação de políticas sociais ocorridas por governantes trabalhistas durante as décadas de 1950 e 1960. Em face de tal cenário, é imprescindível demonstrar a necessidade de se construir uma justiça de transição apta à consolidação de um regime democrático, mediante o preenchimento de suas dimensões e a instauração da persecução penal contra aqueles que cometem crimes contra a humanidade durante o período em que os militares estiveram no poder. Para tanto, torna-se necessário o reconhecimento da incidência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre o direito interno, de maneira que seja possível implementar medidas que busquem o rompimento definitivo da fase mais autoritária da história do país. Além disso, o presente trabalho, apesar de observar a manutenção de um viés autoritário na condução estatal, mesmo após a volta do governo civil ao poder, almeja analisar também, os pequenos avanços que podem ser verificados no que tange às políticas adotadas em relação às vítimas da ditadura, como por exemplo, a facilitação de pagamentos oriundos de reparações civis. Por fim, observa ainda, a necessidade de se construir, diante as limitações do poder judicial, um processo transicional com a participação de grupos que representam as demandas da sociedade civil, como os atores coletivos que são representados pelos movimentos sociais e as lideranças políticas que estejam comprometidas com o desenvolvimento democrático.

PALAVRAS CHAVES: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; Supremo Tribunal Federal, ditadura militar, justiça de transição, memória e verdade.

ABSTRACT

As can be seen in the history of political and institutional transitions occurred in Brazil, the construction of the national democratic reality, not always occurred within a context in which the fundamental rights and guarantees were observed and respected by established authorities. Actually, the transition periods were not able to stop the advance of power by dominant groups in order to provide the popular sectors greater democratic participation in the construction of the Brazilian political and legal system. Therefore, this paper demonstrates, based on the judgment of ADPF 153 by the Supreme Court, like the Brazilian state authorities are still hostages of dominant interests at the expense of a broader action in favor of the lower classes. To better understand what it is that judgment, it is demonstrated that the goal of ADPF 153 was to require interpretation according to the Constitution the law 6.683/79, which granted amnesty to end the dictatorship both those who acted on behalf of the regime, such as those countered by the military government. The purpose of making the interpretation according to the Constitution of that law had the intention to exclude from the amnesty process the agents of repression who committed numerous crimes in favor of the dictatorial government, with a view that can never be configured as political crimes, considering that these are behaviors that violate human rights. Although it has served to broaden the debate, the trial ADPF 153 exposed the existing bonds in Brazilian institutions in respect to confronting issues of class, since the military regime in Brazil was characterized as the imposition of a government whose main purpose was to protect the interests of dominant groups who were threatened with the implementation of social policies occurred by labor leaders during the 1950s and 1960s. In this context, it is essential to demonstrate the need to build a suitable transitional justice to the consolidation of a democratic regime, by filing its dimensions and prosecution of criminal prosecution against those who committed crimes against humanity during the period in which the military were in power. For that, it is necessary to recognize the impact of international human rights treaties over domestic law, so that it is possible to implement measures that seek the ultimate breakup of the most authoritarian stage of history. Furthermore, this study, despite observing the maintenance of an authoritarian state bias in driving, even after the return of civilian government to power, also aims to analyze the small steps that can be checked with respect to the policies adopted in relation to victims of the dictatorship, such as facilitation payments arising from civil reparations. Finally, it notes the need to build on the limitations of the judiciary, a transitional process with the participation of groups representing the demands of civil society, as collective actors that are represented by social movements and the political leaders who are committed to democratic development.

KEYWORDS: accusation of breach of fundamental precept; Supreme Court, military dictatorship, transitional justice, memory and truth.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A DITADURA MILITAR NO BRASIL E AS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS DECORRENTES DA REPRESSÃO POLÍTICA	22
1.1 As crises institucionais e as transições de sistemas político-jurídicos no Brasil na manutenção dos grupos dominantes de poder	22
1.2 A ruptura da ordem constitucional e a implementação do regime militar	36
1.2.1 Os primeiros atos institucionais	36
1.2.2 A Constituição de 1967 e o Ato Institucional nº5	43
1.2.3 Os crimes da ditadura militar	47
2 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL	58
2.1 Conceito de Justiça de Transição	58
2.1.1 Dimensões Políticas da Justiça de Transição	59
2.1.2 O Direito à memória e à verdade e a lei 12.528 de 2011	67
2.1.3 A necessidade de processar e punir os responsáveis por crimes contra a humanidade	81
2.2 A transição do regime militar para a democracia no Brasil	84
2.2.1 A decretação da lei 6.683 de 28 de agosto de 1979 e o processo de redemocratização no Brasil em comparação à Argentina, Chile e Uruguai	84
2.2.2 A anistia recíproca e o esquecimento	94
2.3 A promulgação da Constituição Federal de 1.988 e a necessidade de consolidação da democracia no Brasil	98
2.4 A interpretação que estende a aplicação da lei 6.683/79 aos agentes da repressão, e a sua incompatibilidade com os princípios, direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1.988	103
2.5 A promulgação das leis 9.140 de 1995 e 10.559 de 2002, como meio de reparar as vítimas da ditadura militar	105
3 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N° 153 E A INTERPRETAÇÃO DA LEI DE ANISTIA CONFORME A CONSTITUIÇÃO	107
3.1 O processo de judicialização da política e o julgamento da ADPF 153	107
3.2 Principais fundamentos da decisão do Supremo Tribunal Federal que indeferiu com resolução de mérito a ADPF nº 153	118
3.3 Os critérios utilizados para conceituar os crimes políticos e suas diferenças em relação ao conceito de crime comum	127
3.4 A inobservância pelo Supremo Tribunal Federal aos princípios, direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, na decisão da ADPF nº 153	132
3.4.1 A dignidade da pessoa humana como princípio máximo da Constituição Federal de 1988	133
3.4.2 A interpretação conforme a Constituição das normas polissêmicas e a necessidade de harmonizar a lei de anistia ao texto constitucional	137

3.4.3 O sopesamento de princípios como meio de se fundamentar a revisão da lei 6.683/79	141
3.4.4 A fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988.....	145
3.4.5 A incompatibilidade dos direitos fundamentais materialmente abertos, com a interpretação do Supremo Tribunal Federal da lei 6.683/79.	147
3.5 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a aplicação do direito internacional pelos juízes e tribunais brasileiros	150
3.5.1 O conflito entre o sistema dualista e o sistema monista adotado pela Convenção de Viena, e suas influências no ordenamento jurídico brasileiro	151
3.5.2 O caráter supralegal dos tratados internacionais de Direitos Humanos	156
3.5.3 A imprescritibilidade dos crimes contra os Direitos Humanos.....	159
3.5.4 A problemática da irretroatividade da lei penal e o início da entrada em vigor dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil	163
3.5.5 As normas de <i>jus cogens</i> e a sua supremacia na ordem internacional	165
3.6 A participação dos atores coletivos no processo de construção da justiça transicional ...	166
CONCLUSÃO.....	170
REFERÊNCIAS	175

INTRODUÇÃO

A temática que envolve o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (ADPF 153) trata-se de questão de extrema relevância no entendimento da reconstrução do ordenamento jurídico brasileiro após o advento da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que reconheceu a manutenção da interpretação original da lei de anistia, respaldando todas as consequências da ditadura militar que se verificam, mesmo após o retorno do governo civil ao poder.

Todavia, as controvérsias provenientes desse julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, somente poderão ser devidamente compreendidas, a partir de uma análise voltada à consignação dos motivos que respaldaram o golpe militar de 1964 e que ao mesmo tempo não permitiu que a sociedade pudesse cicatrizar os graves prejuízos que, até os dias atuais, comprometem o acesso a direitos básicos da maior parte da população.

Nesse sentido, o primeiro passo para se entender o processo transicional que culminou na volta do governo civil durante a década de 1980 no Brasil, é buscar identificar como o país enfrentou as trajetórias de transições políticas e institucionais que ocorreram no decorrer de sua história.

Em um segundo momento deve-se compreender os conceitos relativos à justiça de transição, bem como quais foram às condutas praticadas pelo Estado brasileiro em relação ao fim do regime militar. Por fim, torna-se essencial analisar os fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no indeferimento da ADPF 153, demonstrando também, a partir de uma análise técnico-jurídica, a fragilidade dos argumentos utilizados pelos ministros que julgaram improcedente a demanda, bem como a necessidade de comprometimento dos chamados “atores coletivos”, que são representados principalmente pelos movimentos sociais, na consolidação do processo democrático.

Nesse contexto, um ponto de extrema relevância, é ponderar sobre como se deu as fases transicionais, políticas e institucionais, durante o histórico brasileiro de mudanças de regimes governamentais. E a partir dessa perspectiva, verifica-se mediante uma metodologia de estudo que tem como base a teoria materialista do Estado, que as transições “negociadas” que ocorreram no decorrer da história brasileira, tiveram como único intuito, a perpetuação dos grupos dominantes de poder, bem como o cumprimento maior da função estatal, qual seja, a proteção da propriedade privada.

Tal realidade se projeta como derivação da própria lógica estatal inaugurada a partir das Revoluções Burguesas do século XVIII, em que “a hostilidade tradicional aos

equipamentos que tomam o pão da boca dos homens honestos, deu lugar ao encorajamento da iniciativa em busca de lucros, qualquer que fosse o custo social” (HOBSBAWM, 1981, p. 25).

A partir dessa constatação, observa-se que no caso brasileiro, o ápice do processo de consolidação das classes burguesas se deu com o golpe militar de 1964, cujas raízes estão exatamente na manutenção das diferenças de classes e na necessidade de se garantir os privilégios econômicos oriundos da exploração da classe trabalhadora.

Embora não chegasse a ser um movimento de caráter totalitário¹, o autoritarismo excessivo praticado pelos militares, após o golpe de 1964, em muitos casos, foram equivalentes aos piores regimes construídos com base no totalitarismo. Na realidade, tratou-se da construção de uma hegemonia anticomunista baseada em uma forma mais ampla e eficaz de controle social, que se consolidou durante a década de 1970, com a criminalização de toda e qualquer oposição ao modelo imposto.

Sobre esse aspecto, o regime militar inseriu práticas institucionais equivalentes as analisadas por David Garland, que observa que a reconfiguração do controle do crime, pelo Direito Penal a partir dos anos de 1970, não teve como finalidade reduzir os índices de criminalidade, mas sim, implementar “novas práticas relacionadas ao controle de comportamentos e à maneira de fazer justiça, em conceitos revisados da ordem social e de controle social e em modos alterados de se manter a coesão social e de lidar com relações entre grupos” (GARLAND, 2008, p. 48). Isso, por sua vez, teve como objetivo, instituir programas que fossem compatíveis com a estrutura dominante, de forma em que qualquer oposição seria reprimida por meio de penas determinadas pela autoridade estatal.

Por essa razão o Judiciário, assim como as demais instituições se transformaram no contexto do regime autoritário, em verdadeiros “aliados” que estabeleceram as penas e silenciaram sobre os abusos cometidos pelos agentes do regime, uma vez que o único intuito que se mantém no exercício da função jurisdicional, naquele momento, seria a proteção dos interesses do governo ditatorial.

No entanto, o sistema opressivo construído pela ditadura militar, que se robustece com o chamado Ato Institucional nº 5, ultrapassa os próprios limites da legalidade construída a partir do golpe de Estado, haja vista que os opositores do regime não são

¹Um ponto que se mostra relevante nessa discussão, é que os regimes autoritários visam o controle social, mediante a restrição de determinados direitos e a obediência passiva da população. Já os regimes totalitários, são movidos por uma ideologia dominante, que visa o domínio pleno da população, que são “conquistadas” por meio da propaganda do regime, de forma que se tem a total “abolição da liberdade e até mesmo a eliminação de toda espontaneidade humana e não a simples restrição, por mais tirânica que seja, da liberdade” (ARENKT, 1989, p. 455).

penalizados apenas por meio de medidas restritivas de direitos ou penas privativas de liberdade, posto que, passam a ser vítimas das piores práticas criminosas, como torturas, seqüestros, desaparecimentos forçados, estupros e homicídios

Em face disso, ao final da ditadura militar, de forma unilateral e até mesmo para evitar futuros processos criminais contra os agentes da repressão, é decretada em 28 de agosto de 1979 a lei nº 6.683, que concedeu anistia a todos aqueles que haviam cometido crimes políticos e crimes comuns conexos a estes, durante o período compreendido entre 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, com exceção daqueles que haviam sido condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. Em outras palavras, a lei 6.683 de 1979 concedia anistia para ambos os lados, ou seja, tanto para aqueles que atuaram em favor do regime militar como também para os que se contrapuseram a ditadura.

A decretação da lei 6.683/79, na verdade, demonstra como se caracterizou a transição para o governo civil durante a década de 1980, uma vez que não rompeu de maneira definitiva com o regime anterior imposto pela ditadura e, em muitos aspectos, manteve intactos os retrocessos que se verificaram durante o período em que o governo fardado esteve no poder.

Diante disso, à medida que houve o amadurecimento do debate acerca da transição ocorrida durante a década de 1980 no Brasil, em 21 de outubro de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), capitaneado pelo professor Fábio Konder Comparato, propõe perante o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, uma Arguição de Preceito Fundamental (que viria a se transformar na ADPF 153, após a sua distribuição), cujo objetivo era realizar uma interpretação conforme a Constituição da lei 6.683 de 1979, no sentido de superar o entendimento, até então prevalecente no Poder Judiciário, de que a referida legislação teria abrangido com a concessão de anistia, os agentes públicos que praticaram atos de violação aos direitos humanos. Contudo, em 28 de abril de 2010, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pela OAB, foi julgada improcedente por 7 votos a 2.

Esse julgamento se tratou de uma demanda marcante, tendo em vista que foi a primeira vez que a lei de anistia decretada ao final da ditadura militar havia sido amplamente questionada perante o poder jurisdicional. Além disso, expôs de forma clara, as amarras existentes nas instituições brasileiras, em relação à forma de se lidar com seu passado recente.

Apesar da atitude nobre por parte do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que por meio do Professor Fábio Konder Comparato, tentou dar uma

interpretação conforme a Constituição da lei 6.683/79, a ineficácia do meio utilizado para não estender a anistia aos agentes que agiram em nome da ditadura, não pode ser considerada como algo surpreendente, posto que, a posição do Supremo representa aquilo que realmente configura o Judiciário brasileiro, em que as decisões consideradas avançadas somente são proferidas, quando os interesses de classe não são colocados em xeque.

Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer, que a propositura da ADPF 153 foi de salutar importância no desenvolvimento do debate, uma vez que estimulou a discussão acerca da lei de anistia perante diversos setores da sociedade, e propiciou que fossem adotadas novas medidas para se aperfeiçoar a justiça transicional brasileira, como, por exemplo, a aprovação da lei 12.528 de 2011, que criou a Comissão Nacional da Verdade, cujo objetivo é examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado entre 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição de 1988, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.

Mesmo com as limitações verificadas na condução dos trabalhos da Comissão da Verdade, o aprofundamento das discussões acerca da necessidade de se rever a lei de anistia, é o que está permitindo a incessante luta por parte de determinados setores, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em modificar essa realidade. A prova disso é que, conforme foi noticiado no jornal Folha de São Paulo de 19 de outubro de 2013, a OAB irá ingressar com nova ação no Supremo para rever a lei 6.683/79, sendo que essa mesma reportagem expôs que ministros do STF, como Joaquim Barbosa e Luís Roberto Barroso, já se posicionaram no sentido de que poderia haver uma revisão do julgamento acerca da lei de anistia².

Outra questão que surgiu em decorrência do julgado da ADPF 153 foi sobre a aplicabilidade ou não da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vinculada a Organização dos Estados Americanos (OEA), que em 24 de novembro de 2010 no caso Júlia Gomes Lund³ entendeu que a lei 6.683/79 é um obstáculo à investigação das graves violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar. Diante tal fato, foi determinado pela referida Corte Internacional, que o Brasil investigasse as violações de direitos humanos

²Outro ministro que admitiu recentemente à possibilidade de se rever a lei de anistia, conforme se pode verificar em reportagem divulgada no site do jornal Estadão, é o ministro Marco Aurélio Mello, que curiosamente, votou pelo indeferimento da ADPF 153. Confira mais sobre o assunto em: STF rediscute Anistia se for provocado, diz Marco Aurélio. Estadão. Disponível em:< <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,stf-rediscute-anistia-se-for-provocado-diz-marco-aurelio,1088112,0.htm>>. Acesso em 4 nov. 2013.

³Caso Júlia Gomes Lund e Outros contra o Estado brasileiro, autuado com o número 11.552 na CrIDH, em razão do desaparecimento de 70 vítimas na região norte do país, durante a ditadura militar, no acontecimento que ficou conhecido como “Caso Araguaia”.

ocorridas durante o regime militar, visto que a anistia extensiva aos agentes opressores do regime é incompatível com os princípios básicos que regem o Direito Internacional.

Interessante observar, que os acontecimentos que marcaram a transição brasileira, comprometeram seriamente o processo de construção democrática no país após o advento da Constituição de 1988. Embora alguns avanços sejam percebidos, verifica-se que ainda existem enormes lacunas a serem preenchidas em relação a uma justiça transicional plena, que consiga efetivamente interromper a herança autoritária, que ainda prevalece nas instâncias governamentais e se reflete na própria sociedade.

Na verdade, a construção de uma justiça transicional adequada, com rompimento definitivo da ordem anterior, somente poderia ser feita a partir de um envolvimento de toda a sociedade, que deve pressionar aqueles que exercem cargos eletivos a colocarem em pauta a revisão da lei de anistia. Buscar soluções somente na esfera jurídica parece algo que se mostra extremamente ineficaz, tendo em vista que a tendência do Poder Judicial é atender o prevalecimento de um direito burguês.

É válido dizer, que essa ausência de autonomia dos setores populares em conduzir o debate acerca da lei de anistia, reflete a própria realidade histórica da burguesia brasileira, que como lembra Guillermo O'Donnell (apud VIEIRA, 1988, p. 100), é profundamente autoritária.

Por derradeiro, a construção de uma sistemática voltada à justiça transicional exige que haja o preenchimento de determinadas etapas que se caracterizam como dimensões essenciais no aperfeiçoamento desse processo. A primeira dessas etapas seria a promoção de reparação das vítimas, que no Brasil trata-se do ponto mais avançado que se tem notícia da justiça transicional, posto que, os tribunais pátrios já vem reconhecendo na sua jurisprudência a reparação pelos danos morais causados pelo Estado durante o período ditatorial e, em relação aos danos materiais, a indenização está sendo realizada pela via administrativa, em decorrência da lei 10.559 de 2002, que possibilitou a reparação econômica mediante portaria do Ministro da Justiça, após parecer favorável da Comissão de Anistia.

A segunda etapa que se verifica, é o fornecimento da verdade e a construção da memória, que apesar de algumas medidas tomadas pelo Estado brasileiro, como a criação da Comissão de Anistia pela lei 9140/1995, e a criação da Comissão Nacional da Verdade pela lei 12.528 de 2011, ainda há muitas questões a serem resolvidas, tendo em vista que, dentre outras pendências, há uma necessidade de se rever processos de anistia dos agentes de repressão, divulgar os arquivos “secretos” da ditadura e superar a “verdade” construída pela história oficial mediante critérios que sejam hábeis no resgate da memória.

Além disso, é imprescindível que haja o restabelecimento das funções da justiça e o restabelecimento da igualdade perante a lei, que por sua vez somente se concretizarão mediante a reforma das instituições perpetradoras de violações contra os direitos humanos, que no caso brasileiro, se mostra ainda bastante frágil, uma vez que as instituições continuam a praticar abusos contra membros da sociedade civil, ao mesmo tempo em que são utilizadas como instrumento de manutenção do controle social.

Esses reflexos que perpetuam nas instituições sociais derivam da própria lógica autoritária construída na maior parte dos países latinos americanos, que em razão das rotineiras intervenções militares, estabeleceram um modelo em que, conforme ressalta José Ribas Vieira (1988, p. 70/71), o Estado de Exceção se transforma em regra, considerando que a interrupção de um processo democrático-burguês sempre foi uma constante presente na sociedade.

Diante desse contexto, o presente trabalho realiza uma análise sistemática sobre a construção do ordenamento jurídico brasileiro com base em um modelo de exploração social, ao mesmo tempo que expõe os motivos determinantes que levaram ao país em uma de suas crises mais profundas, que foi o regime militar. Além disso, demonstra também à importância de se discutir a lei de anistia, cujo debate se fortaleceu a partir do julgamento da ADPF 153. Por isso, a relevância desse julgado, que somente será devidamente compreendido, após serem analisados os fundamentos que decidiram pela sua improcedência, bem como o papel do Poder Judiciário nesse contexto.

Em relação aos fundamentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 153, verifica-se que se desconsiderou qualquer possibilidade de se fazer uma interpretação da lei de anistia em conformidade com o texto constitucional. Contudo, ao não buscar uma compreensão da lei 6.683/79 a partir de uma interpretação voltada à Constituição, o Supremo Tribunal Federal descaracterizou um dos principais critérios hermenêuticos derivado da rigidez constitucional que se apóia o sistema brasileiro, até porque, é por meio desse método interpretativo, conforme lembra Paulo Bonavides (2002, 474) que se tem o reconhecimento da hierarquia das normas provenientes da Constituição, bem como a manifestação do “caráter de unidade que a ordem jurídica necessariamente ostenta”.

Nesse diapasão, o método de interpretação conforme a Constituição, que foi requerido pela ADPF 153 em relação à lei de anistia, de acordo com o que continua a explicar Bonavides (2002, p.474), deriva da consideração de que não se deve interpretar isoladamente uma norma, uma vez que do conteúdo geral da Constituição procedem princípios elementares

ao ordenamento jurídico, bem como “decisões fundamentais do constituinte, que não podem ficar ignorados, cumprindo levá-los na devida conta do ensejo da operação interpretativa, de modo a fazer a regra que se vai interpretar adequada a esses princípios ou decisões” (BONAVIDES, 2002, p.474).

Da mesma maneira, não se deve ignorar, que as práticas realizadas pelos agentes de repressão não se tratam de crimes políticos e tampouco de crimes comuns conexos a estes. Desse modo, considerando que a lei 6.683/79, somente concedeu a anistia quem haviam praticados crimes dessa categoria, ou seja, crimes políticos ou conexos a estes, é inegável que a legislação ora em debate não pode abranger os agentes da ditadura, já que isso seria uma verdadeira idiossincrasia da maneira de se interpretar uma determinada regra jurídica no ordenamento vigente.

Nota-se, que o ordenamento jurídico brasileiro, segundo prevalece na doutrina e na jurisprudência, adotou o critério objetivista na definição de crimes políticos, que segundo Celso de Albuquerque Mello (1982, p. 629), se caracteriza como sendo “aquele perpetrado contra a ordem política estatal”. Em face dessa definição, não parece que os agentes que atuaram em prol do Estado estivessem cometendo atos em desfavor da autoridade estatal, até porque, eles eram a própria autoridade estatal. O que se verifica, portanto, é que os crimes cometidos foram realizados em detrimento da sociedade civil, que sofreu com inúmeros abusos que tão somente podem ser enquadrados na categoria de delitos comuns.

Além disso, diante a determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Gomes Lund, para que o Brasil instaure processos criminais contra os agentes da ditadura, o conflito entre o dualismo jurídico, que coloca em disputa o direito interno com o direito internacional, e o monismo jurídico, que reconhece a ordem jurídica como um todo, seja ela proveniente de leis internas ou internacionais, deve ser superado, tendo em vista que o entendimento que deve prevalecer é sempre o que for favorável aos direitos humanos.

Observa-se, que conforme será demonstrado no presente trabalho, à submissão do Supremo Tribunal Federal a decisão da Corte Interamericana, ao qual o Brasil faz parte, é imprescindível no entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos se aplicam diretamente na interpretação da lei de anistia. Nesse contexto, ainda que o Brasil na época da ditadura não fosse signatário de tais tratados, verifica-se que eles já estavam presentes no ordenamento internacional, e sendo normas de *jus cogens*, que são aquelas oriundas do costume internacional e se que encontram no ápice do sistema jurídico internacional, não poderiam ser desconsideradas, ainda que o Estado brasileiro não houvesse,

no momento em que ocorreram as práticas criminosas do governo fardado, formalmente aderido a essas regras.

Essencialmente, o imperativo de se aplicar as regras do direito internacional, é que os delitos praticados pela ditadura militar brasileira foram verdadeiros crimes contra a humanidade, e como tais, além de serem imprescritíveis, não podem deixar de serem punidos os seus responsáveis. A aplicação dos tratados internacionais ao presente caso torna-se ainda mais necessário quando se analisa que esses julgamentos exigem um padrão que sirva de referência todas as vezes que crimes contra a humanidade são praticados, até porque, isso evitaria a instauração de tribunais de exceção contra aqueles que violaram regras atinentes a dignidade humana. Ademais, como bem lembra Hannah Arendt (1999, p. 296), é a partir da proteção da lei internacional é que os povos do mundo poderiam se sentir razoavelmente seguros em relação a práticas de delitos contra a humanidade.

Em face de tal cenário, apesar do presente trabalho se posicionar, alicerçado nas concepções materialistas do Estado, no sentido de entender o direito como instrumento de dominação social, deve-se ressaltar que há uma necessidade pragmática de se rebater, pela via técnica institucional, a decisão da ADPF 153, uma vez que somente teria significado analisar as incoerências e os absurdos proferidos pelo referido julgado, demonstrando, além da lógica de natureza econômica que respalda o funcionamento dos órgãos estatais, que o Supremo Tribunal Federal viola as próprias disposições instituídas pela legalidade burguesa.

Perante esse aspecto, o presente trabalho foi desenvolvido com o intuito de expor o direito não como instrumento emancipatório para a resolução de conflitos sociais, mas sim como meio de perpetuação da classe burguesa no controle e domínio da sociedade. Entretanto, isso não quer dizer, que as questões de natureza jurídica que envolvem a decisão da ADPF 153 não serão consideradas, até porque, é de suma importância expor a fragilidade dos fundamentos utilizados pelos ministros do Supremo, que se posicionaram de forma contrária a revisão da interpretação da lei de anistia.

Todavia, outro ponto que deve ser considerado é que, sendo o direito um instrumento de dominação social, não parece que o Judiciário, cuja função principal é instrumentalizar no caso concreto as normas jurídicas, seja a via mais adequada para resolver os dilemas que envolvem a anistia dos agentes da repressão durante a ditadura militar. Isso porque, trata-se de uma discussão que deve envolver toda a sociedade incluindo-se os chamados atores coletivos, representados pelos movimentos sociais.

A necessidade de se analisar a lei 6.683/79, além do Judiciário, fica ainda mais evidente quando se verifica a falta de legitimidade representativa no que tange as decisões

referentes a essas demandas, já que não se pode resumir a lei de anistia a apenas a um debate técnico sem considerar os pontos relativos ao caráter político e social que envolvem a discussão. Verifica-se também, que no caso brasileiro, o Judiciário não é composto por membros que ocupam cargos eletivos, o que prejudica ainda mais a sua representatividade junto a essas questões. Diante disso, não se poderia jamais, conforme tentou se fazer no julgamento da ADPF 153, encerrar o debate sobre a revisão da lei de anistia apenas na esfera dos tribunais, pois tal fato seria um verdadeiro atentado a democracia, tendo em vista que restringiria uma contenda que envolve todos os setores da sociedade a tão somente a um grupo de juízes, cuja capacidade técnica não abrange uma compreensão mais ampla sobre o problema.

Nesse aspecto, a participação dos movimentos populares bem como de outros entes mais representativos torna-se fundamental, mesmo porque, a própria condição humana, como bem ressalta Arendt (2010, p.8) deve corresponder à pluralidade, posto que, em suas palavras “os homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo”⁴.

Não se pode deixar de destacar, que permitir que tais mudanças sejam construídas somente por instituições como o Judiciário que sempre estiveram alinhadas com os interesses das elites, é impedir que haja qualquer tipo de transformação profunda em relação às heranças da ditadura militar.

A própria falta de uma densidade ideológica, dos grupos dominantes e por consequência do Judiciário, voltada aos interesses populares, abre oportunidades para a construção de vias alternativas ao sistema jurídico, com o objetivo de acomodar, em termos práticos, os ideais emancipatórios e as reivindicações oriundas dos movimentos sociais, que atuam como atores coletivos, neste novo cenário de reconhecimento de direitos. Por esse motivo, a lei de anistia somente poderá ser devidamente revisada, mediante a ampla participação dos mais variados grupos sociais, que possam estabelecer medidas sem contrariar as disposições democráticas, mas que sejam hábeis para a propositura de processos e o estabelecimento de punições aos agentes da ditadura.

Diante o exposto, o presente trabalho tem como objetivo geral demonstrar que a construção de uma transição sem rompimento definitivo com o sistema ditatorial no Brasil durante o retorno do governo civil ao poder na década de 1980, teve como intuito a manutenção dos grupos dominantes no poder, bem como dos privilégios usufruídos por uma

⁴Na visão de Hannah Arendt (2010, p. 26) “nenhuma vida humana, nem mesmo a vida do eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunhe a presença de outros seres humanos. Todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos, mas a ação é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens”.

elite autoritária que historicamente determinou os rumos das políticas adotadas em relação à sociedade brasileira.

Pretende-se também analisar as dimensões políticas da Justiça de Transição a partir dos fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, que julgou improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que teve como intuito declarar, à luz dos princípios, direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, que a anistia concedida pela lei 6.683/79 aos crimes políticos ou conexos, não se estendem aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão contra opositores políticos, durante o regime militar no período de 1964 a 1985.

Para isso, é imprescindível expor a necessidade de se reforçar a atividade e pesquisa relativa à justiça transicional, com vista à construção de uma sociedade democrática e pacífica e identificar as argumentações jurídicas favoráveis ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal que julgou improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Incidental nº 153, para que seja possível, a partir da adoção de uma metodologia hipotético-dedutiva, refutar tais fundamentações, expondo o falseamento do conteúdo da decisão.

Naturalmente, é imperioso demonstrar a incompatibilidade dos fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal, no que tange o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Incidental nº 153, com o regime democrático, bem como com os princípios, direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição de 1988, sendo necessário ainda verificar a imprescritibilidade dos crimes praticados pelos agentes estatais durante o regime militar, por terem violados preceitos básicos dos fundamentos relativos aos Direitos Humanos.

Por conseguinte, tal estudo visa à reflexão a respeito da necessidade de se rever a lei de anistia, uma vez que a sua extensão aos agentes que praticaram inúmeros crimes contra os opositores do regime militar é uma clara violação aos princípios, direitos e garantias fundamentais previstos, explícitos e implicitamente, na Constituição Federal de 1.988. Diante de tal fato, pretende-se que se abra uma discussão em relação ao tema, com a proposta de se debater de forma ampla e em conjunto com a sociedade, a irrefutável necessidade de se processar e punir todos aqueles que contribuíram com um regime, que torturou, estuprou e matou milhares de pessoas. Portanto, almeja-se com o levantamento da mencionada controvérsia, resgatar a memória do país, bem como expor a necessidade da revisão da lei de

anistia, como forma de apazigar os traumas herdados por um período, cujas tragédias, provocadas por representantes do Estado, não devem mais se repetir.

1 A DITADURA MILITAR NO BRASIL E AS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS DECORRENTES DA REPRESSÃO POLÍTICA.

1.1 As crises institucionais e as transições de sistemas político-jurídicos no Brasil na manutenção dos grupos dominantes de poder.

Desde a declaração da independência, o Brasil é marcado por momentos de transições políticas e institucionais, que se caracterizaram por não romper definitivamente com o sistema anteriormente imposto, de modo a preservar a mesma estrutura social, na qual grupos representados pela elite dominante se perpetuam no poder, com o fim de manter as graves disparidades existentes e a exclusão da maior parte da população nas transformações necessárias à consolidação do regime democrático.

O modelo conservador baseado em um autoritarismo burocrático, que serviu de fundamento na construção do Estado brasileiro, expõe as amarras existentes no ordenamento jurídico pátrio que, historicamente, nos momentos de transição de regimes autoritários para regimes constitucionais democráticos, ampliam determinadas previsões legais, que estejam em consonância com o sistema econômico vigente, mas não progridem em determinados direitos necessários à consolidação de uma nova ordem jurídica e institucional⁵.

De acordo com Paulo Sérgio Pinheiro (1997, p 47):

O problema é que instalar um governo civil eleito democraticamente não necessariamente significa que as instituições do Estado irão operar democraticamente. Guilhermo O'Donnell refere-se a essa passagem como a “primeira transição” – sair de um regime autoritário para um governo eleito – e a “segunda transição” como a institucionalização das práticas democráticas em todos os níveis do Estado. Em muitos países pós-ditaduras que não têm uma longa tradição democrática, a “segunda transição” ficou imobilizada por inúmeros legados do passado autoritário.

Na verdade, no Brasil, mesmo após o processo de independência, o que se estabeleceu foram regimes totalitários e autoritários⁶, uma vez que os raros momentos de

⁵Somente para ilustrar melhor essa realidade, podem-se citar diversos momentos históricos, como por exemplo, a proclamação da república em 1891, que na verdade, não permitiu que houvesse um rompimento em relação à monarquia com a finalidade de se construir uma nova base social, alicerçada nas concepções de um Estado liberal, mas sim, uma retaliação à abolição da escravatura, que trouxe inúmeros prejuízos econômicos para boa parte da elite nacional. É o que, inclusive, expõe Joaquim Nabuco (1891, p.07), que embora fosse monarquista, explica que a proclamação da república, maculada por graves casos de corrupção, nada mais foi do que “um dos mais viciosos cruzamentos de que a história faça menção, o da Escravidão com o Pretorianismo”, posto que embora abolida, aquela se manteve na prática durante o período republicano, por muitos anos.

⁶O autoritarismo se apresenta como uma versão atenuada do totalitarismo, de maneira que se diferenciam, pois enquanto os “sistemas totalitários dão importância à mobilização e a participação dos cidadãos, os sistemas autoritários tentam manter o cidadão em um estado de obediência passiva. Os governantes autoritários ficam satisfeitos quando os cidadãos permanecem apáticos e não se opõem ao governo. Já a ideologia política oficial nos sistemas totalitários é ‘total’ – afeta todos os aspectos da vida social, econômica, política, religiosa, familiar, etc. O objetivo é criar ‘novos’ homens e mulheres. Os sistemas autoritários, por outro lado, não possuem tal

democracia não foram instituídos de forma plena, seja em razão da limitação de liberdades políticas, seja pela própria exclusão social que obstruiu a participação do povo nas decisões mais importantes do Estado brasileiro.

Tal fato decorre da própria formação político-institucional brasileira, em que, como muito bem demonstra Wolkmer (2003, p.148) se constituiu “sobre a escravidão e sobre o latifúndio”, de maneira em que a evolução política “do descobrimento à república, foi marcada pela herança de uma administração elitista e centralizadora”, o que por sua vez, até mesmo por influência da colonização portuguesa, “determinou a formação, no Brasil, de um Estado oligárquico e intervencionista”, com um forte desenvolvimento de uma consciência “patrimonialista, burocrático, estamental e essencialmente autoritário”.

Ainda segundo Pinheiro (1997, p 47):

Essa continuidade sugere que os regimes autoritários do passado e os novos governos civis democraticamente eleitos são expressões diferenciadas de um mesmo sistema de dominação da mesma elite. A democratização política não ataca as raízes das formas sociais de autoritarismo, ou “o autoritarismo socialmente implantado”. As práticas autoritárias profundamente enraizadas nas novas democracias permeiam tanto a política como a sociedade.

É também o que, inclusive, leciona Alysson Leandro Mascaro (2008, p. 165):

As transformações da legalidade até o momento da redemocratização acompanharam peculiarmente o ritmo do desenvolvimento do capitalismo brasileiro, posto que abrem margem a uma crescente consolidação dos instrumentos legais necessários ao capitalismo industrial de capital interno e internacional, mas não abrem margem a todas as conquistas típicas das burguesias avançadas no que diz respeito aos direitos políticos e à cidadania.

Neste contexto, o desenvolvimento da composição política brasileira somada à formação social de caráter patrimonialista e escravocrata, fez com o que o próprio direito fosse utilizado para justificar, em inúmeras ocasiões, a manutenção de uma sociedade de classes, alicerçada em regimes totalitários e autoritários, de modo em que a estrutura sócio econômica fosse empregada para atender os interesses dos grupos dominantes.

A combinação de uma falta de controle democrático sobre as classes dominantes e a negação dos direitos para os mais pobres reforça as diferenças sociais hierárquicas, fazendo com que os direitos e o império da lei sejam pouco mais que uma cortina de fumaça para uma terrível dominação. A consequência é que apenas as classes médias e altas conseguem usufruir do efetivo controle que a democracia exerce sobre os meios de violência nas interações sociais da vida cotidiana. Para a maioria de pobres e destituídos, o poder intocável continua a ser a face mais visível do Estado (PINHEIRO, 1997, p. 47).

Do mesmo modo, a construção de modelos tradicionalmente enraizados em fontes conservadoras contribuiu para a sinalização de práticas reacionárias e autoritárias derivadas da própria sociedade, isto é, construiu-se aquilo que Marilena Chauí (1997, p. 435/436) denomina de “autoritarismo social”, cuja característica básica está no fato de se tratar de uma sociedade que “é autoritária porque é hierárquica, pois divide as pessoas, em qualquer circunstância, em inferiores, que devem obedecer, e superiores, que devem mandar”⁷.

Por seu turno, a polarização da sociedade, “entre a carência e o privilégio, não consegue ser democrática, pois não encontra meios para isso” e, desta maneira, este “conjunto de determinações sociais manifesta-se na esfera política”, de forma em que no “lugar da democracia, temos instituições vinda delas, mas operando de modo autoritário” (CHAUÍ, 1997, p. 436).

Essa realidade pode ser observada desde a Monarquia, passando pela República Velha, pela ditadura getulista e pela ditadura militar decorrente do golpe de 1964, até o processo de redemocratização na década de 80 do século passado, posto que as transições dos sistemas político-jurídicos brasileiros, não conseguiram cessar de forma definitiva as profundas contradições presentes no meio social.

Em face de tal cenário, o que se percebe é que a lógica dos períodos de transições políticas e institucionais no Brasil nunca foi de rompimento efetivo com a ordem jurídica anterior, mas sim de instauração de novas formas e sistemas de governo que não interferissem nas questões de classe. Pode-se dizer que os períodos transicionais refletiram a formação capitalista do Estado brasileiro que se deu a partir de uma elite aristocrática e oligárquica, que sempre buscou a manutenção de seu “*status quo*”, por meio da implementação de regimes autoritários ou totalitários, ou mesmo por governos que, ainda que considerados democráticos, atendessem suas demandas⁸. Diante disso explica Wolkmer (2006, p. 40/41):

⁷“O autoritarismo social e as desigualdades econômicas fazem com que a sociedade brasileira esteja polarizada entre as carências das camadas populares e os interesses das classes abastadas e dominantes, sem conseguir ultrapassar carências e interesses e alcançar a esfera dos direitos. Os interesses, porque não se transformam em direitos, tornam-se privilégios de alguns, de sorte que a polarização social se efetua entre os despossuídos (os carentes) e os privilegiados. Estes, porque são portadores dos conhecimentos técnicos e científicos, são os “competentes”, cabendo-lhes a direção da sociedade” (CHAUÍ, 1997, p.436).

⁸Como bem demonstra Wolkmer (2006, p. 41) “não se pode negar que essas duas concepções, a “econômica” e a “política”, são extremamente importantes e não podem ser deixadas de lado quando se busca, com seriedade, encontrar raízes da formação social e política brasileira. Por compreender que o reducionismo, isoladamente, não consegue explicitar integralmente o fenômeno histórico e contraditório de nossa organização institucional, impõe-se examinar suas tipicidades dentro de uma perspectiva mais abrangente”.

A aliança do poder aristocrático da Coroa com as elites agrárias locais permitiu construir um modelo de Estado que defenderia sempre, mesmo depois da independência, os intentos de segmentos sociais donos da propriedade e dos meios de produção. Naturalmente, o aparecimento do Estado não foi resultante do amadurecimento histórico-político de uma Nação unida ou de uma sociedade consciente, mas de imposição da vontade do Império colonizador. Instaura-se, assim, a tradição de um intervencionismo estatal no âmbito das instituições sociais e na dinâmica do desenvolvimento econômico. Tal referencial aproxima-se do modelo de Estado absolutista europeu, ou seja, no Brasil, o Capitalismo se desenvolveria sem o capital como produto e recriação da acumulação exercida pelo próprio Estado. É dessas constatações que se pode auferir a confluência paradoxal, de uma lado, da herança colonial burocrática e patrimonialista, de outro, de uma estrutura sócio-econômica que serviu e sempre foi utilizada, não em função de toda a sociedade ou de maioria de sua população, mas no interesse exclusivo dos “donos do poder”.

Tal constatação se agrava quando se observa, que no Brasil, assim como ocorreu em outros países, o capitalismo foi o responsável por moldar a realidade estatal, de maneira em que a “comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente” (FAORO, 2008, p.819)⁹.

Ao que tudo indica, os processos de transição ocorridos no Brasil nada mais foram do que a manifesta propensão mundial de alteração das formas de dominação social, em que o poder tirânico passa a ser substituído por “tendências totalitárias” que “apóiam-se na própria sociedade civil” e “desenvolvem-se a partir de redes e centros de poder complexos ligados uns aos outros.” (HIRSCH, 2010, p. 260)¹⁰.

Neste sentido, em decorrência da imposição do poder econômico, torna-se desnecessária a imposição de governos totalitários, na medida em que a democracia é minada

⁹De acordo com Faoro (2008, p.819) “dessa realidade se projeta um florescimento natural, a forma de poder institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi”.

¹⁰Ressalta Joachim Hirsch (2010, p. 260/261), que a partir da indústria midiática e de comunicação, ao correlacionado pensamento único e o tratamento economicista da questão social, se tem a corroboração do conceito de totalitarismo. Hirsch citando George Orwell adverte que os “conceitos centrais do discurso político se convertem em seu contrário. Por exemplo, os ‘direitos humanos’ se tornam interesse econômico, a ‘garantia da paz’ se torna guerra, ‘a liberdade’ se converte em vigilância, o ‘crescimento’ em aumento da miséria, ou, a ‘reforma’ em destruição [...]. Já antes, Hannah Arendt (apud Hirsch, 2010, p.260) ‘assinalara que “o extraordinário perigo do domínio total para o futuro da humanidade consiste menos no fato de ele ser tirânico e não tolerar a liberdade política, mas no ... empenho de retirar as possibilidades do acontecimento na política, colocando em nossas mãos processos automáticos, dos quais estamos cercados”. Surpreendentemente, isso se revela como uma consideração clarividente. Na realidade, os “acontecimentos” são produzidos permanentemente, mas como encenações de um negócio do show político para ofuscar as questões e os problemas relevantes. Surge assim, em certa medida, um ‘totalitarismo do meio’ (Ziebura), que aparece como inteiramente aceitável para todo aquele que tem a “consciência feliz” da unidimensionalidade social (Marcuse) das relações vigentes. Ao contrário, o desvio e o protesto aparecem como manifestações separadas e isoladas, e o comportamento democrático assume o caráter de dissidência política”.

pela própria hegemonia construída¹¹, de modo a propiciar a chamada “sociedade auto-disciplinada e de controle” (HIRSCH, 2010, p. 256)¹².

Em conjunto com a formação de uma sociedade hegemônica, com base nos valores burgueses, tem se a imposição de métodos disciplinares, de maneira em que os interesses das classes dominantes sejam mantidos a partir da vigilância dos cidadãos, sem que estes percebam o falseamento construído por instituições pseudo democráticas.

É justamente nesse sentido que Foucault (2011, p 204) elabora sua argumentação em torno do surgimento de uma “sociedade disciplinar”:

Não que a modalidade disciplinar de poder tenha substituído todas as outras; mas porque ela se infiltrou no meio das outras, desqualificando-as às vezes, mas servindo-lhes de intermediária, ligando-as entre si, prolongando-as, e principalmente permitindo conduzir os efeitos de poder até os elementos mais tênues e mais longínquos. Ela assegura uma distribuição infinitesimal das relações de poder.

É o que se vislumbra na construção da democracia no Brasil a partir da década de 1980, que embora tenha rompido com o autoritarismo excessivo imposto pela ditadura militar, instituiu um novo modelo, que também manteve um caráter opressor, a partir da construção de uma sociedade, cuja hegemonia valorativa é imposta pelos grupos que detêm o poder político e econômico ao mesmo tempo em que se estabelece um aparato de vigilância para disciplinar todos aqueles que se contrapõem ao sistema.

Cabe ressaltar que o atual processo de democratização do Estado brasileiro, em razão dos interesses dominantes, visou proteger e manter nas esferas de poder, todos que, direta ou indiretamente, haviam se beneficiado do regime ditatorial. Dessa forma, com o apoio de grande parte da classe política, constrói-se um modelo alicerçado em uma estrutura governamental baseada no autoritarismo, que, como bem lembra Faoro (2008, p.829), se “satisfaz com o controle político do Estado sem pretender dominar a totalidade da vida socioeconômica da comunidade, ou determinar sua atitude espiritual de acordo com sua imagem”.

¹¹Sobre a hegemonia gramsciana: “No contexto da hegemonia, o Estado, além da sua função repressora, necessita se estruturar também como um educador da sociedade, buscando ganhar os explorados para a concordância em relação aos valores dos exploradores. O direito, para Gramsci, é um elemento decisivo nessa busca estatal por consolidar a hegemonia. No pensamento gramsciano, o direito é, ao mesmo tempo que a repressão e a negatividade do Estado, também um elemento positivo, de ‘premiação’ dos que se enquadram nos valores hegemônicos. A “opinião pública” é o padrão a ser chamado a balizar o enquadramento dos indivíduos sob o direito” (MASCARO, 2010, p. 485).

¹²Na esteira das concepções gramscianas, a construção da hegemonia utiliza-se, ainda que de forma não escrita, de uma técnica gramatical normativa, que se manifesta no controle recíproco, no ensinamento recíproco e na censura recíproca. Neste sentido o esboço da gramática normativa opera-se espontaneamente em toda a sociedade, a fim de criar um conformismo lingüístico unitário que estabelece num plano mais elevado o “individualismo expressivo” (GRAMSCI, 2002, p.142/143). Diante disso se tem a constituição de um comportamento comum, que se unifica como cultura, de maneira que, conforme exemplifica Gramsci (2002,p.143), “as classes subalternas buscam falar como as classes dominantes e os intelectuais”.

Diante disso, constituiu-se o que Faoro (2008, p.829) denominou de “constitucionalismo nominal”, na medida em que a lógica do regime autoritário é que, diferentemente do totalitarismo, possui uma capacidade de conviver com a “vestimenta constitucional”, podendo-se operar “sem que o povo perceba seu caráter ditatorial”, pois só emerge perante os conflitos e tensões oriundos de determinados grupos sociais. Em suma, “a soberania popular não existe, senão como farsa, escamoteação ou engodo” (FAORO, 2008, p.829).

Apesar da Constituição de 1988, ter representado avanços, no que tange às suas previsões, não repetindo determinados problemas que foram verificados em outras cartas constitucionais, como a de 1946¹³, deve-se frisar que o processo de redemocratização foi marcado por inúmeras polêmicas, sendo que uma das mais relevantes trata-se da lei 6683/79, que concedeu a anistia a todos agentes estatais que praticaram condutas delituosas contra presos políticos, durante a ditadura militar.

O Brasil, que durante mais de vinte anos havia vivido sobre um regime extremamente opressor e que violou de forma trágica os direitos relativos à dignidade humana, ao agir com forte desrespeito aos direitos e garantias fundamentais, não atuou no sentido de tomar providências que viessem a responsabilizar e punir de forma adequada àqueles que participaram ativamente do regime.

Esse fato demonstra as inúmeras deficiências que ainda estão expostas na democratização do país, que, apesar de ter suprido um regime manifestamente autoritário manteve o viés opressor no exercício da condução estatal, até mesmo porque, nesse caso em específico, a transição se deu mediante uma intensa limitação da atuação do Poder Constituinte, na medida em que não houve uma participação popular direta na formação do texto constitucional, uma vez que a Carta Magna de 1988 foi discutida e votada a partir de um poder constituído, qual seja, o Congresso Nacional, que não tinha sido eleito com a finalidade específica de elaborar uma nova Constituição¹⁴.

¹³Nas explicações de José Afonso da Silva (2002, p.85), a Carta Constitucional de 1946, “serviu-se para sua formação, das Constituições de 1891 e 1934. Voltou-se, assim, às fontes formais do passado, que nem sempre estiveram conformes com a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal. Talvez isso explique o fato de não ter conseguido realizar-se plenamente”.

¹⁴Como lembra Weffort (1996, p. 21/22) a “ordem política inaugurada no Brasil em 1988-89 reflete um processo de transição no qual essas duas dimensões da democratização tiveram um crescimento extremamente desigual. O aumento da liberalização (do direito à informação e à expressão) foi muito maior do que o da participação – isto é, da capacidade do povo de influenciar o governo e suas políticas, seja por eleições, seja por outros meios democráticos. Este desequilíbrio entre liberalização e participação é óbvio para qualquer observador. Trata-se de um aspecto crucial da transição brasileira, desde a ‘política de distensão’ do governo Geisel (1974-78), passando pela “abertura” do governo Figueiredo (1978-84), até a ‘Nova República’ (1984-89)”. Segundo continua a expor

É o que elucida Raymundo Faoro (1985, p.4) em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo em 31 de dezembro de 1985:

Transição é um movimento para alguma coisa: parte do regime autoritário e leva a um porto, sem que o desembarque se dê de forma única. Os aliados táticos da mudança, os que detêm o sabre e o dinheiro, querem construir o seu ancoradouro. Outras forças, as que se empenham em recuperar, na democracia política, a democracia substantiva, necessariamente projetam outro tipo de navegação. A essência do processo está no alvo, não na jornada. Mas, a jornada muda o alvo, diante da interdependência do jogo. A transição freia ou acelera o fim, o objetivo, de acordo com sua natureza.

No momento em que a transição se condicionou ao poder constituído, dentro do Congresso Nacional, sem alterar em nada a estrutura que lhe conferiu o autoritarismo, fez-se uma opção de largas e profundas consequências. Aceitou-se, com reverência às instituições existentes, a democracia política, com todos seus compromissos e transações, os tácitos e os explícitos. Aludem esses mecanismos a travas que medem e moderam as reformas sociais, de acordo com o poder de voto dos sócios, que, para não perderem os anéis, conservaram os dedos, sem esquecer o preço das jóias preciosas, provisoriamente arredadas.

Já em relação ao aspecto econômico, pode-se concluir que a Constituição de 1988 também manteve a mesma estrutura construída no decorrer do regime militar, inclusive no que se refere à forma de gerenciamento do Estado, conforme pode ser observado na exposição de Paulo Eduardo Arantes (2010, p.221):

Do Banco Central ao Código Tributário, passando pela reforma administrativa de 1967, a Constituição de 1988 incorporou todo o aparelho estatal estruturado sob a ditadura. É preciso voltar a lembrar também que o discurso da ditadura era o da ortodoxia econômica, que o mesmo Estado delinquente, cujos agentes executaram uma política de matança seletiva, se declarava, nas constituições outorgadas, meramente subsidiário da iniciativa privada, e que assim sendo as estatais deveriam operar não só com a eficiência das empresas privadas mas também com total autonomia em relação ao governo “oficial”, mas não em relação ao sorvedouro dos negócios privados. Vem da ditadura a consagração da lógica empresarial como prática administrativa do setor público. A única inovação da celebrada reforma gerencial do Estado foi “trazer como novidade” o que já estava previsto na legislação brasileira desde 1967. Até as agências reguladoras – cuja captura é perseguida por todo tipo de formações econômicas literalmente fora da lei, numa hora de flexibilização jurídico-administrativa totalmente *ad hoc*, que vem a ser lógica mesma da exceção – podem ser surpreendidas em seu nascedouro, o Decreto-Lei 200/1967, editado com base nos poderes excepcionais conferido pelo Ato Institucional nº4.

Portanto, verifica-se que as crises institucionais e os sistemas transicionais não permitiram uma mudança nas profundas contradições que estão presentes na sociedade brasileira e, isso, decorre da própria incapacidade daqueles que estão à frente destes processos de trazerem modificações na estrutura social existente, até mesmo porque, há uma tendência de se excluir as demandas populares para que se tenha a prevalência dos interesses dominantes. Essa realidade, por sua vez, evidencia uma verdadeira crise no funcionamento

Weffort (1996, p.22) embora às pressões não tenham sido inexistente ao longo do processo transicional, não desempenharam um “papel significativo”, até porque “não houve o colapso do governo militar, e sim uma transição com notável continuidade”.

estatal, que, inegavelmente, compromete de forma bastante significativa à própria atuação do direito e da legalidade em prol dos grupos marginalizados.

Desde a idéia da concepção de um Estado positivista com base na ordem e no progresso¹⁵, conforme estampado na bandeira nacional, até a promulgação da Constituição de 1988, o direito no Brasil se reflete como sintoma da estrutura capitalista, na medida em que, historicamente é utilizado por meio dos três poderes e em especial do Poder Judiciário, como instrumento de defesa da propriedade privada e dos mecanismos causadores das desigualdades existentes¹⁶.

Em consequência disso, conforme expõe Mascaro (2010, p.307), ao citar Friedrich Engels, a “lógica do direito acompanha a lógica do capital, intimamente vinculada às relações mercantis, que tornam o trabalhador um sujeito de direito”. Destarte, a “lógica mercantil, sendo correlata a lógica jurídica, faz com que a burguesia encontre no direito o seu apoio mais importante no plano político” (MASCARO, 2010, p.307).

Poderia se dizer, que na realidade brasileira, falar em direito e ideologia seria “tautológico”, visto que, de acordo com o que explica Roberto Aguiar (1990, p.70) o direito seria “a ideologia que sanciona, é a linguagem normativa que instrumentaliza a ideologia do legislador ou a amolda às pressões contrárias, a fim de que sobreviva”. Por essa razão, o direito, como continua a explicar Aguiar (1990, p. 80), seria a “tradução ideológica do poder”, pois “estabelece os princípios, delimita as condutas, defende atitudes e ‘ofende’ a outras por meio da sanção”¹⁷.

¹⁵ A construção orgânica de uma sociedade baseada na ordem e no progresso pode ser verificada a partir do discurso positivista de Auguste Comte (1990, p.115) que demonstra que os conflitos existentes na Assembléia Nacional durante a Revolução Francesa, em decorrência da divisão republicana “entre os partidários da fórmula revolucionária” e “os defensores da divisa provisória” conduziria, de maneira natural, a unânime consagração da divisa da Ordem e do Progresso da Sociedade Positivista, que, segundo o pensador, “corresponde certamente ao verdadeiro caráter do futuro social, por anunciar a conciliação fundamental, a um só tempo política e filosófica, das duas necessidades gerais da humanidade”.

¹⁶ Esta visão vai ao encontro às análises marxianas, que vinculam o capitalismo e o direito, de modo que, o aparato jurídico, na verdade, se trata da sustentação de toda a lógica de exploração econômica empreendida pela classe burguesa. Para Marx (2008, p. 109) o “conteúdo da relação jurídica ou de vontade é dado pela própria relação econômica”, e em razão disso, conclui ele que “as condições lógicas, sociais e históricas que viram nascer o mercado como categoria socializadora central da sociedade capitalista são as mesmas que viram nascer o sujeito de direito” (MARX, 2008, p.206). Diante disso, como bem ressalta Márcio Bilharinho Naves (apud MASCARO, 2010, p. 297) “Marx mostra que as categorias da liberdade e da igualdade e a forma-sujeito (universal) emergem apenas do momento histórico da constituição da sociedade mercantil-capitalista que, por se fundar no trabalho assalariado, necessita romper com as formas de dependência pessoal do feudalismo. O homem ter que ser livre para poder vender a sua força de trabalho no mercado, por meio de um contrato, portanto, sem que seja submetido a quaisquer modalidades de coerção ou de perturbação de sua vontade, e em condições de igualdade diante do comprador. Dotado da capacidade jurídica, o homem se transfigura em sujeito de direito, tornando-se apto a negociar a única mercadoria de que é proprietário, a sua força de trabalho”.

¹⁷ Segundo Aguiar (1990, p. 80/81) o direito é fruto de um “regime” político, de um “governo”, que não são formados por seres abstratos e separados do mundo, mas seres que pertencem a grupos e classes sociais e que pensam em conformidade com esses grupos, em virtude deles terem se instituídos a partir de posições que

Do mesmo modo, Aguiar (1990, p. 35) ressalta que o ordenamento jurídico tem seu funcionamento estabelecido de forma sábia, haja vista que comprehende sua lógica voltada a “conceder no periférico e manter no essencial”, pois “se o poder ceder no essencial ele não será mais poder e as regras dele emanadas não serão mais direito”, tendo se em vista que “o recuo no fundamental significa a mudança do ordenamento oriunda da perda do poder político e de sua substituição por outro grupo, justamente o que forçou a queda de um pressuposto substancial do sistema legal”.

Neste diapasão, no sistema jurídico estatal, como oportunamente assevera Débora Pastana (2009, p. 131) “criam-se mecanismos simbólicos, nos quais a letra da lei supera a fala, de sorte que a manutenção dos privilégios se estabelece graças à crença interna de que, ao menos, obedeceu-se a um ritual preestabelecido, encenação necessária a fim de encobrir os interesses particulares de seus executores”.

Logo, se tem a constituição da legalidade estatal, a partir do crédulo do Estado de Direito, que, conforme afirma Chauí (1981, p. 90), cumpre o papel “de fazer com que a dominação não seja tida como uma violência, mas como legal, e por ser legal e não violenta deve ser aceita”, ou seja, “a lei é direito para o dominante e dever para o dominado”.

Esta concepção se construiu em decorrência da própria formação liberal contratualista que, com base no racionalismo do século XVIII, e das idéias iluministas que norteavam na época uma nova visão de sociedade, estabeleceu a partir do jusnaturalismo, fundamentos do tipo subjetivo formal, no sentido de organizar a validade dos preceitos jurídico-institucionais, alicerçada na razão humana (DINIZ, 2009, p.38).

Notadamente, a construção teórica de um direito, que na prática não cumpre sua finalidade social e que se desenvolve na própria racionalização do ordenamento jurídico, trata-se de acontecimento essencial na consolidação das sociedades burguesas, que mediante uma percepção formal do fenômeno jurídico, cria-se a idéia de que sendo expressão do poder público, seria ele o responsável pela sua sistematização e coerência.

Contudo, principalmente no que tange a coerência, não é o que se verifica no caso concreto, tendo em vista que, em vez de defender a dignidade humana, o que se tem é a proteção da propriedade e dos interesses do capital, cujas bases constituem a legalidade e concomitantemente cria-se a falsa noção de uma universalidade em relação ao legalismo

ocupam na produtividade material. Esse “regime” nada mais é que o poder localizado, cuja forma mais requintada, se mostra por intermédio do Estado. Assim, o grupo ou grupos dirigem um dado “regime político”, e este regime nada mais é do que uma explicitação situada do poder, este poder, modernamente, se apresenta por intermédio do Estado e o Estado para se manter enquanto aparelho de controle de um povo ou povos, detido pelos citados grupos, e dita normas que traduzem a ideologia do poder tornando-as ativas e seletivas, por meio de um dever-ser sancionador que regula, controla e promove condutas.

imposto pelo Estado, que na verdade, tem como “pano de fundo” a manutenção das diferenças sociais e a imposição da vontade burguesa sobre os interesses populares¹⁸.

Outra não é a posição de Mascaro (2008, p.18):

[...] capitalismo é legalidade, como parece ficar claro historicamente, mas também que legalidade é capitalismo, tendo em vista que a compreensão de uma instância técnica apartada e aparentemente alheada das reais contradições só encontra sua razão de ser na histórica cínica da exploração. A legalidade, como falsa universalidade, só pode ser uma instância que comece no capitalismo, mas que não ecoe, nos termos de sua alienação institucional da realidade, numa sociedade cuja verdade social seja de fato universal [...] a falsa universalidade da legalidade – que certas vezes se mascara em momentos históricos nos quais aparentemente as instâncias político-jurídicas promovem concordias social-democratas – se revela cabalmente quando o seu próprio formalismo – única universalidade, no fundo que poderia se sustentar, a meramente formal – se rompe por causa da dinâmica de reprodução econômica exacerbada, como no caso do capitalismo contemporâneo.

Desde a antiguidade, já se anunciavam que a origem da ordem estatal tinha como finalidade garantir e proteger a propriedade¹⁹ e, neste contexto, o que se segue é a ordem do capital, visto que conforme já havia sido profetizado por Max Weber (apud HIRSCH, 2010, p. 78), “o Estado nacional fechado é o que garante ao capitalismo a chance da continuidade”.

Em face disso, considerando-se que o Estado moderno surge em decorrência ao atendimento aos interesses burgueses²⁰, com o intuito de se estabelecer uma nova forma de vínculo social a partir das relações formadas em razão do mercado e do consumo, a legalidade estatal se origina no mesmo sentido, de forma em que instrumentaliza o poder opressor, contra aqueles que venham a se posicionar contrariamente a estrutura econômica imposta.

¹⁸Sobre esta perspectiva, com base na teoria materialista, verifica-se, pela própria análise da origem do Estado, que sua finalidade estaria na proteção dos interesses burgueses e consequentemente da propriedade. Interessante observar, que tal concepção está de acordo com a posição que defende a origem do Estado a partir de causas econômicas ou patrimoniais. Além dessa posição existem outras, como as que defendem a formação natural ou espontânea do Estado;a formação contratual; a formação a partir da origem familiar ou patriarcal; a formação que se origina em atos de força, de violência ou conquista; e a formação com base no desenvolvimento interno da sociedade – para uma análise mais detalhada sobre a formação do Estado , confira Dallari (1998, p.54/56). Confira também sobre o assunto Jellinek (2000, p.208 e et. seq.).

¹⁹De acordo com Jellinek (2000, p.208/209): “La concepción de que el orden de la propiedad precede temporal, o al menos lógicamente, al orden del Estado, no fue extraña a la Antigüedad. Se encuentra indicada en el libro II de la República de Platón, donde los orígenes del Estado son atribuidos a la unión de distintas profesiones económicas y a la necesaria agrupación de las distintas ocupaciones humanas a causa de nuestras propias necesidades. De una manera completamente clara, dice Cicerón que el motivo de la formación del Estado se encuentra en la protección de la propiedad”.

²⁰A posição quanto à origem estatal adotada a partir da metodologia materialista, pode ser observada pela narrativa de Friedrich Engels (apud DALLARI,1998, p.55/56): “Faltava apenas uma coisa: uma instituição que não só assegurasse as novas riquezas individuais contra as tradições comunistas da constituição gentilica, que não só consagrassse a propriedade privada, antes tão pouco estimada, e fizesse dessa consagração santificadora o objetivo mais elevado da comunidade humana, mas também imprimisse o selo geral do reconhecimento da sociedade às novas formas de aquisição da propriedade, que se desenvolviam uma sobre as outras – a acumulação, portanto, cada vez mais acelerada de riquezas: uma instituição que, em uma palavra, não só perpetuasse a nascente divisão da sociedade em classes, mas também o direito de a classe possuidora explorar a não-possuidora e o domínio da primeira sobre a segunda. E essa instituição nasceu. Inventou-se o Estado”.

Todavia, vale lembrar, que a estrutura burocrática estatal constitui a legalidade, visando sempre o controle social, sem que para isso atue mediante violência desnecessária capaz de desestabilizar e de desacreditar o ordenamento jurídico estabelecido. Para tanto, utiliza-se de métodos que aparentemente legitimam o aparato institucional e as práticas que nele se inserem, de modo que se crie a concepção de que o sistema jurídico não se impõe somente como um conjunto de normas, mas também como relação dialógica e comunicativa com os indivíduos, os quais incidem as regras vigorantes.

Foi exatamente isso que aconteceu com o processo de democratização brasileiro após o fim do regime militar, com a entrada em vigor da lei 6.683/79, que foi incorporada pela Emenda Constitucional 26/1985 e que anistiou tanto aqueles que se contrapuseram a ditadura, como também os agentes que atuaram em seu favor.

A idéia que se criou em torno da lei 6.683/79 é que seria fruto de um “pacto conciliatório”, avalizada por toda a sociedade. Porém, o que se observa, que esse tratamento igualitário, dado pela mencionada lei, na verdade, foi imposto e não democraticamente discutido, tendo em vista que possui um caráter protetivo conferido àqueles que atuaram a favor de um regime autoritário, que tinha como fim a perpetuação de poder de uma classe burguesa²¹.

²¹Inclusive poderia se afirmar que a própria identidade do governo militar estaria na crise de poder da burguesia que via na ameaça “comunista” a possibilidade de perda do controle econômico e social do Estado, isto é, havia uma necessidade de manter a condução do sistema capitalista, ainda que fosse necessária a utilização do poder absoluto, do arbítrio e da força bruta. Contudo, na medida em que há o fortalecimento do regime, a centralização de poder nos setores militares é intensificada, de maneira em que se tem uma espécie de autonomia total na forma de condução do Estado, desde que os interesses burgueses estivessem devidamente preservados. É o que expõe Fernandes (1982, p.31/32): “O essencial e mais sabido diz respeito ao grau de envolvimento diferencial do chefe militar nas estruturas e funções do Estado autocrático-burguês. De garante da república institucional o chefe militar passou, no célebre ‘golpe dentro do golpe’, de imediato, à condição de sua autoridade suprema e, depois da junta, à categoria de ditadores conjurados, de *legitimidade* reconhecida por um restrito ‘consenso nacional’, expressa formalmente, e ‘legitimada’, inclusive, por um simulacro de eleição indireta ritual. A situação social de existência política do chefe militar, em atividade funcional no âmbito da ditadura, converteu-se, portanto, em um foco dinâmico de socialização política. A atividade prática e a responsabilidade que ela envolvia respondem, assim, pela conformação de uma mentalidade política (ou seja, uma cristalização particular da consciência política) concentradamente voltada para os dinamismos de *segurança da ditadura*, de reprodução desta e, potencialmente, para a transformação dela em um ‘equivalente melhor’ ou ‘aperfeiçoado’. O grau de autonomia relativa do Estado autocrático burguês conferiu ao Sistema uma liberdade que nenhum órgão governamental poderia alcançar sob as formas clássicas da república burguesa. Ao soltar-se, progressivamente, dos controles externos da sociedade civil (mesmo quando esses controles emanasse dos estratos estratégicos das classes burguesas), o Sistema adquiriu, de fato, a natureza de um Estado dentro do Estado (ou melhor, *de uma ditadura dentro de uma ditadura*). O chefe militar viu-se na contingência, desejada ou não (e, também, provocada voluntariamente ou não), de repetir uma prática política que o isolava de seus pares civis e o expunha a ver-se não como o Príncipe – como muitos sugerem – mas como o chefe político por excelência, como se as tarefas essenciais no aparato do Estado coubessem por competência, por direito e por vocação patriótica ao setor militar do bloco no poder (especificamente aos militares incorporados ao Sistema e à imensa ramificação de cargos vitais ao funcionamento da república institucional)”.

Ao que tudo indica é que as esperanças que pairavam, com o fim da ditadura, de um processo autêntico de transição, foram todas minadas, haja vista que o Estado brasileiro, ao não punir aqueles que contribuíram com o regime, permitiu que fosse mantida a exclusão das camadas populares no “jogo político” da democratização do país.

Poder-se-ia até mesmo dizer, que é a concretização do que já havia previsto Florestan Fernandes (1982, p. 36), acerca de três anos antes à época dos fatos:

O mal das esperanças é que elas, por si mesmas, não movem a história. O lado aterrador da situação brasileira aparece por inteiro na distância existente entre as várias esperanças e a baixa atividade política dos grupos, círculos sociais e facções de classes portadores ou fiadores daquelas esperanças. Somente os estratos estratégicos das classes dominantes (nacionais e estrangeiras), com extrema saliência dos militares firmes e do Sistema, demonstram uma coerência entre níveis de aspiração política e de ação concreta, mesmo na omissão política. No pólo oposto, o setor de ponta da classe operária e a massa dos trabalhadores semilivres da cidade e do campo erguem sua ira sem reservas, revelam impaciência e coragem ao mesmo tempo, mas não encontram eco no espaço político da oposição, deprimido pelo controle burguês ou inibido pela compressão repressiva da ditadura. As vantagens relativas ficam, naturalmente, nas mãos do Sistema e na capacidade de “negociação” da ditadura, que pode reciclar-se mediante política de distensão ou de abertura[...]

Neste sentido, não há como analisar a lei 6.683/79, sem antes questionarmos se realmente tal elaboração normativa é condizente com um processo de construção de uma democracia autêntica, ao anistiar os que cometem inúmeros crimes em favor do Estado, que atualmente são, inclusive, tipificados pela legislação como crimes hediondos.

Para iniciar tal reflexão vale destacar, que não se devem igualar quem reagiu a um regime autoritário com quem atuou em seu favor, sendo que a anistia deve ser mantida para quem se opôs à ditadura e não para os que atuaram em sua defesa, cometendo delitos, que jamais podem ser considerados como crimes políticos ou conexos a estes, já que, se tratam de verdadeiras violações à dignidade humana.

Por outro lado, cabe argumentar, que os diversos momentos de instabilidade institucional que se vislumbram na trajetória política brasileira, incluindo-se o golpe militar de 1964, derivam da instauração de regimes autoritários que foram impostos, com o intuito de manutenção dos privilégios das classes dominantes, em contraposição ao interesse público e a vontade popular²², ou seja, não se pode alegar que as condutas criminosas praticadas pelos

²²Tal fato pode ser observado, inclusive, nas fases de transição que ocorreram no decorrer da história brasileira, como por exemplo, o fim da ditadura de 1964 em que as classes burguesas na busca da manutenção de seus privilégios impuseram um modelo que visava à conciliação dos diversos setores da sociedade para o processo de redemocratização. Ocorre que tal modelo trata-se de uma postura falaciosa, pois conforme explica Florestan Fernandes (1982, p. 109): “a impulsão ‘conciliadora’ não se volta para baixo. A pressão crescente das massas populares das cidades e do campo ou a eclosão de um novo movimento sindical e de um protesto operário mais articulado servem como fatores de compensação da debilidade burguesa. Os estratos estratégicos das classes burguesas e suas elites voltam-se para o pacto social, que no Brasil sempre significou manter uma sólida

agentes da ditadura tivessem qualquer conotação política, pois o que se tinha, na realidade, era a proteção de alguns grupos, pertencentes à elite do país, que visavam, tão somente, que seus privilégios continuassem intocáveis.

Em consequência disso, os momentos de transição foram construídos de acordo com as conveniências das classes políticas e econômicas preponderantes, de forma que, fossem mantidas, por exemplo, as prerrogativas de grupos oligárquicos de caráter escravocrata, como ocorreu na proclamação da república, ou não houvesse a punição de membros que apoiaram sistemas baseados no autoritarismo, como no caso do fim do regime militar.

Isso é reflexo do próprio histórico das fases de transições políticas que ocorreram no Brasil, nas quais os destinatários da norma jurídica possuem uma relação com a legalidade de verdadeira retórica de avanços, de conquistas e retrocessos no que tange aos direitos, enquanto que na verdade, o que se verifica é a manutenção dos instrumentos burocráticos legais de controle “que consegue continuar comandando dentro dessa teia de pressões que caracteriza qualquer sociedade” (AGUIAR, 1990, p. 35).

Diante disso, nas fases transicionais, não há um rompimento das concepções autoritárias, mas sim uma adaptação na forma de opressão estatal por meio das estruturas socioeconômicas, posto que, existe uma necessidade de manutenção de grupos dominantes no exercício do poder.

Com efeito, pode-se verificar que a implementação de sistemas transicionais no Brasil, além de não romper de forma definitiva com as estruturas políticas anteriormente impostas, também não avançaram no sentido de modificar a realidade socioeconômico existente, de maneira em que houvesse uma maior inclusão social, ao mesmo tempo em que ocorresse a tonificação da democracia.

Em que pese o fato de o Estado brasileiro se proclamar democrático e dos discursos das suas instituições, entre elas o Judiciário, alardearem sua democratização, observa-se uma crescente subordinação do interesse coletivo à lógica liberal, com o consequente acirramento das desigualdades sociais. A democracia, para nós, tem servido apenas como retórica (PASTANA, 2009, p 30).

A complexidade dos problemas oriundos dos processos de transição ocorridos no Brasil, acaba por refletir em diversos aspectos da sociedade brasileira, seja na violência policial, que ainda se encontra bastante presente na realidade do país, seja na inviabilização de

dominação de classe burguesa e uma invulnerável subalternização das massas anômicas, das classes trabalhadoras e da pequena burguesia como das duas faces da mesma moeda. O que quer dizer que se delineia um período de dura aprendizagem para as classes burguesas, pois o desenvolvimento capitalista alcançou o ponto de não retorno, no qual o pôlo operário passa a movimentar a luta de classes para fins crescentemente políticos e a burguesia tem de ‘conciliar’, goste ou não, na área dos interesses antagônicos e do inimigo interno”.

projetos sociais, que não se concretizam devido ao fato de que os grupos que apoiaram os regimes totalitários e autoritários continuam a exercer seu poder e influência e, desse modo, obstruem em nome de seus interesses, qualquer avanço que venha a beneficiar as camadas populares.

Esta frustração diante a expectativa da concretização do fenômeno jurídico, afasta qualquer possibilidade de percepção substancial do direito, que diferentemente da percepção formal²³, concentra-se na razão de ser, na sua origem, na sua justificação, e na sua finalidade, ou seja, há um desapontamento em relação ao fenômeno jurídico que deve ser tratado na “perspectiva da justiça que ele deve assegurar ou das realidades sociais a que deve satisfazer ou do progresso que deve realizar” (BERGEL, 2006, p. XXV).

Apesar de que, conforme já dito, a Constituição Federal de 88 ter representado, determinados avanços, a construção da democracia brasileira ainda está sob a égide de um senso comum que prevalece o viés autoritário, prejudicando, assim, a consolidação do processo democrático.

A constatação dessa realidade pode ser verificada na mais emblemática e recente fase de transição ocorrida no Brasil, que além de aprovar a lei 6.683/79, conhecida também como lei de anistia, buscou legitimá-la pelo Poder Judiciário, que manteve válida a sua interpretação na íntegra no julgamento da Arguição do Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153²⁴, conforme será detalhado no momento oportuno.

No entanto, antes de se buscar compreender qualquer questão relativa a este julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, deve-se entender como se deu a organização política, jurídica e institucional da ditadura militar brasileira, que durante vinte anos estabeleceu um sistema de opressão e violência contra aqueles que se posicionaram contra a manutenção do regime.

²³Na abordagem formal, de acordo com Jean-Louis Bergel (2006, p.XXV), “a segurança jurídica e as regras do direito positivo dominam o sistema do direito que parece expressar sobretudo a vontade e a ação do poder público, parecendo primordial sua coerência. O ápice dentro dessa ótica, parece ter sido atingido por Hans Kelsen, que reduz o direito a um encadeamento de normas hierarquizadas, sendo que cada uma tira sua força obrigatória apenas de sua conformidade com a norma superior. Assim, apenas o elemento normativo é considerado, ao passo que a razão de ser e o conteúdo das normas são abandonadas a outras disciplinas que não o direito”.

²⁴As discussões que envolvem o julgamento da Arguição de Preceito Fundamental nº 153, trata-se do tema principal a ser desenvolvido no presente trabalho.

1.2 A ruptura da ordem constitucional e a implementação do regime militar

A compreensão sobre a ruptura da ordem constitucional e a consequente ascensão dos militares ao poder no Brasil, pode ser analisada como um aspecto determinante na consolidação dos grupos vinculados a burguesia local no controle econômico do país, de forma em que qualquer oposição ao modelo imposto deveria ser liquidada, mediante uma repressão sistemática aos movimentos sociais e um combate incisivo contra os ideais comunistas.

Nesse sentido, surge a necessidade de institucionalizar o golpe contra o Estado democrático, tendo em vista que somente dessa maneira seria possível “estabilizar e permitir a continuidade do movimento militar de 1964” (VIEIRA, 1988, p. 88). Em face disso, sucederam-se os chamados Atos Institucionais, que foram impostos com a finalidade exclusiva de se concretizar novas regras e preparar a outorga de um novo ordenamento jurídico de natureza autoritária, mas que fosse eficiente na proteção aos interesses dos setores dominantes.

1.2.1 Os primeiros atos institucionais

O período da ditadura militar, decorrente do golpe de Estado de 1964, foi à fase mais marcante da consolidação das classes burguesas no Brasil, que diante a ameaça de terem parte de seus poderes ameaçados, impuseram, para atenderem suas demandas, um governo de caráter autoritário, que vitimou inúmeras pessoas com violação de direitos básicos e constantes desrespeito a dignidade humana.

Ressalta-se, contudo, que para melhor compreensão da ditadura militar, deve-se entender os fatos que levaram instauração do regime, de modo que seja observado os interesses envolvidos na tomada do poder, que não se limitam apenas à aspectos políticos ou à questões meramente jurídicas, posto que se estendem principalmente à esfera econômica²⁵.

²⁵Ao comentar o tema em artigo publicado no *site* Carta Maior, Leonardo Boff (2012) afirma que: “os militares que deram o golpe se imaginam que foram eles os principais protagonistas desta façanha nada gloriosa. Na sua indigência analítica, mal suspeitam que foram, de fato, usados por forças muito maiores que as deles. René Armand Dreifuss escreveu em 1980 sua tese de doutorado na Universidade de Glasgow com o título: 1964: A conquista do Estado, ação política, poder e golpe de classe (Vozes 1981). Trata-se de um livro com 814 páginas das quais 326 de documentos originais. Por estes documentos fica demonstrado: o que houve no Brasil não foi um golpe militar, mas um golpe de classe com uso da força militar. A partir dos anos 60 do século passado, se formou o complexo IPES/IBAD/GLC. Explico: o Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais (IPES), o Instituto Brasileiro de Ação Democrática (IBAD) e o Grupo de Levantamento de Conjuntura (GLC). Compunham uma rede nacional que disseminava ideias golpistas, composta por grandes empresários multinacionais, nacionais, alguns generais, banqueiros, órgãos de imprensa, jornalistas, intelectuais, a maioria listados no livro de Dreifuss.

Observa-se que a instauração do regime militar tem suas raízes a partir da década de 30 com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, que diante a adoção de políticas que visavam um equilíbrio social entre classes econômicas antagônicas, não conseguiu estabelecer um modelo que fosse capaz de romper com os traços oligárquicos historicamente construídos na sociedade brasileira, de forma em que se tornaram “incapazes de organizar com autonomia os movimentos populares”, pois ao manterem com as massas um “vínculo unilateral de intenção, perderam toda independência real perante o jogo entre os grupos dominantes” (WEFFORT, 1980, p. 43). Nessa perspectiva, já apontava WEFFORT (1980, p. 43/44).

O fascínio diante do Estado, no qual punham todas as esperanças, não permitiu aos nacionalistas perceber que o Estado, tal como estruturado, já não era capaz de nenhuma ação. Estava de fato paralisado diante a crise vivida pelo País, equilibrado pela impotência dos grupos que o compunham. O Estado “de todo o povo” estava imobilizado pelo equilíbrio da expressão política das contradições dentro da sociedade que supunha representar.

Estava claro que aquele equilíbrio de forças contraditórias era insustentável. Contudo, todos parecem esperar que a Previdência lhe designasse um caminho a tomar: os partidos dominantes foram incapazes de oferecer qualquer alternativa, do mesmo modo que os nacionalistas contaminados pelo estilo oligárquico das elites ou que o conjunto da esquerda envereda no reformismo nacionalista. O desenvolvimento histórico posterior a 1930 havia constituído, através do populismo de Vargas e de seus herdeiros, a figura do moderno Estado Brasileiro. Mas esta se encontrava inacabada, imperfeita, pois o fato de que o Estado no período populista se tornasse acessível aos diversos grupos sociais evidenciava que o povo não era uma comunidade mas um conjunto de contradições. Quanto mais diretamente o Estado brasileiro pretendeu representar o conjunto da sociedade, menos ele se realizou como Estado e mais como expressão de tensões em desenvolvimento.

Esta forma peculiar de revolução democrática-burguesa que se realizou através do populismo e do nacionalismo, só poderia estar concluída com seu próprio desmascaramento. Com o golpe de 1964, o Estado projetou-se sobre o conjunto da sociedade e parece dirigí-la diretamente. Esta transformação da imediata representação contraditória do povo é o ponto de chegada da evolução histórica anterior e o começo de uma nova etapa. Necessariamente, porém, as massas populares não tem participação neste Estado, que assim, desvenda sua verdadeira natureza de classe.

O que os unificava, diz o autor “eram suas relações econômicas multinacionais e associadas, o seu posicionamento anticomunista e a sua ambição de readequar e reformular o Estado”(p.163) para que fosse funcional a seus interesses corporativos. O inspirador deste grupo era o General Golbery de Couto e Silva que já em ‘em 1962 preparava um trabalho estratégico sobre o assalto ao poder’ (p.186). A conspiração, pois estava em marcha, há bastante tempo. Aproveitando-se da confusão política criada ao redor do Presidente João Goulart, tido como o portador do projeto comunista, este grupo viu a ocasião apropriada para realizar seu projeto. Chamou os militares para darem o golpe e tomarem de assalto o Estado. Foi, portanto, um golpe da classe dominante, nacional e multinacional, usando o poder militar. Conclui Dreifuss: ‘O ocorrido em 31 de março de 1964 não foi um mero golpe militar; foi um movimento civil-militar; o complexo IPES/IBAD e oficiais da ESG (Escola Superior de Guerra) organizaram a tomada do poder do aparelho de Estado’ (p. 397). Especificamente afirma: ‘A história do bloco de poder multinacional e associados começou a 1º de abril de 1964, quando os novos interesses realmente tornaram-se Estado, readequando o regime e o sistema político e reformulando a economia a serviço de seus objetivos’ (p.489). Todo o aparato de controle e repressão era acionado em nome da Segurança Nacional que, na verdade, significava a Segurança do Capital”.

Além disso, os preceitos estabelecidos pela revolução getulista, com base em um modelo de desenvolvimento nacional e que fora implementado por meio de políticas que instituíram determinados direitos sociais, estavam em contraposição às demandas defendidas pela elite nacional, provocando crises que culminariam com a tomada de poder pelos militares algumas décadas depois.

É o que, inclusive explica André Ramos Tavares e Walber de Moura Agra (2009, p.74):

Não se pode tentar vislumbrar uma única causa para a eclosão, no Brasil, do Golpe Militar de 1964, pois vários foram os atores envolvidos e várias causas que deflagraram o movimento. Na verdade, havia muito tempo que determinados setores nacionais, em aliança com parceiros estrangeiros, principalmente norte-americanos, tramavam um golpe de Estado que pudesse estorvar de forma peremptória o modelo nacional-desenvolvimentista implementado por Getúlio Vargas desde a Revolução de 30.

Perante tal situação, torna-se claro que grupos estrangeiros em conluio com a elite brasileira, que tiveram apoio de setores vinculados as alas mais conservadoras da Igreja Católica, dentre os quais se destacam a famigerada TFP (Tradição Família e Propriedade)²⁶, foram os verdadeiros mentores do golpe de Estado, que levaria o Brasil a uma das fases mais repressoras de sua história.

Interessante observar que, os fatos que levariam ao golpe se acentuam a partir do suicídio de Getúlio Vargas em 1954, quando o partido de oposição, a União Democrática Nacional, mais conhecida pela sigla UDN, “sob uma retórica defensora dos ideais do liberalismo econômico, assume o papel de feroz inimiga do “getulismo” e de seus herdeiros políticos”(MONTECONRADO, MOURA, ZILLI, 2010, p. 136).

As tentativas de quebra institucional perduraram após a saída de Getúlio ao poder, inclusive durante o governo Juscelino Kubitschek, “mas todas abortadas pelo apoio de militares nacionalistas, destacando-se a figura do Marechal Henrique Teixeira Lott, incansável batalhador da legalidade democrática” (AGRA, TAVARES, 2009, p.74).

²⁶A importância política da TFP brasileira transcendia o âmbito nacional, de maneira que, de acordo com o que narra Délcio Monteiro de Lima (1980, p.53) servia de “aglutinadora de todo um sistema de forças que até então atuavam isoladamente e desconexamente na Europa e na América. Sendo a mais bem estruturada e mais eficiente do ponto de vista operacional de todas as entidades congêneres, a TFP brasileira, dentro de um processo natural de intercâmbio, acabou sendo copiada e imitada, levando na esteira da transferência do seu *know-how* não só o conhecimento de mecanismos organizacionais, mas toda uma metodologia de doutrinação e proselitismo. É o carro-chefe das TFPs e assemelhadas, tanto no trabalho de pregação religiosa quanto na estratégia de ocupação do espaço político”.

Com a renúncia do presidente eleito Jânio Quadros, que sucedeu Juscelino Kubitcheck e, a ascensão ao poder de seu vice João Goulart²⁷, herdeiro da tradição getulista²⁸, o quadro político do país começa a se complicar, haja vista que as propostas nacionalistas do novo presidente fizeram com o que os três chefes militares não concordassem em dar posse a Jango, que se encontrava na China em missão oficial (SKIDMORE apud AGRA, TAVARES, 2009, p.74).

Somente após um acordo com parte dos militares, comprometidos com a causa nacionalista, e com uma ampla mobilização popular, que ficou conhecida como campanha da legalidade, liderada pelo então governador do Rio Grande do Sul, Leonel Brizola, foi possível dar posse ao Vice-Presidente, que havia sido eleito pelo povo, nos termos da legislação vigente à época dos fatos.

Todavia a posse de João Goulart ficou condicionada, no acordo realizado com os setores militares, à implementação de um sistema de governo parlamentarista, cuja duração foi bastante “efêmera, em virtude das suas próprias debilidades” (AGRA, TAVARES, 2009, p.75). O último “suspiro parlamentar no Brasil” se deu com um plebiscito realizado, que decidiu pela volta do presidencialismo, com a “ampla maioria dos votos” (AGRA, TAVARES, 2009, p.75).

Com o retorno do presidencialismo os setores da burguesia nacional, em conjunto com os militares, finalmente deram o golpe de Estado, que culminaria no afastamento arbitrário de João Goulart do poder, ao mesmo tempo em que daria inicio ao período ditatorial que o país viveu durante mais de vinte anos²⁹.

Em razão do advento do governo militar, que ocorreu sem maiores resistências por parte da população civil, foi outorgado o que se denominou de “regime de atos institucionais”³⁰, que não rompeu no início, de maneira definitiva, com a Constituição de

²⁷Conhecido popularmente pelo apelido “Jango”.

²⁸“As eleições presidenciais de 1960 consagraram a figura quixotesca de Jânio Quadros. Inicialmente, lançado por um minúsculo partido, Jânio conseguiu o apoio da UDN alcançando uma maciça vitória, após uma campanha populista e desprovida de conteúdo programático. Para vice-presidente, foi eleito João Goulart, herdeiro político de Getúlio Vargas e candidato da outra chapa, fato que as leis eleitorais da época permitiam” (MONTECONRADO, MOURA, ZILLI, 2010, p. 139).

²⁹“O estopim da crise foi a realização do comício em 13 de março de 1964, que contou com a participação de cerca de duzentas mil pessoas, em frente à Estação de Ferro Central do Brasil, no Rio de Janeiro, em defesa das Reformas de Base defendidas pelo movimento nacionalista. Em resposta, os setores conservadores começaram uma forte agitação contra o governo, com a colaboração da grande imprensa, nas marchas da família, com Deus, pela Liberdade”(AGRA, TAVARES, 2009, p.75).

³⁰Como bem assevera Paulo Bonavides (2002, p.145) “o recurso aos Atos Institucionais não só aniquilou as bases jurídicas do poder constituinte como institucionalizou politicamente a sua usurpação, visto que os governantes podiam dele valer-se, a cada passo, qual instrumento de mudança casuística das instituições, sem audiência à vontade dos governados, com inteiro menosprezo do princípio da soberania popular e sua legitimidade”.

1946, porém impôs “várias cassações de mandatos e suspensões de direitos políticos” (SILVA, 2003, p.86).

Conforme ressalta Roberto Lima Santos (2010, p.29):

Os atos institucionais constituem a representação mais notória da radical distorção da noção de legalidade. São eles figuras jurídicas anômalas de competência exclusiva do Presidente da República, que passam a representar a nova constitucionalidade do Estado a partir do golpe de 64, num total de 17 atos, editados de abril de 1964 a outubro de 1969.

O primeiro destes atos institucionais, conhecido com AI-1, “ampliou os poderes do Executivo concedendo ao presidente o poder para cassar parlamentares e direitos políticos pelo prazo de dez anos” (MONTECONRADO, MOURA, ZILLI, 2010, p. 143). Além disso, o AI-1, que havia sido elaborado por Francisco Campos³¹ e baixado pelo “Supremo Comando da Revolução”, estabeleceu inúmeras restrições ao regime democrático, na qual se destacam: a decretação de estado de sítio pelo “Comando da Revolução” e o poder de aposentar compulsoriamente civis ou militares, suspendendo e cassando direitos políticos, excluída qualquer possibilidade de apreciação judicial (LENZA, 2008, p.51).

É oportuno advertir também que o AI-1, com o fim de estabelecer uma legitimidade inexistente, traduziu o espírito antidemocrático oriundo do golpe, apesar de pregar em seu preâmbulo que estava no exercício do Poder Constitucional, como se pode verificar:

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constitucional. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. [...] A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe. [...] Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções a sua legitimação (apud SANTOS, 2010, p.26).

Nota-se que nesta primeira fase da ditadura, houve um forte intuito de tentar dar uma roupagem constitucional ao golpe, de modo que se buscava uma legitimidade, por meio de atos como a manutenção do Congresso Nacional, pois havia um receio por parte dos

³¹Na narrativa de Wolkmer (2006, p.133) “muito mais próximo do Direito Público do que da Filosofia do Direito, Francisco Campos foi o protótipo do jurista que sempre colocou seu saber enciclopédico a serviço das forças mais retrógadas e mais autoritárias que governaram o Brasil (mentor da Constituição ditatorial de Vargas e do Ato Institucional n.1 do golpismo militar de 1964). Em sua tese *Introdução Crítica à Filosofia do Direito* (Belo Horizonte, 1918) deixa claro todo seu repúdio a uma deontologia do Direito, fazendo apelo tanto ao positivismo naturalístico quanto à orientação científica, delegando à filosofia jurídica um papel meramente fenomenológico”.

integrantes do regime de que houvesse uma repercussão negativa perante outros países. (BONAVIDES, ANDRADE apud SANTOS, 2010, p.27).

Aliás, a aparência democrática advinha da própria atuação de organismos internacionais que financiaram a instauração de regimes militares em diversos Estados, até então considerados como parte do chamado “terceiro mundo”, conforme explica Chauí (1997, p. 429):

Os países mais fortes do bloco capitalista adotaram duas medidas: através do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional (FMI), fizeram empréstimos aos Estados do Terceiro Mundo para investir nos serviços sociais e em empresas estatais; e, através dos serviços de espionagem e das forças armadas, ofereceram “ajuda” militar para reprimir revoltas e revoluções. Com isso, estimularam, sobretudo a partir dos anos 60, a proliferação de ditaduras militares e regimes autoritários no Terceiro Mundo, como foi o caso do Brasil. No centro do discurso político capitalista encontra-se a defesa da democracia.

No entanto, na medida em que a ditadura se consolidava, tornava-se claro que o que havia ocorrido era um golpe de Estado e não uma revolução, até porque, conforme ilustra Paulo Bonavides (1993, p.533) há uma clara distinção entre estes dois conceitos, pois o “golpe de Estado de modo usual é contra um governante e seu modo de governar, ao passo que a revolução faz contra um sistema de governo ou feixe de instituições; contra a classe dominante e sua liderança; contra um princípio de organização política e social e não contra um homem apenas”³².

É o que se pode verificar na profunda análise apresentada por Bonavides (1993, p.534), na diferenciação entre golpe de Estado e revolução³³:

O golpe é a prevalência do interesse egoístico de um grupo ou a satisfação de uma sede pessoal de poder, a revolução, o atendimento dos anseios coletivos, movendo-se de conformidade com novos princípios e idéias; a revolução é a legitimidade, o golpe a usurpação e como todas as usurpações concomitantemente ilegal e ilegítimo.

³²Para Marilena Chauí (1997, p.405/406) uma “revolução, seja ela burguesa ou popular possui um significado político de mais alta importância, porque desvenda a estrutura e a organização da sociedade e do Estado. Ela evidencia: a divisão social e política, sob a forma de uma polarização entre um alto opressor e um baixo oprimido; a percepção do alto pelo baixo da sociedade como um poder que não é natural nem necessário, mas resultado de uma ação humana e, como tal, pode ser derrubado e reconstruído de outra maneira; a compreensão de que os agentes sociais são sujeitos políticos e, como tais, dotados de direitos. A consciência dos direitos faz com que os sujeitos sociopolíticos exijam reconhecimento e garantia de seus direitos pela sociedade e pelo poder político. Eis porque toda revolução culmina numa declaração pública conhecida como Declaração Universal dos Direitos dos Cidadãos; pela via da declaração dos direitos, uma revolução repõe a relação entre o poder político e justiça social, mas com uma novidade própria do mundo moderno, pois a justiça não depende mais da figura do bom governo do princípio virtuoso, e sim de instituições públicas que satisfazam a demanda dos cidadãos ao Estado. Cabe ao novo poder político criar instituições que possam satisfazer e garantir a luta revolucionária por direitos”.

³³Outra distinção interessante apresentada por Bonavides (1993, p. 533) sobre golpe e revolução estaria baseado em um critério quantitativo empregado por Nawiasky, que segundo ele o golpe de Estado partiria “da extremidade ou cúpula da pirâmide social, ao passo que a revolução viria do povo ou de amplas massas.” Contudo Bonavides (1993, p.533) observa que “melhor critério seria talvez fixar-se na profundidade da mudança introduzida, embora conservando a noção de que efetivamente a revolução se origina ‘em baixo’ ao passo que o golpe vem de cima”.

Estava claro, portanto, que não tinha sido feita qualquer revolução pelos grupos que haviam assumido o Poder, pois na verdade, em razão da falta de legitimidade e pelo fato de que não houve participação popular, não poderia ser considerado um movimento revolucionário, mas sim como uma movimentação golpista que assumiu o controle estatal de forma arbitrária e antidemocrática³⁴.

As outorgas de atos institucionais que expuseram a natureza golpista do regime militar deram continuidade com a edição do chamado AI-2 (Ato Institucional nº 2), que baixado em 27 de outubro de 1965, teve sua implementação em decorrência da pressão das alas mais radicais das Forças Armadas³⁵. Estas, que diante das derrotas eleitorais de partidários do regime em dois importantes estados, o Estado da Guanabara (atual cidade do Rio de Janeiro) e o Estado de Minas Gerais, instauraram um sistema bipartidário, na qual o partido que representava os governistas era a ARENA (Aliança Renovadora Nacional) enquanto que os que representavam a oposição era o MDB (Movimento Democrático Brasileiro).

No entanto, o intuito de construir um regime bipartidário nada mais era do que manter as “falsas aparências democráticas”, pois o que se tinha na realidade era um sistema extremamente opressor, que com o AI-2 consagrou também as eleições indiretas para presidente e vice pelo Congresso Nacional, com voto nominal e sessão pública, além de permitir a “intervenção do Poder Executivo no processo legislativo mediante o alargamento do expediente dos decretos leis” (MONTECONRADO, MOURA, ZILLI, 2010, p. 144/145).

³⁴Nas explicações de Dallari (1998, p.143) ao citar Gofredo Telles Júnior, no processo revolucionário deve-se identificar determinados elementos como a legitimidade, a utilidade e a proporcionalidade. “Ela será legítima se decorrer de uma real necessidade, ou seja, se de fato houver desacordo profundo e entre a ordem jurídica vigente e aquela que deveria corresponder à realidade social. Nesta exigência está implícita a idéia de que os líderes da revolução conhecem a realidade e já têm clara noção da nova ordem jurídica a ser instaurada. O segundo requisito, que é o da utilidade, exige que a revolução se processe de maneira eficaz e apropriada, capaz de atingir os objetivos almejados, pois do contrário haverá a mera destruição de uma ordem sem a colocação de outra mais adequada. Por último, a proporcionalidade exigida parte do pressuposto de que todas as revoluções têm certos aspectos negativos inevitáveis. Com o abatimento da ordem jurídica vigente há um momento de incerteza jurídica, durante o qual ficam abertas às portas à arbitrariedade, à violência e ao uso indiscriminado da coação, sempre havendo quem se utilize desse momento para resolver seus problemas particulares em nome da revolução. É preciso, então, que ao se promover a atualização do Estado por meio da revolução, não sejam acarretados males maiores do que aqueles que se pretende corrigir” (DALLARI, 1998, p. 143).

³⁵“De uma lado, figuravam os ‘moderados’, tendo em Castelo Branco um de seus representantes. Do outro os representantes da ‘linha dura’ que eram adeptos de medidas autoritárias por considerarem as únicas capazes de combater o avanço da esquerda. Sem dúvida, os momentos mais dramáticos do regime foram produzidos quando a balança pendeu para os últimos. Mesmo sendo expoente da linha moderada, Castelo Branco prorrogou, por emenda constitucional, o seu mandato até março de 1967, adiando a eleição para novembro de 1966. Era o tempo necessário para que as medidas de impacto econômico surtissem efeito. A estratégia política de Castelo Branco foi posta a prova nas eleições estaduais de 1965, tendo o governo perdido em dois importantes estados. O resultado enfureceu os militares radicais para os quais a sustentação política do regime corria risco. Sob pressão, Castelo baixou o AI-2, a 27 de outubro de 1965” (MONTECONRADO, MOURA, ZILLI, 2010, p. 144/145).

O Ato Institucional nº 2 foi seguido pelo Ato Institucional nº 3, que com o objetivo de ampliar o poder do regime instituiu também no âmbito estadual as eleições indiretas, da mesma forma que já havia sido estabelecido na esfera federal (LENZA, 2008, p.51).

Com o fim de romper de maneira definitiva com a Constituição de 1946, o que já havia ocorrido na prática, o regime militar em 1966 instaurou o Ato Institucional nº 4, cujo objetivo foi convocar o Congresso Nacional, que havia sido fechado por um mês, para reunir-se e votar um novo texto constitucional, que foi aprovado em janeiro de 1967.

1.2.2 A Constituição de 1967 e o Ato Institucional nº5

A Constituição de 1967 se caracterizou como o documento que conduziu o golpe militar ao endurecimento, pois tendo ela sofrido forte influência da Carta Política de 1937, preocupou-se, basicamente, com a segurança nacional, concedendo mais poderes à União e ao Presidente da República, de maneira a reduzir direitos individuais, com a possibilidade de suspensão de direitos e garantias, até então, protegidos constitucionalmente (SILVA, 2003, p.87).

Entretanto, com o intuito de não perder a aparência democrática que os militares buscavam dar ao golpe, a Constituição de 1967, de forma contraditória, manteve alguns direitos básicos como o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário, apesar de que, na realidade, tal previsão não era respeitada.

A necessidade de se criar uma roupagem democrática ao golpe era tamanha, que até mesmo juristas consagrados da época, atuaram no sentido de doutrinar a população, com a finalidade de fazê-la crer que o regime imposto pelos militares era democrático. Isso pode ser observado, por exemplo, nas escritas do constitucionalista Sahid Maluf (1977, p.32/33), que, sobre a Carta de 67, afirmou:

[...]corrigiu erros e imperfeições; supriu normas arcaicas e estabeleceu outras mais condizentes com as novas realidades sociais, econômicas e éticas; procurou coibir abusos e distorções que minavam os alicerces da ordem jurídica, disciplinou racionalmente as atividades políticas, e sobretudo, fortaleceu consideravelmente o Poder Executivo, seguindo a esteira das novas tendências da democracia orgânica.

Todavia, outros juristas, mais comprometidos com a causa democrática questionaram o caráter de legitimidade conferido ao texto constitucional, dentre os quais se

destacam Pontes de Miranda (apud SANTOS, 2010, p.30), que apesar de ter apoiado os militares no início do regime³⁶, diante à nova Constituição, escreveu:

Em verdade, houve um jogo de aparência e de realidade: volveu-se à constitucionalidade, à democracia liberal, porém sem se volver. Enquanto o Presidente da República não apaga regras jurídicas ditatoriais, a ditadura prossegue, encoberta por uma Constituição emendada, que em verdade em parte não existe [...]. Enquanto o Presidente da República não decreta a cessação da incidência, dita vigência, nada feito, com o “jogo da verdade”. Não há democracia, nem regime de liberdade. Por isso, é pelos atos que se esperam praticados é que se há de responder: há ou não há, Constituição democrático-liberal no Brasil?

O caráter autoritário da Carta de 1967 poderia ser verificado em inúmeras questões, incluindo-se no que tange a sua origem, tendo em vista de que não se tratava de uma Constituição promulgada, mesmo que assim quisessem fazer crer os militares, pois havia sido votada por um Congresso que não representava, de maneira legítima, a opinião pública.

Em relação ao seu conteúdo, a Constituição de 1967 também não poderia ser considerada democrática, já que, apesar de ter buscado garantir alguns direitos sociais para compensar seus retrocessos³⁷, determinou algumas medidas que vão ao desencontro com o que se visualiza em uma democracia, como por exemplo: a supressão à liberdade de publicação de livros e periódicos que fossem considerados como “propaganda de subversão à ordem”; a restrição ao direito de reunião, que poderia ter seu local designado pela polícia; o estabelecimento do foro militar aos civis nos crimes considerados contra a segurança nacional; a criação da pena de suspensão dos direitos políticos; a manutenção das punições, exclusões e marginalizações políticas decretadas sob a égide dos Atos Institucionais (HERKENHOFF, 2004, p.104/105).

Porém a Constituição de 1967, como bem observa Bonavides (2002, p.145) foi a “mais efêmera das nossas Constituições” e seu desfecho se deu com o Ato Institucional nº 5

³⁶Na publicação de 06 de abril de 1964, o Jornal do Brasil, veio com a seguinte manchete: "Pontes de Miranda diz que Forças Armadas violaram a Constituição para poder salvá-la!" (Disponível em: <<http://www.conversaafiada.com.br/pig/2013/04/01/pig-apoiou-ditadura-as-manchetes-do-golpe-de-64/>>). Acesso em: 02 de abril de 2013).

³⁷Como bem assinala Herkenhoff (2004, p.106) no que diz respeito a direitos sociais, a Constituição de 1967 trouxe algumas inovações que, em determinados pontos, apresentaram pequenos avanços, mas que em relação ao contexto geral foram verdadeiros retrocessos. Por exemplo, dentre as “inovações contrárias ao trabalhador”, pode se mencionar: “a redução para 12 anos da idade mínima de permissão do trabalho; a supressão da estabilidade, como garantia constitucional, e o estabelecimento do regime de fundo de garantia, como alternativa; as restrições ao direito de greve; a supressão da proibição de diferenças de salários, por motivo de idade e nacionalidade, a que se referia a Constituição anterior. Para tão imensos retrocessos, a Constituição de 1967 pretendeu compensar os trabalhadores com pequenas vantagens. Colhem-se como modestas inovações favoráveis ao trabalhador as seguintes: inclusão, como garantia constitucional, do direito ao salário família, em favor dos dependentes do trabalhador; proibição de diferença de salários também por motivo de cor, circunstância a que não se referia a Constituição de 46; participação do trabalhador, eventualmente, na gestão da empresa; aposentadoria da mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral.

(AI-5), que se tratou, na verdade, de um “segundo golpe de Estado arremessado contra as instituições no decurso do mesmo período de exceção” (BONAVIDES, 2002, p.145)³⁸.

O AI-5 foi o mais emblemático de todos os atos institucionais, posto que, caracterizou o endurecimento do regime, de maneira a fixar o “instrumento mais autoritário da história política do Brasil” (SILVA, 2003, p.88), na medida em que ampliou os poderes de exceção do cargo de Presidente da República, conferindo-lhe força para decretar o estado de sítio, fechar o Congresso Nacional, de intervir sobre Estados e Municípios e de decretar a supressão de direitos civis e políticos (SANTOS, 2010, p.31). Além disso, o AI-5 reproduziu todos os poderes discricionários conferidos ao presidente pelo AI-2, ampliando a margem de arbítrio, ao dar ao governo “a prerrogativa de confiscar bens” e suspender “a garantia de *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômico-social e a economia popular” (HERKENHOFF, 2004, p.104/105).

Em relação à possibilidade de confisco de bens pelo presidente, o AI-5 mostrou uma postura populista da ditadura, pois visava ganhar simpatia da opinião pública, determinando que propriedades de políticos corruptos pudessem ser confiscadas. Entretanto, “esse poder discricionário não foi, de forma alguma, utilizado para realmente combater a corrupção”, já que sua real efetividade era apenas atingir “alguns desafetos do regime, enquanto muitos outros ficaram a salvo”, ou seja, o que se tinha realmente era uma imprensa amordaçada e a manutenção de uma larga escala de corrupção praticada por pessoas que eram protegidas pelos militares (HERKENHOFF, 2004, p.108).

De um modo em geral, o Ato Institucional nº 5 foi um verdadeiro atentado aos direitos fundamentais, tendo em vista que poderia ser considerado como a essência do regime militar, que praticou inúmeros delitos contra a sociedade brasileira, mediante condutas opressivas e atentatórias à dignidade da humana³⁹. Nesta perspectiva narra Herkenhoff (2004, p. 109):

³⁸O estopim para a implementação do AI-5 se deu entre o fim de agosto e inicio de setembro de 1969, quando o “deputado Márcio Moreira Alves pronunciou uma série de discursos denunciando a brutalidade policial, a tortura de presos políticos, sugerindo, inclusive, que as esposas dos militares boicotassem seus maridos até que a repressão fosse suspensa. As manifestações causaram profunda indignação nas Forças Armadas tendo os três Ministros Militares exigido a sua punição pelo Congresso. A despeito da maioria governamental, o pedido foi rejeitado por expressiva maioria no dia 12 de dezembro. A reação foi imediata. Na manhã seguinte, o presidente convocou os membros do Conselho de Segurança Nacional e informou-os do novo Ato Institucional que recebeu a adesão de todos, a exceção do vice-presidente, Pedro Aleixo. Na noite daquele mesmo dia foi promulgado o AI-5, que colocou o Congresso em recesso por tempo indeterminado, suspendeu a garantia do *habeas corpus* aos réus acusados de crimes contra a segurança nacional e estabeleceu a censura dos meios de comunicação. O regime militar inaugurava, assim, uma fase escancaradamente ditatorial” (MONTECONRADO, MOURA, ZILLI, 2010, p. 145).

³⁹“In the first period of military governance, between 1964 and 1968, Gen. Castello Branco maintained a semblance of political openness, although the repression of political opponents gradually increased. This

Com a supressão do *habeas corpus*, com a suspensão das garantias da magistratura e com a cassação da liberdade de imprensa, - a tortura e os assassinatos políticos foram largamente praticados no país sob o regime do Ato Institucional nº 5. Nenhum traço de respeito à Cidadania pode ser vislumbrado no país tutelado pelo terror. Houve total dissonância entre Direito e AI-5, entre cidadania e AI-5.

Por outro lado, o AI-5 traduziu um aspecto contraditório que pairava sobre a ditadura, tendo em vista que durante a vigência do regime autoritário, foi estabelecido na esfera jurídica “o arranjo de estruturas organizadas e rígidas de novos direitos”, como o Código Tributário Nacional de 1966, a Lei de Sociedades Anônimas de 1970 e o Código de Processo Civil de 1973, ao passo que, simultaneamente, praticou-se “afrontas diretas e substanciais ao Estado de direito”, mediante um “complexo de relações político-econômico-jurídicas que não rejeita de pronto o direito ao mesmo tempo em que o afronta conforme as imperiosidades circunstanciais” (MASCARO, 2008, p.167).

Ademais, o AI-5 foi o “ponto de partida” para a implementação de outros atos institucionais ainda mais violentos, como por exemplo, o Ato Institucional nº 14 que instituiu a pena de morte para aqueles que violassem regras relativas à Segurança Nacional. Observa-se também, que na medida em que o regime endurecia, mesmo que alguns entendam que a ditadura foi “branda”⁴⁰, houve o fortalecimento da resistência ao governo militar, que, de forma autoritária, respondeu por meio da intensificação de decretações de prisões, torturas, desaparecimentos forçados e homicídios daqueles que se opunham ao modelo imposto.

Não bastasse a imposição do AI-5, no ano de 1969, o governo militar outorgou a Emenda nº 1 da Constituição de 1967, que fortaleceu o modelo de repressão mediante a constitucionalização dos Atos Institucionais, de maneira em que as profundas feridas da democracia brasileira, oriundas do golpe de Estado, tornaram-se ainda mais intensas.

Essa emenda foi uma saída para adequar a Constituição vigente ao endurecimento do regime, pois o AI-5 derivava de uma prática autoritária tão incomum, que mesmo com a Carta de 1967, que já era extremamente arbitrária, ficava difícil compatibilizar os rumos que a ditadura tomava com o ordenamento vigorante à época dos fatos (ARAÚJO, NUNES JÚNIOR, 2008, p.95).

repression provoked opposition and even urban guerrilla activity, instigating more repression, which in turn culminated in a comprehensive dictatorship sanctioned by Institutional Act. No. 5. When Gen. Emilio Medici took office on October 30, 1969, the harshest repression began. With the creation of independent security organs, thousands were killed and tortured” (NIÑO, 1996, p. 33).

⁴⁰No editorial “Limites a Chávez”, o jornal “Folha de São Paulo”, em sua edição de 17 de novembro de 2009, referiu-se a ditadura brasileira como uma “ditabrand”, dando a entender que o governo militar instaurado no Brasil durante a década de 60, não havia sido violento comparado a outros países. Esse entendimento expõe o claro comprometimento do jornal Folha de São Paulo com o regime militar, que inclusive contribuiu ativamente com o governo ditatorial, conforme pode se verificar na pesquisa realizada sobre o assunto de autoria de Beatriz Kushnir (2004).

Por isso que, como bem ressalta Silva (2003, p.87), a Emenda nº 1 da Constituição de 1967, devido as suas características, não se tratou exatamente de uma emenda, mas sim - tanto sob aspectos teóricos como técnicos - de uma nova Constituição, haja vista que outorgou texto integralmente reformulado, modificando, inclusive, a sua denominação, de Constituição do Brasil, conforme previsto na Carta de 67, para Constituição da República Federativa do Brasil. (SILVA, 2003, p.87).

Neste sentido explica Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2008, p.96):

A Emenda n. 1 de 1969, é considerada por muitos doutrinadores uma nova Constituição. Alterou de tal forma o sistema, sem qualquer respeito aos limites da Carta Magna – que já vinha sendo alterada por atos institucionais, baixados pela Junta Militar -, que é entendida como ato do Poder Constituinte Originário.

Nota-se que essa emenda, além de estabelecer de maneira autoritária um novo texto constitucional, evidencia também o auge da crise do poder constituinte durante o regime militar, em razão da própria carência de legitimidade exposto pelo movimento golpista de 1964 que frustrou qualquer propósito de instauração do Estado de Direito, sob o pátio da liberdade democrática e da justiça social (BONAVIDES, 2002, p.145).

Ao final de todo esse processo imposto pela ditadura, construído a partir de “cartas constitucionais centralizadoras, arbitrárias e antidemocráticas”, o que se percebe é que as “diretrizes que alimentaram o Direito Público”, a partir da década de 60, foi à reprodução da “aliança conservadora da burguesia agrária/industrial com parcelas emergentes de uma tecnoburocracia civil e militar” (WOLKMER, 2006, p.114).

Isso se torna mais evidente com advento do AI-5 e dessa nova Constituição, que intensificaram as práticas de violência que já vinham ocorrendo desde o golpe de 1964 contra os opositores do regime, de maneira a se tornarem cada vez mais constantes os inúmeros crimes que eram praticados em relação aqueles que fossem acusados de infringir a segurança nacional, de forma em que a ausência de espaços democráticos para confrontar os militares, fez com o que surgissem grupos armados que se contrapuseram a ditadura, mas que ao final, foram brutalmente reprimidos pelo Estado.

1.2.3 Os crimes da ditadura militar

Na medida em que cresce a percepção social de que a ditadura não era passageira, propagam-se as mobilizações pelo retorno da democracia, o que no início do governo militar era punido com prisões, intimidações e cassações de direitos políticos, passa a

ser, com a finalidade de garantir a permanência do regime, punido por meio de práticas ainda mais criminosas⁴¹, que eram cometidas pelos agentes estatais, como forma de reprimir todos aqueles que se voltavam contra o sistema e forma de governo que havia sido imposto.

O ápice destas práticas criminosas se intensificou com o AI-5, tendo atingido seu auge com o governo de Emílio Garrastazu Médici, que sob o amparo do “milagre econômico”⁴², “valeu-se do constante recurso às prisões ilegais, ao desaparecimento de pessoas e ao emprego de torturas” (MONTECONRADO, MOURA, ZILLI, 2010, p. 149).

Contudo, mesmo antes da ascensão de Médici ao governo, vários atos de repressão marcaram o endurecimento do regime militar, como por exemplo, o homicídio do estudante secundarista Edson Luís em 28 de março de 1968, que foi brutalmente assassinado em decorrência da invasão da polícia a um restaurante estudantil, durante um protesto de um pequeno grupo de jovens que reivindicavam melhorias no local (VALLE, 1999, p.35 et. seq.).

Esse acontecimento marca os rumos da ditadura militar, pois expõe a crise política que se passava no país, em razão da instauração de um governo que se sustentava na violência e na opressão e, que reagia, de forma impetuosa, contra todos aqueles que viessem a questioná-lo, ainda que sutilmente.

Interessante observar que a maior parte dos perseguidos pelo regime eram jovens, sendo que muitos foram submetidos a situações degradantes. Além disso, pode-se afirmar também “que a maioria daqueles que se levantaram contra o arbítrio eram membros da população residentes em cidades, o que se caracterizava como um “fenômeno eminentemente urbano”, concentrando-se principalmente nas em grandes centros como Rio de Janeiro e São Paulo” (AGRA; TAVARES, 2009, p.76).

Constata-se ainda que as perseguições não se restringiram apenas as pessoas que se opuseram ao regime, uma vez que em diversas ocasiões seus familiares também foram injustamente prejudicados, inclusive os que eram crianças e adolescentes à época dos fatos, tendo em vista que tiveram que se exilar do país, pois, embora não tenham atuados diretamente contra a ditadura militar passaram a ser perseguidos, simplesmente, por serem

⁴¹“A ditadura militar brasileira utilizou frequentemente de tortura como instrumento para obter confissões e depoimentos de prisioneiros políticos. Dentre as técnicas de torturas implementadas podem ser citadas: extração de dentes, afogamento, isolamento em cubículo exíguo, soro da verdade, torturas químicas, torniquetes, espancamentos, choques elétricos, pau-de-arara, etc.” (AGRA; TAVARES, 2009, p.76)

⁴²“O governo Médici é, constantemente, associado ao chamado “Milagre Brasileiro”, período de extraordinário crescimento econômico a taxas médias anuais de 11,2%. Este crescimento, que se fez sentir em vários setores da economia e, sobretudo, com o aumento das taxas formais de emprego, somado à censura e à propaganda oficial, foi um importante fator para alta popularidade do presidente e à esmagadora vitória política da ARENA nas eleições legislativas de 1970” (MONTECONRADO, MOURA, ZILLI, 2010, p. 147).

pessoas próximas àqueles que tinham sua prisão determinada ou estavam sendo investigadas por condutas consideradas “subversivas”.

É o que explana Tatiana Moreira Campos Paiva (2009, p. 136), ao relatar sobre as experiências de filhos de exilados brasileiros da ditadura militar:

Ao concentrarmos nas crianças e adolescentes filhos de militantes o foco de estudo, lidamos com uma situação bem diversa e bastante peculiar. A experiência de exílio neste caso foi consequência de laços familiares e não de intervenções políticas. O exílio de seus pais esteve diretamente relacionado com suas empreitadas contra o regime militar, sendo possível identificar como objetivo principal do exílio a “tentativa de exclusão de grupos ou indivíduos que manifestavam opiniões contrárias ao *status quo*, e lutaram para alterá-lo” (Rollemburg, 1999, p.25). Já para os filhos de militantes, a realidade do exílio aconteceu em decorrência das opções políticas de seus pais, e não de suas próprias escolhas. Há uma determinante diferença nesses dois exemplos percebida no caráter ativo de um ano e no aspecto passivo do outro. É a partir dessa perspectiva que podemos pensar na idéia de herança e reconhecer essas crianças como herdeiros do exílio.

A falta de participação política no período em questão aponta para particularidades na experiência de meninos e meninas brasileiros, o que torna esse um caso diferente em sua essência. Através do exílio, as crianças e adolescentes deixaram um pouco de lado os papéis de coadjuvantes nesta história e construíram uma relação própria com o período da Ditadura Militar.

Nota-se que mesmo que a ditadura almejasse dar uma aparência democrática ao regime, o aumento das práticas de violência e a sensação constante de pressão política evidenciavam um contundente paradoxo, até porque, como bem lembra Bonavides (2001a, p.199) ao citar Nawiasky, o Estado em uma democracia não pode ir contra as massas, “senão com as mesmas”, pois do contrário, “seria entregá-las, em covarde capitulação, aos piores flibusteiros do totalitarismo”.

No entanto para se compreender a intensificação das práticas violentas do regime deve-se frisar que a ditadura militar deriva de um projeto de caráter burguês, logo, os atos de violência se tratam de medidas imprescindíveis no fortalecimento do controle social e consequentemente na manutenção da sociedade de classes.

Sobre este aspecto, demonstra Fernandes (1980, p. 131):

Toda sociedade estratificada necessita de uma massa de violência institucionalizada (que se sobrepõe a uma massa por vezes muito maior de violência intersticial, espontânea e “anárquica”, que se oculta por trás dela e a específica), vinculada a duas espécies de funções: 1º) a manutenção, o fortalecimento e o equilíbrio da ordem existente; 2º) a combinação de estabilidade e mudança sociais, de modo a tornar o equilíbrio instável e as transformações sucessivas conciliáveis com a preservação do padrão de civilização a partir do qual se configura a ordem existente. Com freqüência se supõe que o grau de violência, escondida ou visível, inerente ao regime de estamentos e ao regime de castas seja maior (em quantidade) e mais complexo (em qualidade) que aquele requerido pelas variações conhecidas do regime de classes (a forma social do modo de produção capitalista). Não obstante essa suposição, as diferenças de forma, conteúdos e objetivos ou funções da violência, mais ou menos patentes, não devem fazer-nos perder aquilo que Marx chamaria de variação específica (e explicativa): o regime de classes é o mais violento de todos. O que se explica sociologicamente por causa do modo de

produção, que exige uma expropriação do trabalho organizada e crescentemente intensificável; da ordenação da sociedade civil, que estabelece a concentração de classe, ou seja, coloca nas mãos da burguesia quase toda a riqueza, prestígio social e poder, e com isso requer uma forte institucionalização da dominação de classe direta e, por conseguinte, uma “supremacia” ou “hegemonia” burguesa que pode mudar de formas ao longo da evolução histórica do capitalismo industrial, mas não muda de funções latentes e manifestas; e da existência do Estado *democrático*, que permite às classes possuidoras, principalmente aos seus estratos estratégicos dominantes ou elites no poder, intervir no controle dos processos sociais globais de estabilidade e mudança, suplementando e institucionalizando, assim, as funções da dominação de classe direta e proporcionando, o que é o mais importante, a concentração e a centralização do poder real – ou poder especificamente político – nos órgãos de dominação estatal ou de dominação indireta da burguesia.

Nesse contexto, como continua a explicar Fernandes (1980, p. 157) a “violência serve para selecionar cuidadosa e rigorosamente os ‘benefícios’ que privatizam ainda mais o desenvolvimento capitalista, tornando-o perverso na forma e selvagem em seus conceitos”, por isso, poderia se concluir, que o “desenvolvimento capitalista requer e gera a violência” (FERNANDES, 1980, p. 156).

Em consequência dessa constatação, os instrumentos criminosos utilizados pela ditadura, com o fim de manter determinados grupos no poder, se tornaram cada vez mais frequentes, posto que, tratava-se de uma medida, na qual os militares mantinham o controle social, mediante o medo e a intimidação.

Contudo, em nenhum momento os militares reconheciam - como hoje boa parte deles ainda não reconhece - que suas condutas eram criminosas, uma vez que entendiam que tais posturas estavam inspiradas na “doutrina de segurança nacional”, cujos elementos integradores são: “a identificação de toda oposição ao regime como guerra psicológica adversa” e, consequentemente, tratar “todo opositor como inimigo interno” (SANTOS JR., 2011, p.245).

Inclusive, durante a transição para o regime democrático (que na verdade manteve um viés autoritário, como já mencionado anteriormente), com o discurso que haviam cometido crimes políticos e não crimes comuns, os militares conseguiram impor um sistema de anistia, que os favoreceram, de modo a evitar qualquer possibilidade de persecução penal em relação às condutas praticadas.

Entretanto, ainda que a transição da década de 1980 tenha buscado estabelecer o que Vladimir Safatle (2010, p. 240/241) denominou de “amnésia sistemática em relação aos crimes de um Estado ilegal”, que se justificava na alegação de que agentes do regime militar, supostamente, não haviam praticado crimes, já que a tortura e os assassinatos seriam decorrentes de uma política de segurança de Estado, é inegável que o que ocorreu, durante o

governo ditatorial, foi a prática sistemática de delitos da mais alta gravidade, que jamais poderiam ficar impunes.

Além do desrespeito à integridade física e às garantias processuais básicas, o preso político muitas vezes era conduzido, sem que sequer, fossem respeitados os direitos do detento, que durante a ditadura, pelo menos em teoria, foram parcialmente preservados no ordenamento jurídico, ou seja, nem as regras vigentes durante o regime militar eram respeitadas. É o que ilustra Belisário Santos Júnior (2011, p. 246/247):

Outras dificuldades para a defesa dos direitos e garantias derivavam do próprio caráter da ditadura militar. O regime mantinha uma face de aparente cumprimento da legalidade, com as instituições em pleno funcionamento, mas dispunha do AI-5, e assim, como visto, não havia *habeas corpus* e as decisões do governo não eram suscetíveis de revisão judicial. De qualquer forma, nem a legalidade da ditadura era respeitada: (a) as prisões eram absolutamente ilegais, sem mandado; (b) as buscas e apreensões também eram realizadas sem o mandado judicial exigido em lei, sendo os registros dessas buscas simplesmente do ato da exibição à autoridade que as havia determinado; (c) a fase inicial da investigação era militar e não havia previsão em lei, era exercida pelos agentes da OBAN, ou dos DOI-CODI, que não tinham atribuição legal para isso; (d) a fase seguinte da investigação era conduzida perante autoridades policiais civis, mas já tudo estava montado, os depoimentos “prestados” eram cópia do que havia sido declarado antes os DOI-CODI, sob tortura; (e) os interrogatórios policiais eram todos prestados sem a presença do advogado de confiança; (f) as próprias normas da lei de segurança eventualmente favoráveis ao acusado, como prazo de 10 dias para cessar a incomunicabilidade, não eram respeitados; (g) foram constituídos órgãos especiais para finalidade única de repressão à insurgência civil, nos quais se misturavam soldados e oficiais da polícia militar, policiais civis e membros das forças armadas indistintamente. Tudo isto, seguramente, resultava em um menor controle das prisões e dos atos executados por essas corporações, determinando que os expedientes de investigação, quando apresentados à Justiça Militar, chegassem já maculados por esses vícios. Não se sabia a autoridade que havia realizado a detenção. Muitas vezes o preso não tinha noção da razão de sua detenção. Não se informava para onde eram conduzidos os presos.

Observa-se, que os métodos operacionais adotados pela ditadura, tinham como inspiração e influência a chamada “doutrina militar francesa”, que havia sido adotada na Argélia como forma de combate ao comunismo, mediante práticas extremamente violentas e repressivas⁴³.

Desse modo foi implementado um verdadeiro Estado de “terror” que atuou contra a própria população, que, por sua vez, ficava impossibilitada de reagir, diante os atos repressivos do regime, cujas práticas de violência se acentuavam, com abusos e atrocidades que eram constantemente cometidos pelos agentes da ditadura.

⁴³De acordo com o que narra João Roberto Martins Filho (2009, p. 199/200) houve uma forte influência da doutrina militar francesa desenvolvida durante a década de 50, nas práticas do regime militar até 1974. Isso, segundo o referido autor, decorre do fato de que a doutrina militar francesa não estava vinculada a uma “missão civilizadora”, mas sim ao anticomunismo. Deste modo, ainda que tenham sido derrotadas na Argélia, as idéias francesas foram exportadas para todos os países que, embora não mantivessem empreendimentos coloniais, visavam a manutenção da ordem interna por meio de regimes autoritários e totalitários. É exatamente o que aconteceu no Brasil, que desde 1935 “havia um setor militar portador de um agudo anticomunismo”.

Tais atrocidades foram tamanhas, que inúmeros casos demonstraram como a ditadura vinha se tornando mais agressiva, de maneira a intensificar os atos de violências, como por exemplo, a brutal invasão do XXX Congresso da UNE em 1968⁴⁴, na cidade de Ibiúna, interior de São Paulo, e o assassinato do jornalista Vladimir Herzog⁴⁵ em 1975.

Pode-se dizer que a ditadura foi um verdadeiro fortalecimento do controle social⁴⁶ pelo Estado, que criminalizava condutas contrárias ao governo, por meio de um forte aparato repressivo que se conduzia de acordo com o que demonstra Santos Júnior (2011, p.247):

Geralmente era na fase da investigação militar que se consumavam os atos de tortura, os assassinatos após tortura, as desaparições forçadas e as execuções extrajudiciais. A fase policial comum era conduzida pela polícia política civil. Aí já havia um pouco mais de controle formal, as autoridades estavam mais afeitas à rotina legal de sua atividade, mas ainda ocorria tortura. A ideologia da segurança nacional a tudo justificava. Relembre-se. Os opositores ao regime eram inimigos internos. Travava-se a “guerra psicológica adversa”. Assim, ao inimigo havia que combater e, se necessário, eliminar. Como na guerra. Os sobreviventes deveriam ser submetidos a justiça militar. Porque era uma “guerra”. Posteriormente as pessoas detidas – as sobreviventes – eram encaminhadas para os presídios. Só então se estabelecia uma rotina de comunicabilidade, com visitas de familiares e advogados.

Observa-se que a ditadura militar brasileira, com seu pesado esquema de vigilância e perseguição, praticou atos semelhantes à de Estados adeptos do fascismo e do nazismo, uma vez que estabeleceu o fortalecimento do Estado nacional com o apoio dos setores mais conservadores do capitalismo industrial e financeiro, de maneira a criar um sistema de vigilância que envolvia os próprios cidadãos, que em diversas situações agiam

⁴⁴“O XXX Congresso da UNE ‘clandestino’, é interditado em sua fase inicial no sítio Murundu, pertencente ao município de Ibiúna – cidade muito pequena do interior de São Paulo” (VALLE, 1999, p.199). Ao final foram presos 720 estudantes e 10 jornalistas (VALLE, 1999, p.207).

⁴⁵“No começo da década de 1970, formavam-se duas redes sociais com diversos discursos e soluções para a crise daquele momento. O de vertente mais social era representado pelos movimentos de periferia em busca da valorização dos direitos sociais. Em segundo lugar, a rede da classe média mais intelectualizada com o discurso voltado para os direitos, no princípio mais público. Foi esta última que se fez presente como o principal aríete social na reação da morte do jornalista Vladimir Herzog e que significou a primeira grande manifestação política contra a ditadura militar desde as manifestações de 1968” (MORAES, 2009, p.49). “Herzog não era um opositor que vivia clandestinamente, sem imagem pública. Era um profissional respeitável (o pilar do trabalho), cumpridor dos deveres perante as autoridades (respeito ao Estado) e se apresentou voluntariamente no DOI-Codi no dia 25, não subvertendo a ordem vigente. Então, se nas dependências do Exército aconteceu a morte do jornalista – quando era justamente ali que deveria receber a proteção do Estado -, o subversivo passou a ser o próprio governo que comandava o aparelho repressivo” (MORAES, 2009, p.60).

⁴⁶Segundo Garland (2008, p.60) a idéia de controle social tem como base as transformações do pensamento criminológico, de maneira em que até a década de 70, do século XX, a solução para o crime “residia no tratamento correcional individualizado, no apoio e supervisão das famílias e na adoção de medidas de reforma social que aumentassem o bem estar – particularmente relacionadas à educação e à criação de empregos.” Após os anos de 1970 em diante, as teorias que “informam o pensamento e a ação oficiais são teorias de controle de várias espécies, que concebem a delinqüência como problema não de privação, mas de controle inadequado. Controles sociais, controles situacionais, autocontroles – estes são os temas dominantes na criminologia contemporânea e nas políticas de controle do crime por ela geradas” (GARLAND, 2008, p.60/61).

como verdadeiros subordinados ao regime, denunciando todos aqueles que parecessem suspeitos (ou mantivessem atitudes suspeitas) aos olhos do governo.

Com isso, instituiu-se um sistema em que o controle estatal partia dos setores mais baixos da sociedade, de modo em que os mecanismos de poder e disciplina eram exercidos na apenas pela atuação direta do Estado, mas também a partir das relações cotidianas, na qual o cidadão comum monitorava seu vizinho, patrões monitoravam seus funcionários e até mesmo professores (adeptos da ditadura) seus alunos. Era algo muito semelhante àquilo que Foucault (2011, p. 210) denominou de olhar panóptico⁴⁷ do Estado:

[...] enquanto os sistemas jurídicos qualificam os sujeitos de direito, segundo normas universais, as disciplinas caracterizam, classificam, especializam; distribuem ao longo de uma escala, repartem em torno de uma norma, hierarquizam os indivíduos em relação uns aos outros, e, levando ao limite, desqualificam e invalidam. De qualquer modo, no espaço e durante o tempo em que exercem seu controle e fazem funcionar as assimetrias de seu poder, elas efetuam uma suspensão, nunca total, mas também nunca anulada, do direito. Por regular e institucional que seja, a disciplina, em seu mecanismo, é um “contradireito”. E se o juridismo universal da sociedade moderna parece fixar limites ao exercício dos poderes seu panoptismo difundido em toda a parte faz funcionar, ao arreio do direito, uma maquinaria ao mesmo tempo imensa e minúscula que sustenta, reforça, multiplica a assimetria dos poderes e torna vãos os limites que lhe foram traçados. As disciplinas ínfimas, os panoptismos de todos os dias podem muito bem estar abaixo do nível de emergência dos grandes aparelhos e das grandes lutas políticas. Elas foram, na genealogia da sociedade moderna, com a dominação de classe que a atravessa, a contrapartida política das normas jurídicas segundo as quais era redistribuído o poder. Daí sem dúvida a importância que se dá há tanto tempo aos pequenos processos da disciplina, a essas espertezas à toa que ela inventou, ou ainda aos saberes que lhe emprestam uma face confessável; daí o receio de se desfazer delas se não lhe encontramos substituto; daí a afirmação de que estão no próprio fundamento da sociedade, e de seu equilíbrio, enquanto são uma série de mecanismos para desequilibrar definitivamente e em toda parte as relações de poder; daí o fato de nos obstinarmos a fazê-las passar pela forma humilde mas concreta de qualquer moral, enquanto elas são um feixe de técnicas físico-políticas.

Tais comportamentos, que em certo sentido representaram apoio expressivo da sociedade brasileira à ditadura militar, pelo menos no inicio, não devem, contudo, serem considerados como reflexos de legitimidade aos atos cruéis e criminosos do regime, ainda que

⁴⁷Nas explicações de Foucault (2011, p.190) o “Panóptico de Benthan é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro uma torre: esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada um atravessando toda a espessura da construção; elas tem duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções – trancar, privar de luz e esconder – só se conserva a primeira e se suprimem as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha”.

somente uma pequena parcela da população tenha realmente combatido de forma perspicaz as atrocidades que eram cometidas, pois como explica Roberto Lyra Filho (2006, p.74):

A passividade de massas não legitima, por si só, uma organização social, assim como o estabelecimento duma legalidade não importa por si só, na legitimidade do poder. Caso contrário, teríamos de afirmar que o nazi-fascismo e os regimes semelhantes – como os de Franco, Salazar e quejandos – eram “legítimos”, enquanto viveram e se “agüentaram” no poder, ou, da mesma forma, que as ditaduras subsistentes são “legítimas”, somente porque ainda se “agüentam”, a ferro e fogo.

Ademais, deve-se frisar que no Brasil a maior parte do povo – verdadeiros excluídos do sistema - não tinha consciência do que estava acontecendo no país durante a ditadura, o que torna mais evidente a “falta de legitimidade”. Na verdade, a situação de exclusão social, bastante presente na realidade brasileira, demonstra que as mazelas da estrutura econômica somadas à falta de politização da população, é o que justifica a ausência de “pressão” para que houvesse a punição daqueles que cometaram crimes em favor do Estado, durante o governo militar.

Do mesmo modo, não cabe aqui questionar ou tentar justificar a tortura e os demais crimes praticados pela ditadura, como decorrência de uma política, que teria sido, supostamente, implementada de forma inevitável, como se tivesse havido a necessidade de impedir a continuidade dos atos de resistência dos opositores do regime, conforme tentou fazer crer Tércio Sampaio Ferraz, ao defender que se houvesse a invalidação da lei de anistia em relação aos agentes opressores do regime ditatorial, deveria haver também em relação aos que se contrapuseram a ele⁴⁸.

Sobre este aspecto, demonstra Safatle (2010, p.241/242):

[...] é interessante perceber como o primeiro argumento (“não houve, no Brasil, tortura e assassinato como política sistemática de segurança de Estado”) é enunciado ao mesmo tempo que um outro argumento: “Houve tortura e assassinato, mas estávamos em uma guerra contra ‘terroristas’[como disse, por exemplo, o Sr. Tércio Sampaio Ferraz, não em 1970, no auge da Guerra fria, mas em 2008] que queriam transformar o país em um sucursal do comunismo internacional”. “O outro lado não era composto de santos”, costuma-se dizer.

Ao utilizar tal argumento, trata-se principalmente de tentar passar a idéia de que toda violência se equivale, que não há diferença entre violência e contraviolência ou, ainda, e aí um claro revisionismo histórico delirante, que a violência militar foi um golpe preventivo contra um Estado comunista que estava sendo posto em marcha com a complacência do governo Goulart. Lembremos como alguns ainda falam atualmente em “contrarrevolução” a fim de caracterizar o que teria sido o golpe de

⁴⁸Ferraz Jr., em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo e com trechos reproduzidos no site do Observatório da Imprensa, defende a tese, conforme pode ser verificado em suas próprias escritas, de que “uma revisão da lei, sobretudo com o fito de punir militares por atos de tortura, reverterá o argumento jurisprudencial, pois solapa a extensão da anistia aos terroristas, fazendo com que todo o universo de avaliações mutuamente negativas (exclusão/inclusão de terrorismo/tortura) volte a ser discutido [...]. Confira mais acerca do artigo de Ferraz Jr. em: “A retórica da revisão da anistia – um exercício aristotélico”. Observatório da Imprensa. Disponível em:<http://www.observatoriadimprensa.com.br/news/view/a_retorica_da_revisao_da_anistia_um_exercicio_aristotelico> Acesso em 11 de mar. de 2013).

1964. O que não escapa da tendência clássica de todo golpe de Estado procurar se legitimar ao se colocar como “contrarrevolução”.

Vale a pena, inicialmente, lembrar que, em nenhum país do mundo, os dois argumentos (“Houve tortura” e Não houve tortura”) seriam vistos como exemplos clássicos e patéticos de contradição, o que mostraria claramente a inanidade intelectual de uma posição que precisa, a todo momento, bailar entre argumentos contraditórios. No entanto, como se não bastasse, o segundo argumento é simplesmente uma aberração inaceitável àqueles para quem a idéia de democracia não é simplesmente uma palavra vazia. E, se levarmos em conta a situação atual em que se encontra, no Brasil, o debate a respeito do dever de memória, fica clara a necessidade de insistir na natureza aberrante de tal argumento.

O que se percebe é que estas posições acabam por gerar a análise do fenômeno jurídico sobre uma óptica extremamente conservadora, que não mira à modificação da realidade existente e atende uma visão tecnicista, cuja preocupação é dar um tratamento estritamente legal às questões de cunho social. Trata-se de algo, muito semelhante ao que ocorreu na Itália, durante a ascensão do fascismo, na qual os intelectuais se separaram dos interesses populares, uma vez que visam entender muito mais a realidade de outros países (geralmente os mais desenvolvidos), do que a própria realidade nacional⁴⁹.

Questionar a natureza dos crimes praticados na ditadura mostra-se como algo extremamente cruel, pois expõe a total insensibilidade social por parte de determinados pensadores da área jurídica, que vangloriam princípios voltados a dignidade humana construídos a partir do direito europeu, mas não conseguem visualizar a aplicação desses mesmos princípios em sua própria sociedade.

Até porque, apesar de os integrantes do regime nunca terem reconhecido suas práticas criminosas, é “bastante farta a evidência das torturas praticadas no mencionado período, o que atesta que os militares não tiveram nenhum tipo de respeito pelos direitos humanos e pela incolumidade física e psíquica dos cidadãos” (AGRA, TAVARES, 2009, p.76).

⁴⁹Essa semelhança pode ser verificada na narrativa de Gramsci (2002, p.42/43): “O que significa o fato de que o povo italiano lê preferencialmente os escritores estrangeiros? Significa que ele sofre a hegemonia intelectual e moral dos intelectuais estrangeiros, que se sente mais ligado aos intelectuais estrangeiros do que aos “patrícios”, isto é, que não existe no país um bloco nacional intelectual e moral, nem hierárquico nem (muito menos) igualitário. Os intelectuais não saem do povo, ainda que accidentalmente algum deles seja de origem popular; não se sentem ligados ao povo (à parte a retórica), não o conhecem e não sentem suas necessidades, suas aspirações e seus sentimentos difusos; mas são, em face do povo, algo destacado, solto no ar, ou seja, uma casta e não uma articulação (com funções orgânicas) do próprio povo. A questão deve estendida a toda cultura nacional-popular e não se restringir apenas a literatura narrativa: o mesmo deve ser dito do teatro, da literatura científica em geral (ciências naturais, história, etc.). Por que não surgem na Itália escritores como Flammarion? Por que não nasceu uma literatura de divulgação científica, como na França e em outros países? Esses livros estrangeiros, quando traduzidos, são lidos e procurados, obtendo freqüentemente enorme sucesso. Tudo isso significa que toda a “classe culta”, com sua atividade intelectual, está separada do povo-nação, não porque o povo-nação não tenha demonstrado ou não demonstre se interessar por esta atividade em todos os seus níveis, dos mais baixos (romances de folhetim) ao mais elevados, como o atesta o fato que ele procura os livros estrangeiros adequados, mas sim porque o elemento intelectual nativo é mais estrangeiro diante do povo-nação do que os próprios estrangeiros”.

Ressalta-se também, que além dos crimes praticados contra a integridade física de inúmeros cidadãos, os atos de violência do regime se estenderam a aspectos econômicos da sociedade, pois mesmo com a exaltação do chamado “milagre brasileiro”, durante a década de 70, a ditadura militar trouxe prejuízos à economia do país, em decorrência de um alto endividamento interno e externo, que favoreceu somente os grupos pertencentes às classes mais abastadas. Basta observar o estudo do Censo Demográfico, realizado sobre a pobreza no Brasil, durante aquele período. Conforme expõe Fausto Cupertino (1977), a participação do aumento da renda no país, era de 3% em relação aos 50% mais pobres, de 10% em relação aos 30% menos pobres, de 13% em relação aos seguintes e de 74% referentes aos 10% mais ricos, isto é, o chamado “milagre brasileiro”, nada mais era que um jogo publicitário por parte do governo que continuava, com suas políticas, ampliando, significativamente a concentração de renda.

A falácia construída pelo “milagre brasileiro” servia para encobrir as crueldades cometidas pelos integrantes da ditadura, que além de terem criados as bases para futuros problemas econômicos no país, intensificaram os aparelhos repressivos, de forma a tratarem os “inimigos do regime” como verdadeiros “inimigos de guerra”, sem que fosse respeitado qualquer direito voltado às garantias processuais básicas.

Tais condutas foram responsáveis por vitimar inúmeras pessoas, que, quando não desapareciam ou eram encontradas mortas, tiveram suas vidas alteradas, pois tinham que lidar com os traumas provenientes dos abusos e arbitrariedades praticadas pelo regime. No entanto, apesar de se reconhecer a extensão das “monstruosidades” cometidas pela ditadura, não se conseguiu ainda, precisar os números de vítimas que padeceram com algum tipo de abuso, como torturas, estupros e até mesmo homicídios de parentes e pessoas próximas⁵⁰.

De qualquer modo, “a repressão fora disseminada contra toda a população brasileira que discordasse do governo, muitas vezes atingindo pessoas inocentes” (AGRA, TAVARES, 2009, p.77), o que por si só, já expõem os malefícios causados pelo regime militar, conforme narram Agra e Tavares (2009, p.77):

Esse critério quantitativo não se mostra idôneo para avaliar os malefícios provocados pelo regime de exceção brasileiro, que provocou sérias consequências aos direitos dos cidadãos. O obstaculamento das garantias democráticas por si só já se mostra como um crime inenarrável. Não se deve esquecer dos cidadãos que sofreram coerção por órgãos governamentais ou sofreram abalos psicológicos pelo

⁵⁰Segundo Flávia Piovesan (2011, p.81) durante o pouco mais de vinte anos de sua duração, o governo militar foi responsável pelo desaparecimento de 150 pessoas, o assassinato de 100 pessoas e mais de 30.000 casos de tortura. Porém existem controvérsias em relação a estes dados, pois em uma outra contagem, presume-se que cerca de 300 pessoas morreram de decorrência das arbitrariedades cometidas, enquanto que o número de pessoas torturadas seria em torno de vinte mil (AGRA, TAVARES, 2009, p.77).

temor das condutas acintosas aos direitos fundamentais. Nesse número, por exemplo, não estão computados todos aqueles que acabaram sendo levados aos porões da ditadura militar, expostos a toda sorte de pressões psicológicas. A ausência de liberdades constitucionais provocou uma mitigaçāo na cultura de cidadania da população, privando-a de desenvolver suas capacidades e de desenvolver seu senso republicano, o que, de forma tautológica, mostra-se como um crime dos mais aberrantes.

Logo, diante a clareza das violações cometidas, deve-se buscar soluções para que alcance da lei de anistia não favoreça aqueles que realizaram inúmeros delitos em nome da ditadura, posto que, se a sociedade brasileira não exigir que se tenham mudanças em relação ao tratamento dado aos que foram beneficiados pelo governo militar, estará ela endossando atos semelhantes aos praticados nos mais terríveis sistemas totalitários.

Neste aspecto, em razão do histórico de políticas transicionais implementadas no Brasil, bem como dos inúmeros delitos praticados durante o regime militar decorrente do golpe de 1964, torna-se imprescindível rever todo o processo de redemocratização brasileiro, de maneira em que haja o rompimento definitivo com a consciência autoritária difundida perante a população e a construção de novas práticas políticas e jurídicas emancipadoras, que sejam capazes de estabelecer punições aos agentes da repressão, que trouxeram inúmeros traumas a sociedade brasileira.

2 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL

2.1 Conceito de Justiça de Transição

Conceituar a expressão “Justiça de Transição” não se trata de uma tarefa fácil, posto que, para isso, deve-se antes compreender o seu surgimento, com a finalidade de explicá-la sem que haja “confusões” teóricas que possam prejudicar o entendimento da matéria.

O campo da justiça de transição surge diante os dilemas práticos que se originam em decorrência de uma fase política transicional em um determinado país. Em consequência disso, poderia se dizer que tal ramo do direito trata-se de um “conjunto de processos destinados a abordar violações passadas aos direitos humanos na sequência de períodos de turbulência política, repressão estatal ou conflito armado” (OLSEN, PAYNE, REITER apud QUINALHA, 2013, p. 141).

Nessa mesma linha demonstra Zalaquett (apud ARTHUR, 2011, p. 75/76) que a justiça de transição é uma nova área da prática dos direitos humanos, que visa resolver os problemas, cuja complexidade ética e legal, não permitem que sejam respondidos imediatamente.

Contudo, a falta de soluções imediatas da justiça transicional, não deve impedir que se construa uma resposta sistemática ou generalizada com base nas concepções da dignidade humana, de maneira que seja possível reconhecer as vítimas e garantir a construção da verdade e da memória em conjunto com as reparações devidas e punições adequadas. Por essa razão, Jon Elster (apud QUINALHA, 2013, p.140/141) afirma que “a justiça de transição é composta de processos judiciais, purgações/depurações e reparações, que têm lugar após uma transição de um regime político para outro”.

Em face disso, a justiça de transição se configura como um campo de extrema importância na área do Direito, uma vez que se estrutura como peça crucial na formação de um novo ordenamento jurídico que seja capaz de trazer uma legitimidade democrática na organização do Estado, que tenha passado por um longo período de ditadura. Por isso a necessidade de se entender as dimensões que a envolvem, bem como os demais institutos jurídicos que são definidos a partir da justiça transicional.

2.1.1 Dimensões Políticas da Justiça de Transição

A construção de um sistema baseado em uma justiça de transição, capaz de assegurar que os interesses de classes não se sobreponham aos interesses populares, parece algo bastante complexo, ainda mais quando se ressalta que mesmo com o rompimento de um regime autoritário, o que se reconstitui são as bases de uma sociedade inserida sob as formas clássicas da república burguesa.

Diante disso, a justiça transicional, que tem como escopo estabelecer uma nova estrutura social e política na condução estatal, não consegue, em regra, instituir uma nova estrutura econômica, capaz de suprir as desigualdades e o domínio das classes dominantes em relação às classes subalternas. Até porque, tal objetivo somente seria atingido mediante um processo revolucionário, com forte participação popular.

No entanto, na medida em que a justiça de transição é realizada de maneira a romper adequadamente com os vínculos autoritários de um regime anterior, torna-se possível ampliar as bases de uma nova fase de desenvolvimento de caráter burguês, que, embora não modifique a relação oriunda da luta de classes, permite que haja uma democratização nos espaços de reivindicação das mais diferentes camadas sociais.

Foi o que, inclusive, constatou Fernandes (1982, p.38) com o fim da ditadura militar no Brasil:

Para que a derrota da ditadura represente uma nova alternativa histórica – ou, melhor, o início de uma nova fase de desenvolvimento da época burguesa – é preciso que as forças sociais sufocadas ou pulverizadas da sociedade civil ocupem todo o espaço histórico que devem saturar sob uma forma mais avançada de capitalismo, apesar da dependência e de sua reorganização e aprofundamento. Somente essas forças poderiam associar a democracia a novos conteúdos econômicos, sociais, culturais e políticos, tirando a república do impasse burguês e injetando nela uma transformação revolucionária, ainda que “dentro da ordem”. Ao impedir ou prejudicar de modo letal a emergência estuante desse fator, a ditadura realiza o bloqueio do inimigo real: ela imobiliza ou contém as classes subalternas e restabelece o velho truque de excluí-las da luta política ou de condicionar sua presença atuante aos requisitos de uma *legalidade viciada*.

Nessa perspectiva, o primeiro passo para que se tenha uma transição compatível com uma estrutura mais democrática, ainda que sob a lógica econômica burguesa, é romper de vez com o arcabouço legal da ditadura, que se forja “como uma espécie de sucuri, em que se apóia a auto-reprodução e a evolução do seu regime político” (FERNANDES, 1980, p.38/39).

Um segundo ponto extremamente relevante, é o estabelecimento de uma “legalidade que atenda as classes subalternas”, ainda que dentro da ordem vigente, de maneira

a lhe proporcionar meios de “auto-organização, autodefesa, existência civil e voz política” (FERNANDES, 1980, p.39). Essa situação permitiria que fossem instituídas novas condições e requisitos de “uma forma política de democracia mais efetiva, capaz de absorver e elaborar historicamente o ativismo econômico, sócio cultural e político independente das classes trabalhadoras” (FERNANDES, 1980, p.39).

Todavia, ainda que as questões acima elencadas pudessem fazer com o que se tivesse uma mudança na estrutura político-jurídico brasileira, não se pode pensar que isso é o bastante para estabelecer uma verdadeira alteração na lógica estrutural burguesa, pois tais processos, no máximo, compensariam “o imenso atraso histórico do Brasil nessa área” (FERNANDES, 1980, p.39).

Além disso, outra questão significativa que tais mudanças acarretam é o estabelecimento de um patamar político próprio da classe trabalhadora a partir do qual “terminariam as mistificações sobre a questão da democracia e a revolução democrática se implantaria solidamente, como uma revolução social permanente, ativa na transformação simultânea e interdependente da sociedade civil e do Estado” (FERNANDES, 1980, p.39).

No entanto, a construção de uma justiça de transição que consiga atender o desenvolvimento da democracia no Brasil, deve também preencher as dimensões políticas que as envolve, sendo que esse processo se aperfeiçoa a partir de quatro etapas que são: a promoção da reparação às vítimas, o fornecimento da verdade e a construção da memória, a regularização das funções da justiça e restabelecimento da igualdade perante a lei, a reforma das instituições perpetradoras de violações contra os direitos humanos (ABRÃO; TORELLY, 2010, p.28/29).

Em relação à reparação às vítimas é imprescindível que haja o reconhecimento de pelo menos dois fatores essenciais na fixação da responsabilidade civil do Estado diante as condutas criminosas praticadas durante o regime militar, que são: o reconhecimento de que os fatos ocorridos injustificadamente danosos é de responsabilidade estatal e o reconhecimento da obrigação do Estado de indenizar danos injustos por ele causados (ABRÃO; TORELLY, 2010, p.30).

Cabe salientar que a inatividade das autoridades de punirem na esfera penal os agentes estatais que praticaram crimes comuns durante o regime militar não impede a responsabilização civil do Estado, tanto em favor daqueles que tiveram sua dignidade infringida por terem sofrido torturas (como a violência sexual, maus tratos, entre outras práticas), como também em relação aos parentes das milhares de vítimas que tiveram de lidar com as consequências de ter uma pessoa próxima constrangida por um regime opressor, tendo

em vista que houve graves violações a direitos de personalidade devidamente consagrados pela legislação pátria atual.

A idéia de responsabilidade do Estado surge com o intuito de dar uma resposta, ainda que limitada, no campo do direito civil, a todos àqueles que sofreram em razão das perseguições ocorridas por um governo que, de forma autoritária e ilegítima, buscou impor um sistema político com a finalidade de atender os interesses de uma classe dominante.

Como os atos praticados pelo regime militar são de natureza comissiva, a responsabilização estatal deverá ser objetiva⁵¹, posto que, diante tais hipóteses, “o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p.58/59).

Embora, em muitos casos, estivessem agindo sob o manto da legalidade⁵², as práticas cometidas durante o regime militar contra aqueles que se opunham ao governo golpista, estavam maculadas pela ilegitimidade, o que por si só, provoca a possibilidade de reparação pelos danos sofridos⁵³.

Vale lembrar que a legalidade não pode ser utilizada como meio de se escusar das responsabilidades derivadas dos danos provocados a terceiros, haja vista que, embora seja a ilicitude que geralmente culmina na idéia de responsabilização, conforme demonstra José dos Santos Carvalho Filho (2004, p. 443), “o ordenamento jurídico faz nascer a responsabilidade até mesmo de fatos lícitos”, até porque, “se o Direito é reduzido a pura legalidade, já representa dominação ilegítima” (LYRA FILHO, 2006, p.10)

⁵¹Na responsabilidade civil objetiva exclui-se o elemento “culpa” para se responsabilizar e consequentemente determinar a reparação, isto é, para ser configurada, apenas exige-se que o agente tenha praticado uma conduta, com nexo causal capaz de gerar um resultado danoso. Diferente do que ocorre com a responsabilidade subjetiva, cuja configuração exige além da conduta, do nexo causal e do resultado danoso, o elemento “culpa”.

⁵²Em entrevista concedida a Agência Brasil, Vladimir Safatle expõe que a ditadura militar “inaugurou um regime extremamente perverso que consiste em utilizar a aparência da legalidade para encobrir o mais claro arbítrio. Tudo era feito de forma a dar a aparência de legalidade. Quando o regime queria de fato assassinar alguém, suspender a lei, embaralhava a distinção entre estar dentro e fora da lei. Fazia isso sem o menor problema. Todos viviam sob um arbítrio implacável que minava e corroía completamente a ideia de legalidade. É um dos defeitos mais perversos e nocivos que uma ditadura pode ter”. (Tentando apagar a história da ditadura, por Vladimir Safatle. Carta Capital. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/vladimir-safatle-tentando-apagar-a-historia-da-ditadura/>> Acesso em 10 de julho de 2012.).

⁵³Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo (2002, p.853) “em muitos casos a conduta estatal geradora do dano não haverá sido legítima, mas, pelo contrário, ilegítima. Sem embargo, não haverá razão, ainda aqui, para variar as condições de engajamento da responsabilidade estatal. Deveras, se a conduta legítima produtora do dano enseja responsabilidade objetiva, *a fortiori* deverá ensejá-la a conduta ilegítima causadora da lesão jurídica. É o que tanto numa como noutra hipótese o administrado não tem como se evadir à ação estatal. Fica à sua mercê, sujeito a um poder que investe sobre uma situação juridicamente protegida e a agrava. Saber-se, pois, se o Estado agiu ou não culposamente (ou dolosamente) é questão irrelevante. Relevante é a perda da situação juridicamente protegida. Este só fato já é bastante para postular a reparação patrimonial.”

Neste sentido é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 863):

No caso de comportamentos comissivos, a existência ou inexistência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano (ilícita ou lícita), mas pela qualificação da lesão sofrida. Isto é, a juridicidade do comportamento danoso não exclui a obrigação de reparar se o dano consiste em extinção ou agravamento de um direito.

Em face de tal cenário, não tendo sido acolhida pelo direito brasileiro a tese da irresponsabilidade do Estado⁵⁴, haja vista que, conforme ilustra Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 703), sempre houve um repúdio pela doutrina e pelos tribunais pátrios a referida teoria, o entendimento mais correto é o da responsabilização civil do Estado pelas práticas dos agentes de repressão durante o regime militar.

Do mesmo modo, outra questão que se mostra pertinente é se já estaria prescrita qualquer possibilidade de reparação em razão do decurso do tempo. Fazendo-se uma interpretação puramente normativa poderia se concluir que a reparação civil em relação às vítimas da ditadura militar e aos parentes ou pessoas próximas a elas, não seria cabível, uma vez que, teria ocorrido a perda da pretensão da ação⁵⁵, posto que o prazo prescricional para a responsabilidade civil do Estado é de 5 anos, em decorrência do art. 1º do decreto 20.910/32.

Contudo, caso essa posição viesse a prevalecer, haveria uma irrazoabilidade na decisão que julgassem o mérito da demanda, uma vez que não se podem considerar institutos normativos que são aplicados em períodos de normalidade democrática, em situação em que houve graves violações de direitos humanos (AMARAL, SANTOS, 2013, p. 115/116).

Nota-se que no caso da prescrição e decadência, a opção do legislador deverá ser recusada, na hipótese de haver “alguma agressão ao modelo constitucional do direito processual civil” (BUENO, 2011, p.387). Ainda mais pelo fato de que, conforme muito bem assinalou Paulo Bonavides (2001b, p.233), “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição do que o princípio da dignidade humana”.

No caso do Brasil, tal postura já vem sendo adotada pelos tribunais, como se pode verificar em julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial de nº 1104731/RS:

⁵⁴De acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2004, p. 446) “na metade do século XIX, a idéia que prevaleceu no mundo ocidental era a de que o Estado não tinha qualquer responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes”. Continua o renomado autor a expor que “essa teoria não prevaleceu por muito tempo em vários países. A noção de que o Estado era o ente todo-poderoso, confundida com a velha teoria da intangibilidade do soberano e que o tornava insuscetível de causar danos e ser responsável, foi substituída pela do Estado de Direito, segundo o qual deveriam ser a ele atribuídos os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas”.

⁵⁵Na definição de Cássio Scarpinella Bueno (2011, p.387), diferentemente da decadência em que há a perda do próprio direito, a prescrição se trata da “perda de possibilidade de exigir o direito em face de outrem.”

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REGIME MILITAR. TORTURA. IMPRESCRITIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/1932. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADADE. 1. As ações indenizatórias por danos morais decorrentes de atos de tortura ocorridos durante o Regime Militar de exceção são imprescritíveis. Inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 1º do Decreto 20.910/1932. Precedentes do STJ. 2. O Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas – incorporado ao ordenamento jurídico pelo Decreto-Legislativo 226/1991, promulgado pelo Decreto 592/1992 –, que traz a garantia de que ninguém será submetido a tortura, nem a pena ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, bem como prevê a proteção judicial para os casos de violação de direitos humanos 3. A Constituição da República não estipulou lapso prescricional à faculdade de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade. 4. Hipótese em que o Tribunal de origem, ao concluir, diante da documentação colacionada aos autos, que o autor foi realmente preso e torturado, tendo sofrido danos psicológicos permanentes, fixou indenização por danos morais em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). 5. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que somente em casos excepcionais é possível rever o valor da indenização, quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, o que, in casu, não se configura. 6. Recurso Especial não provido.

Já em relação à segunda dimensão política da justiça de transição, que é voltada ao fornecimento da verdade e a construção da memória, embora a comunidade internacional somente tenha iniciado a discussão desse direito em tempos recentes, a Organização das Nações Unidas “afirmou que direito a verdade alcançou o *status* de uma norma costumeira do Direito Internacional” (MÉNDEZ, 2011, p.201).

Porém, o acesso à verdade e a construção da memória dos fatos que ocorreram durante o período da ditadura militar, assim como em outros sistemas autoritários, devem ser desempenhadas, de maneira em que os processos de anistia sejam revistos, sobretudo em relação aos que atuaram em favor de Estados e governos que atentaram contra a dignidade humana de seus cidadãos.

Para isso, tornou-se indispensável o estabelecimento da imprescritibilidade de determinadas condutas, que violaram gravemente os direitos humanos, de forma não apenas a por “em xeque a anistia como elemento chave para promover a paz social”, mas também tornar-se “inaceitável a dissimulação ou ocultação da realidade, condenando toda e qualquer medida que estimulasse a amnésia coletiva” (CAMARGO, 2009, p. 425).

Perante esta perspectiva, observa Camargo (2009, p. 425):

Dentre os mecanismos que adotados na chamada justiça de transição, sobressaem os que anulam os efeitos do tempo sobre a memória e convertem a lembrança e o conhecimento do passado em imperativos de natureza ética e jurídica. O pacto do silêncio, que antes se considerava imprescindível para alcançar a reconciliação, cede lugar ao direito inalienável de conhecer à verdade e de voltar ao passado para exorcizá-lo.

No Brasil, as medidas tomadas em relação ao fornecimento da verdade e a construção da memória, comparado ao que ocorreu em outros países que passaram pela mesma situação, foram realizadas de maneira tardia, sendo que a providência mais relevante em relação a esse assunto foi a aprovação da lei 12.528 de 2011, que instituiu a chamada “Comissão Nacional da Verdade”, cuja análise será feita neste trabalho no momento oportuno.

No que tange a terceira dimensão política da justiça de transição que trata da regularização das funções da justiça e restabelecimento da igualdade perante a lei, somente pode ser concretizada mediante a implementação da quarta dimensão política que seria a reforma das instituições perpetradoras de violações contra os direitos humanos.

Como já dito, as práticas oriundas da ditadura se baseavam muitas vezes na legalidade instituída, o que expunha as entranhas de um regime que não era comprometido com instituições responsáveis que garantisse ao cidadão o mínimo de direitos, como o devido processo legal, a inviolabilidade de seu corpo e o direito a um tratamento digno.

No entanto, além de a legalidade não poder ser uma forma de isentar a responsabilidade estatal pelos atos praticados, não pode também ser considerada como legítima, quando a regularização das funções básicas da justiça do Estado e o tratamento igualitário perante a lei estavam seriamente comprometidos.

Na realidade, seria até mesmo correto dizer, conforme lembra Safatle (2010, p.245), que durante a ditadura militar, o que se tinha era a legalidade reduzida à “dimensão de aparência”, de modo em que, na prática, o regime se constituía sob a esfera de um verdadeiro Estado ilegal. Neste sentido continua a expor Safatle (2010, p.251):

Levemos em conta uma das características mais decisivas da ditadura brasileira: sua legalidade aparente ou, para ser mais preciso, sua capacidade de reduzir a legalidade à dimensão de aparência. Tínhamos eleições com direito a partido de oposição, editoras que publicavam livros de Marx, Lenin, Celso Furtado, músicas de protesto, governo que assinava tratados internacionais contra a tortura, mas, no fundo sabíamos que tudo isto estava submetido à decisão arbitrária de um poder soberano, que se colocava fora do ordenamento jurídico. Quando era conveniente as regras eleitorais eram modificadas, os livros apreendidos, as músicas censuradas, alguém desaparecia. Em suma, a lei era suspensa. Uma ditadura que se servia da legalidade para transformar seu poder soberano de suspender a lei, de designar terroristas, de assassinar opositores, em um arbítrio absolutamente traumático. Pois nesse tipo de situação, nunca se sabe quando se está fora da lei, já que o próprio poder faz questão de mostrar que pode embaralhar, a qualquer momento, direito e ausência de direito, dentro e fora da lei. O que no demonstra como a verdadeira função da ditadura brasileira era gerir a generalização de uma situação de anomia que ele mesmo alimentava.

O que se tinha era o total comprometimento das instituições estatais ao regime, demonstrando, assim, a necessidade de suas reformas no processo de democratização, com o

fim de romper definitivamente com as violações de direitos que foram perpetradas durante anos contra aqueles que, de algum modo, contrariaram a ditadura⁵⁶.

Para isso torna-se inevitável que haja uma revisão na própria organização administrativa do Estado, o que ainda não ocorreu na realidade brasileira, pois a Constituição Federal de 1988 herdou a mesma estrutura construída pela ditadura, de forma em que não houve mudanças profundas no arcabouço burocrático edificado durante a permanência dos governos militares no poder⁵⁷.

Isso é reflexo da própria realidade brasileira em que se instituiu tardivamente e de forma bastante tímida, as dimensões políticas da justiça de transição, comparando-se o que aconteceu com outros países latino-americanos que passaram por situações semelhantes. No entanto, deve-se reconhecer que algumas medidas foram tomadas, dentre as quais se destacam, de acordo com o que elenca Abrão e Torelly (2011, p.223/224):

[...] a extinção do Serviço Nacional de Informações (SNI); a criação do Ministério da Defesa, submetendo os comandos militares ao poder civil; a criação do Ministério Público, com missão constitucional que envolve a proteção do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; a criação da Defensoria Pública da União; a criação de programas de educação em direitos humanos para as corporações de polícia promovidos pelo Ministério da Educação; a extinção dos Doi-Codi e DOPS; a revogação da lei de imprensa criada na ditadura; a extinção das divisões de segurança institucional (DSI's) ligadas aos órgãos da administração pública direta e indireta; a criação da Secretaria Especial de Direitos Humanos; as mais variadas e amplas reformas no arcabouço legislativo advindo do regime ditatorial; a criação dos tribunais eleitorais independentes, com autonomia funcional e administrativa.

A dificuldade em restabelecer, de forma plena, as instituições democráticas no Brasil, reflete na própria possibilidade de se investigar, processar e punir os agentes que cometem crimes no período da ditadura, o que por sua vez, obstaculiza a concretização da dimensão política de regularização da justiça e restabelecimento na igualdade perante a lei.

Como lembra Abrão e Torelly (2011, p.226), não existem no Brasil “julgamentos relativos aos agentes perpetradores de violação aos direitos humanos durante a ditadura militar” e tampouco há o reconhecimento do direito de proteção judicial das vítimas do regime, o que faz com o que seja mantida uma situação na qual as pessoas que sofreram as arbitrariedades por parte do Estado, não sejam tratadas de forma justa e igualitária, na medida em que presenciam a impunidade e o “esquecimento” dos delitos que lhe foram praticados.

⁵⁶O direito a novas instituições, reformadas e responsáveis, tem como fim atender a sociedade em geral, que é a principal titular desse direito, sendo que em relação às vítimas, seus direitos estão consagrados no direito de ver a justiça sendo efetivada; no direito de conhecer a verdade e no direito à indenização e também a formas não monetárias de restituição (MÉNDEZ, 2011, p.200).

⁵⁷Sobre o assunto confira: BERCOVICI, Gilberto. O Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo permanece: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: SAFATLE, Vladimir. TELES, Edson. O que resta da ditadura. São Paulo: Boitempo, 2010.

Cabe ressaltar, entretanto, que as quatro dimensões da justiça de transição, que, necessariamente geram obrigações para o Estado⁵⁸, tratam de providências que, apesar de se complementarem, podem ser tomadas de maneira independente, sem que a ausência de uma comprometa totalmente a outra⁵⁹. Foi o que aconteceu, por exemplo, na Argentina em que o governo de Carlos Menem promoveu uma política bastante abrangente de compensação financeira para as vítimas da ditadura imposta naquele país durante a década de 70, mas pouco contribuiu para esclarecer perante as famílias os desaparecimentos ou paradeiros de seus entes queridos, acobertando, de certo modo, a revelação da verdade dos fatos (MÉNDEZ, 2011, p.202).

Não obstante o caso argentino em que em um primeiro momento determinou a reparação das vítimas sem estabelecer a verdade de forma irrestrita, os acontecimentos que ocorreram após o período ditatorial demonstram também que as condutas iniciais a serem tomadas em favor de uma justiça de transição plena, podem configurar um “ponto de partida” para se efetivar as dimensões políticas em sua integralidade, uma vez que, atualmente, estão sendo processados e julgados os membros que praticaram condutas criminosas a favor do regime militar daquele país, inclusive ex-presidentes.

De qualquer forma, pode-se concluir, que a finalidade maior da construção prática e teórica das dimensões da justiça de transição e seus direitos correlatos, independentemente de sua aplicação total ou parcial, é “permitir que a comunidade internacional insista em certas medidas para além da tentativa artificial por parte dos governos de riscar o assunto de suas agendas políticas e seguir em frente” (MÉNDEZ, 2011, p.202), isto é, conforme explica Abrão e Torelly (ABRÃO; TORELLY, 2010, p.30), trata-se da necessidade de se tornar importante a diferenciação de “argumentos jurídicos-políticos utilizados nos debates em planos nacionais e internacionais, de modo a refinar a análise e torná-la mais coerente com a realidade, permitindo diagnósticos mais eficientes na orientação da ação”.

⁵⁸[...] “no dinâmico cenário de uma transição, as quatro dimensões políticas da Justiça Transicional adquirem status de obrigações jurídicas ao passarem a compor o acordo político constitucional que dá integridade a um sistema de direitos fundado nos valores da democracia e dos direitos humanos, articulando, inclusive, o direito interno e o direito internacional” (ABRÃO; TORELLY 2010, p.30).

⁵⁹A aplicação parcial das dimensões políticas da justiça de transição, embora seja, em muitos casos, um “primeiro passo” para a concretização de um sistema transicional efetivo na construção do regime democrático, não pode ficar limitada, pois o objetivo pleno de se ter uma transição capaz de romper, de maneira definitiva com o ordenamento anterior, somente será alcançado, na hipótese em que se tenha a incidência total de todas as dimensões. Caso isso não ocorra, até seria possível que parte das dimensões políticas fossem aplicadas, considerando-se que podem atuar de maneira independente, porém, não se poderia afirmar que isso estaria isento de qualquer prejuízo.

2.1.2 O Direito à memória e à verdade e a lei 12.528 de 2011

Como uma das dimensões a serem instituídas em um processo transicional, o direito à memória e à verdade visa resgatar os acontecimentos que ocorreram durante a vigência de um determinado regime autoritário, sendo que, no caso brasileiro, apesar de algumas medidas terem sido realizadas, ainda há um enorme atraso no resgate aos fatos históricos que marcaram a ditadura militar em um dos momentos de maior truculência, por parte das autoridades estatais, da trajetória político-institucional do país.

O imperativo de se reviver a história política e social brasileira durante o período da ditadura militar vem em consonância com a necessidade de se reformar as instituições estatais, bem como permitir a abertura do debate sobre a instauração de processos criminais contra os agentes da repressão. No entanto, para que isso seja viável, o Estado brasileiro deve autorizar e fornecer todos os documentos que comprovam as arbitrariedades praticadas pelo governo militar, mediante a abertura dos chamados “arquivos secretos da ditadura”.

De acordo com o que destaca Ana Maria de Almeida Camargo (2009, p.425/426), se “existe consenso quanto à idéia de que os arquivos desempenham importante papel na sociedade contemporânea”, inclusive como “ferramenta para o exercício da democracia e dos direitos civis”, tal importância é “particularmente acentuada quando se trata de documentos que, tendo sobrevivido aos regimes repressivos que lhe deram origem, deixam de instrumentalizar as instituições que os acumularam”, como as forças armadas, os serviços de inteligência, a polícia política e os tribunais de exceção, haja vista que “passam a surtir o chamado efeito-bumerangue”, pois são utilizados como prova dos abusos e arbitrariedades cometidas⁶⁰.

Ressalta-se que somente com a abertura dos arquivos poder-se-ia constituir-se de elementos probatórios capazes de restaurar os fatos e reconhecer, de maneira categórica, as condutas criminosas praticadas pelos agentes estatais durante a ditadura, até porque, como

⁶⁰Todavia, como lembra Camargo (2009, p. 428), “é preciso ultrapassar as aparências e as formulas manifestas, passíveis de imediata identificação em cada documento singular. Afinal os arquivos são conjuntos de documentos que, necessariamente unidos por “conexão lógica e formal”, só tem sentido pleno quando se considera o sistema de relações que mantém entre si e com o todo – o chamado vínculo arquivístico, determinada por sua função originária. Não basta, por exemplo, procurar pistas sobre o paradeiro de um desaparecido político em dossiê, processo ou ficha que ostenta seu nome, em meio aos arquivos dos órgãos de segurança; é preciso ampliar o escopo da busca e vasculhar documentos similares em nome de outras pessoas, além de examinar os que resultaram das trocas de informações entre diferentes níveis hierárquicos, serviços e instituições que atuaram durante o período repressivo, em regime de estreita colaboração. Essa visão tentacular – nem sempre óbvia para quem investiga, apesar de necessária para delimitar o contexto de produção dos documentos – é crucial para compreender a especificidade dos arquivos e, consequentemente, a natureza de sua força probatória”.

lembra Randolph Starn (apud CAMARGO, 2009, p. 426), os “regimes mais manipuladores produzem documentos que podem voltar para assombrá-los”, sendo esse, segundo o referido autor, um dos principais aspectos “do fascínio exercido pelos arquivos”.

É o que expõe Dorothea McEwan (apud COIMBRA, 2010, p. 91), sobre o assunto:

Os arquivos são repositórios de memória que contêm as provas, relevantes para analisar o passado. Os quatro tipos de memória – pessoal, colectiva, histórica e arquivística – interagem de maneira complexa e por vezes confusa permitindo – nos compreender o passado e dele retirar ensinamentos. A memória contida nos arquivos é uma construção social que reflecte as relações de poder na sociedade.

Nesse aspecto, o acesso aos documentos que relatam o que ocorreu na ditadura militar brasileira é imprescindível, já que seria o único meio de expor, de forma clara, o que realmente aconteceu durante aquele período e, por consequência, permitir que seja reavivada a memória coletiva da sociedade⁶¹, mediante o contato com os arquivos que revelam a verdade.

Esse contato, todavia, somente será possível por meio da valorização do trabalho dos arquivistas que “desempenham um importante papel de mediadores na seleção dos documentos a preservar e, na colocação das coleções assim constituídas, à disposição dos investigadores” (MCEWAN apud COIMBRA, 2010, p. 91). O trabalho dos arquivistas, na medida em que identificam os obstáculos criados pelos grupos de poder em uma determinada sociedade (durante uma determinada época) é que permite salvaguardar os documentos que poderiam ser destruídos e consequentemente comprometer o acesso das gerações futuras na identificação e na preservação da memória, o que, possivelmente, prejudicaria o resgate dos fatos históricos, imprescindíveis, ao relato das arbitrariedades praticadas.

⁶¹“Vale ressaltar que a memória coletiva não se refere, apenas, ao que foi vivenciado direta e pessoalmente pelos seus sujeitos. Abrange, também, aquela herança que, muitas vezes, é transmitida através de gerações e cultivada por quem a recebe, sendo que sua longevidade depende da magnitude e da profundidade das marcas deixadas por determinado evento histórico. Não por outra razão, uma interessante diferenciação feita por Jan Assman e Arno Gisinger, autores que se dedicam a essa temática, é entre a memória comunicativa e a memória cultural. A memória comunicativa é direta, transmitida pelos que vivenciaram ou testemunharam diretamente acontecimentos lembrados. É, via de regra, de curta duração, pois a vida média de uma testemunha gira em torno de oito décadas, após o que a memória do fato não tem mais essa fonte primária dos que o vivenciaram. Por sua vez, a memória cultural surge a partir do desaparecimento da comunicativa. Em geral, algumas décadas após os acontecimentos das testemunhas vivas. A reação natural diante dessa constatação é, então, mobilizar o conjunto de meios disponíveis para conservar e prolongar essas lembranças. A transição de conteúdos do primeiro para o segundo tipo de memória também marca a entrada desse material histórico no domínio público. Apenas com essas transformações, faz-se então possível a transmissão da memória contra a tendência ao esquecimento” (QUINALHA, SOARES, 2011, p.257/258).

Porém, cabe observar, que estando à investigação da verdade intimamente vinculada à busca da memória, esta não pode ser confundida com as restrições estabelecidas pela história oficial, uma vez que, como explica Pierre Nora (apud COIMBRA, 2010, p. 91/92), tratam-se de conceitos que não se confundem, na medida em que:

Memória, história longe de serem sinônimos, apercebemo-nos, são, em quase tudo, o oposto. Memória é a vida, sempre conservada por grupos vivos e por isso sempre em permanente evolução, aberta à dialéctica da recordação e da amnésia, inconsciente das suas deformações sucessivas, vulnerável a todas as utilizações e manipulações, susceptível de longos estados de latência e de súbitas revitalizações. História é a construção sempre problemática e incompleta do que já não existe. A memória é um fenômeno sempre actual, um laço vivido num eterno presente. A história uma representação do passado. Porque é afectiva e mágica a memória rodeia-se de detalhes que a confortam; alimenta-se de recordações fluidas, telescópicas, globais ou flutuantes, pessoais ou simbólicas, sensível a todas as transferências, filtros, censura e projecções. A história, porque é uma operação intelectual e laicizante, apela à análise e ao espírito crítico. A memória coloca a lembrança no plano do sagrado, a história desaloja-a desse plano e torna-a sempre prosaica. A recordação é mantida por um grupo que ela própria cimenta e une, o que no dizer de Hallbwachs significa que há tantas memórias quantos os grupos. Que ela é ao mesmo tempo múltipla e desmultiplicada, colectiva, plural e individual.

A despeito desse traço e com base em concepção semelhante, compartilham Inês Virgínia Prado Soares e Renan Honório Quinalha (2011, p.273):

[...] a memória coletiva é sempre uma construção, feita de consciência e vontade, levada a cabo por ações grupais; nunca é automática ou espontânea. Como não se trata de um dado natural, a memória não pode contemplar apenas as versões oficiais da história, mas também os dissensos. Além disso, o exercício efetivo da memória não se resume, apenas a incluir uma efeméride no calendário festivo a construir um ceremonial de homenagem ou mesmo a erguer um memorial de vítimas a ditadura. É a combinação entre essas diversas iniciativas, acervos e lugares que potencializa a ação singular de cada um deles, constituindo um mapa ou uma topografia da memória capaz de enriquecer os sentidos do contexto democrático atual, compartilhados pela coletividade, numa perspectiva intra e intergeracional.

Do mesmo modo, a construção de uma “memória social justa” passa também pela investigação das vítimas, pois é a partir dessa averiguação que se terá outra narrativa histórica, capaz de demonstrar a veracidade dos fatos pela memória daqueles que foram silenciados e atingidos por um sistema repressor (QUINALHA, SOARES, 2011, p.262).

Para isso, deve o Estado cumprir com suas obrigações⁶² e estabelecer meios que permitam recordar as atrocidades praticadas no passado, utilizando-se da verdade como

⁶²“Após o retorno à democracia e à paz, cada povo precisa encontrar seu caminho para enfrentar a violência do passado recente e implementar mecanismos que garantam a efetividade do dever de memória e do direito à verdade. É consenso na doutrina internacional que não existe um modelo único para lidar com o legado de graves violações de direitos humanos praticados no curso de um regime autoritário. Porém, de modo sistemático, a comunidade internacional menciona dentre as obrigações elementares dos Estados o oferecimento de mecanismos e instrumentos que permitam a elucidação de situações de violência e que garantam a reparação das vítimas, inclusive simbolicamente” (QUINALHA, SOARES, 2011, p.269).

valor de referência e dos preceitos democráticos para possibilitar que as condutas repressivas sejam visualizadas como um atentado à dignidade humana.

A idéia de um valor de referência trata-se de um “critério que norteia a seleção dos bens culturais, independentemente do contexto em que tais bens são selecionados” (QUINALHA, SOARES, 2011, p.269). Por isso, torna-se necessário classificá-los em pelo menos três categorias, que seriam: o valor de uso, o valor de forma e o valor de símbolo (HERNÁNDEZ, TRESSERAS apud QUINALHA, SOARES, 2011, p.269).

O valor de uso, também conhecido como valor informativo-científico, serve “para atender à necessidade concreta e contemporânea de conhecimento do passado e de revelação da verdade sobre os acontecimentos mais sórdidos da ditadura militar e à resistência a essas práticas” (QUINALHA, SOARES, 2011, p.269)⁶³.

Já o valor de forma ou estético é “aquele que decorre da avaliação do bem pela atração que desperta nos sentidos e em função de outros atributos difíceis de conceituar, preciosidades, aparência exótica ou genial” (HERNÁNDEZ, TRESSERAS apud QUINALHA, SOARES, 2011, p.270). Trata-se de valorar, com atributos destacados pela comunidade, questões que propiciam, conforme observam Quinalha e Prado Soares (2011, p.271), respostas as seguintes indagações:

Como pensar em valor estético de um local que lembra atrocidades, que revela o sofrimento de vítimas, expõe feridas e dores – muitas vezes sem cicatrização? Qual é a demanda que justifica a implantação e a manutenção desses lugares? Tendo em conta a natureza sabidamente traumática dessas experiências da humanidade, por quais razões valeria desencadear recordações de tão desagradável lembrança? Não seria melhor relegá-las àquelas páginas pouco visitadas da história? À primeira vista, essa pareceria a saída mais adequada para livrar-se de um passado indesejável, que não mais pode ser reivindicado, eticamente, no presente. Entretanto, a importância de recordar fatos desse tipo justifica-se por motivos de diversas ordens. Ainda que não pretendamos exauri-los neste artigo, vale destacar os mais importantes. Em tempos mais recentes, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, foi

⁶³“O valor de uso desse espaço de consciência pode ser menos imediato e intangível, ou imediato e direto, neste caso, tangível: apreciamos um valor de uso tangível quando as qualidades do bem, como sua materialidade, fortaleza, forma “útil” e possibilidades de uso prático, o tornam útil para satisfazer as necessidades ou desejos, incluindo a possibilidade de um concurso finalista. O uso tangível do Lugar de Memória passa pela adequação do espaço físico, que pode ser público ou privado, para outro uso que efetive o direito à memória e verdade, promovendo o conhecimento sobre o passado violento. A adaptação do prédio ou local para novo uso, com fins educacionais (educação para direitos humanos e da história recente do país), é viável juridicamente mesmo que esse bem imóvel ainda seja utilizado no presente para a mesma atividade do tempo da ditadura. Assim, por exemplo, no caso de eventual tombamento do DOI-CODI, ocorreria a adaptação de uma delegacia para um Memorial” (QUINALHA, SOARES, 2011, p.269/270). Já o valor de uso intangível do Lugar de Memória comporta benefícios menos concretos e possíveis de serem percebidos a curto caso, posto que, como salienta Joseph Ballart Hernández e Jordi Juan i Tresserras (apud QUINALHA, SOARES, 2011, p.269) a “atribuição do valor ao local decorre da possibilidade de se extrair dele informações mediante a investigação sobre o objeto (em relação a outros objetos e no contexto cultural que lhe é próprio) podemos incrementar nosso conhecimento histórico, nosso conhecimento técnico e nosso conhecimento geral sobre as sociedades passadas e presentes. Os instrumentos, os métodos e o tipo de pergunta que devemos dirigir ao objeto são oferecidos pela arqueologia, história, história da arte, a geografia histórica, a antropologia, ou seja, pelas disciplinas relacionadas com os estudos humanísticos e sociais, bem como pela teoria da ciência”.

acentuada a dimensão ética da contraposição entre a afirmação de um patamar mínimo de cidadania e os episódios de violação sistemática de direitos fundamentais. Assim, o valor estético do horror não é uma particularidade brasileira. Ao contrário: a consciência de que, após eventos sociais traumáticos não é possível retornar com naturalidade a convivência democrática do ponto em que esta foi bruscamente interrompida intensificou a problematização da memória, bem como de seus efeitos para a transição e a consolidação democráticas. Nesse sentido, é possível pensar numa estética do horror, não para contemplá-lo, mas sim para rejeitá-lo pública e definitivamente. A violência, a tortura e outros suplícios praticados contra o cidadão devem ser conhecidos e reconhecidos como o inverso das práticas democráticas. Assim, a estética das graves violações dos direitos humanos deve ser um valor de referência estéril no presente, presa no passado, apresentada ao visitante do Lugar de Memórias que por demandas ligadas à justiça, verdade e memória. Nos Lugares de Memória, nada há de belo ou de esteticamente encantador, como ocorre com outros tantos bens culturais.

Por fim, tem-se o critério do valor simbólico que atua como “presença substitutiva de alguém ou de algo do passado”, ou seja, trata-se do valor simbólico conferido a objetos históricos, que possui “valor especial pela característica singular de participarem ao mesmo tempo do passado e do presente, servindo de nexo entre os momentos temporais” (QUINALHA, SOARES, 2011, p.272)⁶⁴. Nas explicações de Reátegui (2011, p. 363):

[...] convém tomar nota do papel que a memória teve historicamente na organização institucional do poder. Nas ciências sociais é recente o reconhecimento do simbólico – neste âmbito deve-se situar a memória como objeto social – na reprodução de uma sociedade. Entre as melhores tentativas de entender a constituição dos estados modernos ou certos regimes políticos, como a democracia, predominaram até poucas décadas as explicações centradas na economia e na política ou em uma combinação de ambas. O foco a partir do qual as sociedades eram organizadas e configuradas, em nosso entendimento científico mais difundido, encontrava-se na disputa e na administração institucional do poder, cujo núcleo é o Estado, e nos mecanismos de produção e de distribuição de bens, cuja plataforma é o mercado. Lentamente foi se reconhecendo que o poder e a distribuição dos recursos são também, em um sentido muito importante, fenômenos de ordem cultural, ou seja, processos de natureza simbólica que se sustentam nas crenças coletivas e, entre elas, nas formas sociais de recordação do passado. Um dos trabalhos mais influentes a respeito deste reconhecimento da memória como matriz da organização política de uma sociedade foi a inovadora reflexão sobre o fenômeno nacionalista, instigada pelo historiador inglês Benedict Anderson. A idéia da nação como “comunidade imaginada” bem como o papel do Estado na produção institucional da recordação como meios para fundar tal comunidade são moedas correntes em toda reflexão política contemporânea. A elaboração institucional das versões do passado aparece não somente como uma fonte de legitimação do Estado – o qual se constitui um tempo de administrador e programador da imaginação social – mas, também, como uma plataforma para as diversas formas de poder social: por exemplo, o tipo de poder que conecta as classes sociais, o que é projetado difusamente a partir das

⁶⁴“Logicamente ao considerar um valor simbólico nos objetos do passado, abordamos o objeto como veículo de transmissão de ideais e de conteúdos, como veículo de comunicação entre mundos distintos. Como veículo de comunicação, o objeto é portador de sentido, quer dizer, de significado. A compreensão dos significados do objeto histórico constitui o núcleo que chamamos de interpretação. Mas o significado dos conteúdos simbólicos não é fixo, nem eterno; varia com o tempo. [...] Assim, o objeto vai adquirindo uma gama de significados específicos de caráter simbólico que não só aparecem aos olhos dos especialistas, mas também se fixam no imaginário de cada geração. Portanto, com o tempo, o bem patrimonial não só vai adquirindo novos significados, mas também vai adquirindo um novo valor” (HERNÁNDEZ, TRESSERAS apud QUINALHA, SOARES, 2011, p.272).

organizações religiosas, o que é exercido a partir das instituições culturais de uma sociedade. As desigualdades entre os membros de uma sociedade, assim como a força de um setor para influir na vida de outros setores, nunca é um fenômeno de força por si só, ao contrário, é sempre estabelecido em certa recordação coletiva, em certa forma geral de percepção do passado.

Não obstante, deve-se frisar, que no âmbito das discussões formais das transições políticas e na consolidação do processo democrático, a importância trabalhada pelo critério do valor simbólico ainda não obteve a relevância que lhe é merecida. Mesmo quando se considera a cultura política como instrumento essencial ao fortalecimento democrático, uma vez que “tal cultura política é entendida, comedidamente, como um conjunto de disposições do sujeito frente ao sistema político e não como uma representação geral da sociedade e de seu passado por parte dos indivíduos” (REÁTEGUI, 2011, p. 365). Tal concepção está ainda extremamente distante de uma análise mais abrangente da relação entre o simbólico e uma determinada sociedade.

Apesar disso, as referências que estabelecem os lugares da memória, embora nem sempre estejam sobre um plano de relevância máxima da justiça transicional, “são veículos de transmissão da idéia do Nunca Mais e simbolizam a importância dos valores democráticos e do respeito incondicional aos direitos humanos”, o que constitui o imperativo de “preservar os elementos que remetem ao que não pode se repetir”, ao mesmo tempo que possibilita ter “acesso aos suportes que lembram o horror, a tortura e o desrespeito à vida e à integridade física” (QUINALHA, SOARES, 2011, p.272).

Convém sublinhar, que os direitos da vítima em relação à memória e a verdade representam algo novo na discussão internacional relativa a transições de regimes autoritários para a democracia, sendo que se caracterizam também, como um significativo avanço daquilo que se denomina de humanitarismo, que por sua vez, decorre da “revolução da sensibilidade moral mundial cujo ponto de partida pode ser identificado, no mundo jurídico, nos processos de Nuremberg”, embora se situe, na realidade, em um horizonte mais abrangente e antigo, que seria o “da moderna concepção filosófica da universalidade do humano e da dignidade que lhe é inerente (REÁTEGUI, 2011, p.357/358). Sobre a questão do avanço do humanitarismo, explica Reátegui (2011, p. 358):

O *humanitarismo*, como conjunto de premissas e postulados que asseguram certa ordem moral, faz parte da história contemporânea das idéias, porém teve um destino raro em relação à maioria dos sistemas de pensamento: foi incorporado pelo senso comum e se expressa, há décadas, de diversos modos na forma de normatividade jurídica. Trata-se, pois de um sistema de valores que adquiriu existência institucional e que terminou por arraigar-se, também, na ordem política. Ainda que a força coativa do Estado e dos poderes existentes sempre pode-se impor, a longo prazo sua legitimidade – ou seja, sua possibilidade de existir como autoridade sem

que participe da intimidação permanente – está subordinada ao respeito desses valores.

Poder-se-ia sustentar que a afirmação de tais valores institui um paradigma da legitimidade social – o da ideologia dos direitos humanos – que coexiste em tensão com o paradigma anterior, centrado na razão do estado. O teatro dessas tensões é, hoje, a globalização. Esta pode ser vista, principalmente, como a expansão mundial de certos sistemas de administração e de gestão, sobretudo, de caráter econômico. Entretanto, ela é também um fenômeno cultural, na medida em que se enlaça com as formas como nós imaginamos a vida em sociedade: os laços legítimos entre os indivíduos e as formas de subjetividade correspondentes ao indivíduo de nosso tempo. Uma ampla literatura sociológica e antropológica destacou, nos últimos anos, esta dimensão cultural da globalização, expressa em novos padrões de exigência para as relações interestatais e para a convivência multilateral. Entre tais exigências ocupa um lugar importante o humanitarismo político e legal que nasceu depois dos horrores da segunda Guerra Mundial.

Percebe-se que, na medida em que as concepções voltadas ao humanitarismo avançam, constrói-se uma perspectiva baseada na onipresença da memória, já que não seria possível falar no esquecimento, quando se verifica que todo o norteamento do presente e das ações individuais e coletivas tem sua manutenção com base em elementos constituídos em um determinado momento histórico.

A partir de tal reflexão, deve-se salientar que, a questão da memória não se trata de algo simples, pois existem variações na construção na forma de compreendê-la, que muitas vezes está condicionada as valorações e outros elementos subjetivos que interpretam um fato histórico específico a partir de uma “estrutura herdadas de percepção”⁶⁵.

Conforme explana Reátegui (2011, p. 362), as “estruturas herdadas de percepção” que se encontram em uma esfera mais abstrata, bem como a “percepção organizada do passado”, que se encontra nos relatos históricos baseados em aspectos subjetivos e valorativos, expõem que a memória não é “necessariamente um conjunto de enunciados sobre fatos concretos, mas sim um conjunto de disposições assentadas em uma coletividade que orienta as pessoas a perceber os fatos de um modo específico.” Isso é o que explicita no âmbito das violações massivas de direitos humanos, segundo continua a explicar Reátegui (2011, p. 362), “a diferença entre uma memória que descreve fatos e responsabilidades concretos e uma percepção geral do passado que orienta a ver a violência como uma fatalidade”.

Em face de tal cenário, na construção da memória coletiva é inevitável que se combata as “estruturas herdadas de percepção”, pois “por apresentarem a violência como uma

⁶⁵“A rigor, toda representação do presente e toda orientação das ações individuais e coletivas encontram-se sustentadas em certa percepção organizada do passado. Às vezes, essa percepção é manifesta e explícita, está conformada por enunciados definidos sobre fatos pretéritos e por interpretações e valorações específicas. Em outras ocasiões, a memória aparece mais abstratamente, sob a forma de “estruturas herdadas de percepção”, como se sustentou a partir de certa sociologia da vida subjetiva” (REÁTEGUI, 2011, p. 362).

fatalidade inescapável, quase como um destino histórico, são um terreno propício para a impunidade dos perpetradores e para negligenciar as vítimas” (REÁTEGUI, 2011, p.363).

Esse processo de rompimento com as “estruturas herdadas de percepção”, passa pela democratização do processo de construção da memória, mediante a abertura dos espaços públicos com o fim de acolher a participação e contribuição dos excluídos, na reconstituição das lembranças dos fatos pretéritos que identificam os momentos de repressão de um regime autoritário.

Trata-se da construção da chamada memória heterogênea, que como bem define Reátegui (2011, p. 367), refere-se a outras memórias, isto é, a memórias com atores diversos, com conteúdos divergentes sobre o mesmo fato, memórias estruturadas de forma diferente, com diversos horizontes de historicidade e com distintas concepções de tempo, memórias que repousam sobre diversas suposições acerca das relações entre o poder e o Estado, que não privilegiam nem a expressão verbal ou escrita, pois sua expressão se dá pela ação e pela performance.

Neste sentido, acentua Reátegui (2011, p. 367), ao falar da participação dos excluídos na construção da memória nos processos de abertura política da América Latina:

A rigor, as memórias locais, comunitárias, não letradas, sempre estão sendo produzidas à margem do poder institucional e, em muitas ocasiões, subordinando-se formalmente a esses poderes e sem possibilidades de conquistar algum grau de visibilidade e de reconhecimento além das fronteiras da comunidade imediata. Os fenômenos de exclusão se desenvolvem também, secularmente, no plano simbólico da sociedade. O que muda agora – e aqui se deve retomar a conexão com a nova consciência humanitária centrada nas vítimas – é o grau de atenção que se concede a essas memórias como ingrediente dos processos de paz ou de transição política. Em síntese, e em relação com o assunto que nos diz respeito, o fenômeno que às vezes é descrito como uma *explosão da memória* não deve ser entendido como o surgimento de uma prática social inédita dentro dos setores sociais excluídos ou vitimizados, e sim como a incursão de suas memórias no espaço público com um potencial de eficácia política antes impensável.

Ao explorar o universo da memória, mediante a participação das vítimas e dos excluídos, é possível encontrar sua principal função que é a da integração social em torno do exercício coletivo da memória, que se manifesta não como um sentido harmônico ou consensual, mas sim por meio de “recriações simbólicas do passado que disputam com as versões que foram transmitidas ou impostas pelos setores sociais mais poderosos ou pelas instituições culturais da sociedade, como a escola pública ou os meios de comunicação de massa” (REÁTEGUI, 2011, p.369/370).

Contudo, é preciso um cuidado particular na construção de tais memórias, tendo em vista que, ao serem resgatadas (como por exemplo, por uma comissão da verdade), estarão, principalmente em relação às vítimas, impregnadas de uma carga afetiva, cuja

subjetividade excessiva poderá prejudicar a busca verdadeira dos fatos. Daí a importância de se estabelecer o que Henri Rousto (apud REÁTEGUI, 2011, p.373) denominou de “enquadrar as memórias particulares”, que não significa delimitar ou demarcar o campo das memórias produzidas por quem viveu diretamente os fatos, mas sim um avigoramento das mesmas, a partir de uma perspectiva interpretativa mais abrangente.

Por outro lado, além de resgatar a memória através do revigoramento das concepções voltadas a sua construção e da recuperação dos documentos que demonstram verdadeiramente as atrocidades cometidas, torna-se inevitável também, que seja revista qualquer lei de anistia que favoreça aqueles que atuaram em favor de um regime autoritário, pois, de acordo com o que salienta Santos (2010, p. 56), há um conflito inegável entre o direito da sociedade à verdade com tal modalidade de legislação, que muitas vezes tem sido utilizada pelo Estado com o “fim de se jogar o passado no esquecimento em sua integralidade”.

Diante disso, uma pergunta que surge na aplicação do direito a memória e a verdade é saber sobre qual seara que a verdade será tratada. Segundo Jacques Derrida (apud SANTOS, 2010, p.68), que tratou do assunto ao analisar o fim da Apartheid na África do Sul, a “verdade pode ser antes de tudo um obstáculo a reconciliação em vez de levar a ela”. Já para Hannah Arendt (apud SANTOS, 2010, p. 68) a verdade trata-se daquilo “que não podemos modificar, metaforicamente, ela é o solo sobre o qual nos colocamos de pé e o céu que se estende acima de nós”, sendo por isso, conforme continua a expor Arendt (apud SANTOS, 2010, p.69) “odiada por tiranos, que temem com razão a competição de uma força coercitiva que não podem monopolizar”.

Por sua vez, a busca pela verdade deve estar em consonância, não com narrativas realizadas pela história oficial, mas sim com a realidade dos fatos, pois a verdade factual é que se coloca “a serviço de um objetivo”, sendo instrumentalizada a partir de dois extremos que seriam o sim e o não, o culpado e o inocente, de forma distinta do que ocorre com a verdade histórica que se situa, constantemente, “em alguma parte do meio termo” (TODOROV apud SANTOS, 2010, p.67/68).

Daí a imprescindibilidade de se recorrer à via judicial para buscar a punição daqueles que atuaram a favor do regime, pois sendo a verdade factual como aquela que “diz respeito a circunstâncias nas quais muitos são envolvidos” (ARENDT, apud SANTOS, 2010, p.70), há uma necessidade de colheita de elementos probatórios que somente são adquiridos pela persecução penal, haja vista que como narra Juan Mendéz (apud SANTOS, 2010, p. 70):

[...] como método de se chegar à verdade, não se encontrou até agora forma mais eficiente que a confrontação sistemática do procedimento contencioso. Ademais, a verdade obtida em juízo em que os acusados gozam de igualdade de armas para confrontar as provas da acusação, oferecer as próprias e invocar causas de justificação de todo tipo, têm um poder persuasivo e uma qualidade especial que a faz inegável. Esse caráter inegável dos fatos em disputa é o que deve aspirar o Estado que quer cumprir de boa-fé com sua obrigação de fazer respeitar e garantir o exercício do direito à verdade.

Salienta-se que quando “não se obtém a verdade permanece um vazio, pois, a verdade possui uma força que lhe é própria e o que quer que possam idear aqueles que detêm o poder, eles são incapazes de descobrir ou excogitar um substituto viável para ela” (SANTOS, 2010, p. 70). No entanto, conforme prevalece no entendimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, “somente o direito a verdade não é capaz de fazer justiça a vítima” (SANTOS, 2010, p.70/71), tendo em vista que ainda que se consiga resgatar os fatos históricos, “a conjugação de uma Comissão da Verdade com uma anistia não é suficiente para que um Estado faça frente às suas obrigações internacionais, previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos” (SANTOS, 2010, p.71). Isso pode ser observado, por exemplo, na sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “Almonacid Arellano VS. Chile”, em 26 de setembro de 2006, que tratava da ditadura ocorrida naquele país, entre a década de 1970 até o início dos anos 1990 (apud SANTOS, 2010, p.71):

149. A Corte deseja ressaltar uma vez mais a importância que tem cumprido as diversas Comissões chilenas [...] em tratar de construir de maneira coletiva a verdade do ocorrido entre 1973 e 1990. Do mesmo modo, a Corte valora que no Informe da Comissão Nacional da Verdade e Reconciliação se encontre mencionado o nome do Senhor Almonacid Arellano e se faça um breve resumo de sua execução. 150. Não obstante, sem desconhecer o anterior, a Corte considera pertinente precisar que a “verdade histórica” contida nos informes das citadas Comissões não pode substituir a obrigação do Estado em buscar a verdade através dos processos judiciais.

A idéia de se restabelecer a memória do país pela busca da verdade juntamente com as demais dimensões políticas da justiça transicional origina-se em razão da necessidade de se trazer “integridade a um sistema de direitos fundado nos valores da democracia e dos direitos humanos, articulando, inclusive, o direito interno e o direito internacional” (ABRÃO; TORELLY, 2010, p.30).

Por sua vez, a noção de integridade, conforme demonstra Dworkin (2003, p.273), faz com o que seja exigido no direito, o relato da história a partir de uma “coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar”, isto é, qualquer justificativa considerada como crucial para

se tratar de determinado assunto deve estar em consonância com o entendimento de eventos políticos passados. Adaptando-se isso à investigação da verdade, poderia se dizer que, no caso da ditadura militar brasileira, a necessidade de se compreender o que ocorreu durante aquele período, nada mais é do que oferecer à sociedade uma possibilidade de construção democrática, livre dos equívocos praticados na vigência do regime ditatorial, criando-se, assim, a possibilidade de que tanto as vítimas diretas como aqueles que de alguma forma foram atingidos pelas condutas repressivas possam ter acesso aos motivos que lhe propiciaram tamanho sofrimento, bem como exigir a punição de quem atuou em favor do Estado, através de comportamentos criminosos.

Com efeito, a análise do direito como integridade, além de resgatar a verdade e a memória, é o que justificaria a revisão da lei de anistia no Brasil, pois, com o reconhecimento de que a referida legislação foi imposta e não oriunda de um pacto conciliatório, seria possível revê-la em desfavor dos agentes da repressão, já que, se a integridade está baseada em preceitos morais éticos, não se poderia admitir a manutenção de tais disposições, até mesmo em razão de terem sido instituídas de maneira antidemocrática. É exatamente nessa abordagem que justifica a aplicação da tese defendida por Dworkin (2003, p.274), que ao tratar do assunto expõe:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só 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 (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) 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 “realismo”. 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 princípio que a integridade requer. O otimismo do direito é, nesse sentido, conceitual; as declarações do direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza.

Entretanto, embora seja forçoso reconhecer que o direito deve ser construído com a integridade da narrativa histórica, no Brasil as medidas tomadas nesse sentido ainda são bastante tímidas, visto que a investigação sobre o período ditatorial, não trazem uma resposta institucional com o fim de alcançar aquilo que verdadeiramente corresponde à realidade histórica do país.

A incoerência do processo de redemocratização no Brasil é tamanha que, ao mesmo tempo em que se manteve a interpretação da lei de anistia na íntegra, de acordo com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 pelo Supremo Tribunal Federal, entrou em vigor, recentemente, a lei 12.528 de 2011, que criou a denominada “Comissão Nacional da Verdade” e que tem como finalidade, nos termos do seu art. 1º “examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional”.

A idéia de se instaurar uma Comissão da Verdade no Brasil surgiu por ocasião do lançamento do III Programa Nacional de Direitos Humanos⁶⁶ de 21 de dezembro de 2009, em que o Governo Federal fixou como diretriz a instauração de uma comissão, composta por representantes de diferentes setores da sociedade, cujo objetivo seria examinar as violações de direitos humanos praticadas durante o período de repressão política (MONTECONRADO, MOURA, ZILLI, 2010, p. 164/165).

Todavia, da mesma forma que as legislações criadas anteriormente para fins de apuração dos fatos ocorridos durante a ditadura e reparação das vítimas, a Comissão Nacional da Verdade, instituída pela lei 12.528 de 2011, por não estar investida de poder jurisdicional, não poderá também determinar qualquer tipo de punição aos agentes que praticaram ilícitos civis e crimes comuns em favor do regime militar.

Verifica-se, portanto, que, a Comissão da Verdade, que vem sendo cobrada sobre os seus trabalhos em decorrência da falta de resultados concretos, inclusive pela própria Presidenta da República, Dilma Rousseff⁶⁷, além de ter sido criada com certo atraso, comparado a outros países que vivenciaram situações semelhantes, já nasce com inúmeras limitações, uma vez que, pelo fato de não ter poderes jurisdicionais, consequentemente,

⁶⁶“A terceira edição do Programa Nacional de Direitos Humanos é resultado da 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos, realizada em dezembro de 2008. O processo envolveu aproximadamente 14 mil pessoas em 137 encontros regionais e municipais, 26 conferências estaduais e uma distrital, além da contribuição de mais de 50 conferências nacionais temáticas e teve o mérito de sistematizar as resoluções dos Programas Nacionais anteriores, os PHDH I e II. Após a realização da Conferência Nacional, ressalte-se, seguiram-se seis meses de negociações com a sociedade civil e mais seis meses de negociações entre os integrantes do próprio governo para, então, chegar-se à redação final do PNDH III, assinado por 31 ministérios e com 521 ações programáticas, tem por escopo reunir diretrizes para a formulação de políticas públicas para a promoção e defesa dos direitos humanos no Brasil” (MONTECONRADO, MOURA, ZILLI, 2010, p. 164).

⁶⁷Em reportagem publicada pelo jornal “O Globo”, a presidente Dilma Rousseff não vem se mostrando satisfeita com os resultados alcançados, até agora, pela Comissão Nacional da Verdade, exigindo mudanças no trabalho do colegiado. Confira em: Dilma cobra mais resultados do trabalho da Comissão da Verdade. O Globo. 28/03/2013. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/dilma-cobra-mais-resultados-do-trabalho-da-comissao-da-verdade-7977685>. Acesso em: 09 abr. 2013).

também não possui poderes instrutórios capazes de averiguar os acontecimentos com base na verdade real, conforme poderia ser feito por um magistrado.

Na realidade, ainda que se reconheça a possibilidade de se ter a incidência de uma das dimensões políticas da justiça de transição independentemente da concretização das outras dimensões políticas que, neste caso, estaria restrito ao resgate a memória por meio da Comissão da Verdade, não se pode negar que isso, de certa forma, gera uma ineficácia, ainda que parcial, aos trabalhos realizados, visto que, torna-se extremamente difícil ter acesso a qualquer questão relativa à memória, sem que haja uma investigação de natureza criminal e por consequência a instauração de processos capazes de fazer coisa julgada material, condenando ou não, mediante provas coletadas, os agentes da repressão.

O exame da identidade histórica brasileira referente ao período ditatorial não pode ficar restrito aos relatos levantados pelas vítimas ou documentos que serão adquiridos por meio da Comissão da Verdade, pois é necessário que haja punição aos responsáveis, a fim de zelar pela segurança jurídica, caso seja constatado quem são os autores dos crimes investigados. Defender o contrário seria o mesmo que reconhecer o autor de um determinado crime hediondo, como o estupro ou o homicídio qualificado, sem que o Estado tomasse providências mediante a instauração da persecução penal.

Por outro lado, vale lembrar também, que as implicações deixadas pelo regime militar, além de violarem a dignidade de inúmeras pessoas no plano da integridade física, deixou incontáveis seqüelas na esfera econômica⁶⁸, que não podem ser, de forma alguma, menosprezadas, na construção da memória e na busca pela verdade. A importância de se resgatar esta questão está intimamente ligada aos motivos que levaram ao golpe de 1964,

⁶⁸É o que relata ARANTES (2010, p.227/228) ao tratar da herança econômica deixada pelo regime militar: “[...] o que resta da ditadura não são patologias residuais, contas a pagar em suma, mesmo o acerto com a impunidade é ele mesmo um imperativo barrado por um bloco histórico com dinâmica própria, porém em estrita continuidade com tudo aquilo que, até então impensável, uma era de plenos poderes tornou possível e afinal realizou quando o capitalismo tomou o rumo predador financeirizado que se sabe. O encadeamento de choques é ele mesmo uma primeira evidência desse sistema de afinidades históricas. O choque exterminista como política de Estado estava no seu auge quando o poder norte-americano quebrou o padrão dólar-ouro, expondo de um só golpe o novo patamar de violência dôo dinheiro mundial: o choque dos juros e a crise da dívida eram uma questão de tempo, de permeio dois choques do petróleo e, no fim do túnel, o flagelo punitivo da inflação. Numa palavra, o tratamento do choque prosseguia por outros meios. A mesma tecnologia de poder – o governo pelo medo, inaugurado pelo golpe – transfere-se para a gestão da desordem irradiada pelo encilhamento financeiro crescente ao longo dos anos 1970. Por assim dizer, a Doutrina da Segurança Nacional – hoje no estágio de segurança urbana e seus inimigos fantasmáticos – estendeu-se até a segurança econômica, regida todavia pela mesma lógica do Estado de sítio político: salvaguardados os mecanismos básicos de acumulação, todos os riscos do negócios recaem sobre uma população economicamente vulnerabilizada e agora, consumado o aprendizado do medo, desmobilizável ao menor aviso de que a economia nacional se encontra a beira do precipício, pelo qual certamente despencaria não fosse a prontidão de um salvador de última instância, munido, é claro, de plenos poderes. Normalizada a violência política – graças sobretudo à impunidade assegurada pela Lei de Anistia -, a ditadura resdescobriria seu destino: o Estado de emergência econômico permanente. Tudo somado, uma reminiscência de guerra”.

quando se verificou o forte alinhamento entre a renovação do sistema capitalista, em favor dos interesses burgueses, e a decretação de um Estado de exceção, com fortes características autoritárias.

Em face de tal cenário, não se pode negar que o “trauma econômico varrido para debaixo do tapete encontra-se, por certo, no elenco de violações legado pela ditadura, junto com os demais choques da nova exceção que perdura e queremos identificar” (ARANTES, 2010, p.224/225), até porque, isso trouxe consequências trágicas para a maior parte da população, que teve que enfrentar todas as crises que perduraram nas décadas seguintes ao fim do regime militar.

Os traumas de caráter econômico deixados pela ditadura militar no Brasil refletem a própria natureza da instauração de regimes ditatoriais nos países da América Latina, posto que, o terrorismo de Estado surge para assegurar às classes dominantes a realização de seus negócios, que já não poderiam ser concretizados por outros meios (GALEANO, 1980, p.295).

Como bem narra Galeano (1980, p.295), a utilização da tortura somente é instrumentalizada em razão da sua eficácia em garantir a perpetuação dos donos do poder, uma vez que a democracia “transforma-se em crime contra a segurança nacional, ou melhor, contra a segurança dos privilégios internos e os investimentos estrangeiros” ⁶⁹. Trata-se, na realidade, de uma “dialética sinistra” entre a vítima e o carrasco que se manifesta “em uma estrutura de humilhações sucessivas que começa nos mercados internacionais e nos centros financeiros e termina na casa de cada cidadão.” (GALEANO, 1980, p.295).

Poderia se dizer, que a constatação realizada por Galeano é o que deveria ser o centro das investigações de todo o período ditatorial. No entanto, não é o que se consegue observar no Brasil, em que as limitações na busca pela verdade e pela memória tornam-se cada vez mais evidentes quando se verifica que não houve punições para quem se beneficiou e atuou em favor da ditadura, e que a única perspectiva que se tem, é a tentativa de se concretizar uma das dimensões das políticas transicionais, mediante a instauração de uma Comissão da Verdade, cujos trabalhos estão restritos a documentos e testemunhos, que não

⁶⁹Segundo Galeano (1980, p.295) nos países da América Latina, “os centuriões ocuparam o poder em função de uma necessidade do sistema e o terrorismo de Estado se põe a funcionar quando as classes dominantes já não podem realizar seus negócios por outros meios.” Como continua a explicar o ilustre pensador uruguai, a “sociedade inteira se materializa, o estado de exceção passa a ser permanente e o aparelho da repressão torna-se hegemônico a partir de um apertar de parafusos lá nos centros do sistema imperialista. Quando a sombra da crise espreita, faz-se necessário o saque dos países pobres para garantir o pleno emprego, as liberdades públicas e as altas taxas de desenvolvimento dos países ricos” (GALEANO, 1980, p.295).

poderão contribuir com processos judiciais contra os agentes de repressão, haja vista que estes estão salvaguardados pela Lei de Anistia.

Embora seja importante a instauração de uma Comissão da Verdade, conforme foi feito pela lei 12.528 de 2011, não basta que se tenha apenas o acesso a determinados documentos que exponham, somente em parte, os acontecimentos que se deram durante o período ditatorial. Além disso, não basta que as autoridades estatais apenas averiguem os atos de truculências praticados contra a integridade física das pessoas, já que cabe também analisar os motivos que levaram a essas condutas criminosas, uma vez que, é imprescindível que no resgate a verdade e a memória fique demonstrado quem se favoreceu economicamente com o regime militar.

2.1.3 A necessidade de processar e punir os responsáveis por crimes contra a humanidade

Os crimes graves praticados por agentes estatais durante o regime militar somente serão devidamente detalhados pelo resgate a verdade e a memória, mediante a responsabilização penal daqueles que atuaram em prol da ditadura, incluindo-se os civis que colaboraram intensamente com as torturas, os desaparecimentos forçados e as execuções sumárias. Entretanto, isso ainda é algo que não ocorreu no Brasil, uma vez que o fundamento jurídico para que as punições não fossem realizadas, mediante a instauração de processos criminais, estão embasadas pela lei 6.693/79, que anistiou tanto os agentes da repressão como aqueles que se opuseram ao regime ditatorial. Tal fato gerou e ainda provoca inúmeras controvérsias, pois a ausência de medidas que pudesse garantir o rompimento definitivo da ditadura, compromete intensamente, o avanço das conquistas democráticas.

O primeiro ponto dessas controvérsias é sobre a forma de punição dos agentes que atuaram em favor do regime ditatorial, uma vez que se torna imprescindível que algumas premissas do debate sejam revistas, para que assim, não haja obstáculos na pretensão punitiva Estatal.

Contudo, ao contrário do que defende alguns pensadores da área jurídica⁷⁰, antes de se estabelecer a modalidade de punição adequada para aqueles que durante o regime

⁷⁰Lauro Joppert Swensson Júnior (DIMOULIS; MARTINS; SWENSSON JÚNIOR; 2010, p.28 seq.) entende que uma primeira providência a ser tomada, para que não haja uma influência excessiva de opiniões morais e políticas sobre o tema, é buscar compreender a diferença dos tipos de punição (moral, social) para que em seguida possa se tratar dos pressupostos e dos limites necessários a sua realização. Na verdade Swensson Júnior demonstra que o centro do debate está na intervenção ou não do direito penal na punição dos autores dos delitos

militar praticaram crimes, é imprescindível reconhecer a própria possibilidade de punição, por meio da revisão da lei 6.683/79, interpretando-a no sentido de somente reconhecer a anistia de quem se opôs ao regime militar.

Apesar de se salientar a complexidade das discussões jurídicas quanto ao assunto, deve-se sublinhar que os critérios utilizados para se alcançar uma justiça de transição plena, não se limita a esfera judicial, posto que o debate político não pode ser desconsiderado, haja vista que se trata da natureza central da questão. Além disso, conforme será demonstrado em momento oportuno, à alegação de que haveria uma limitação jurídica de se punir os agentes que atuaram em favor da ditadura é extremamente frágil, uma vez que poderão ser rebatidos por meio de argumentos, não só de natureza política, como também jurídica.

A necessidade de punição dos agentes da ditadura origina-se pelo fato de ter ocorrido durante o regime militar crimes contra a humanidade que desde o Tribunal de Nuremberg insere-se na categoria de crimes internacionais, uma vez que violam valores essenciais da dignidade humana e ameaçam a paz mundial (SANTOS, 2010, p.112/113).

Nesse sentido preleciona Glenda Mezarobba (2006, p.159):

Em relação a perseguições cometidas pelo Estado contra seus próprios cidadãos, é importante lembrar que, ao final da Segunda Guerra Mundial, o tribunal de Nuremberg já fixara jurisdição a respeito, codificando-as categoria de crime contra a humanidade – que incluem ações de tortura, deportação, assassinatos e perseguições políticas, raciais e religiosas. Como recorda Ruti Teitel, ao violar leis de todas as nações, tais ofensas foram consideradas crimes que transcendem as fronteiras da legislação nacional e são passíveis de julgamento em tribunais internacionais, constituindo o chamado “princípio da universalidade”. Outro aspecto a ser ressaltado é que, de um modo geral, a interpretação de crimes contra a humanidade tem sugerido que eles estão sujeitos a punição com ou sem legislação prévia e não são atingidos por limitações de tempo. No debate da ONU sobre a Convenção de Não-Aplicabilidade de Limitações Estatutárias para Crimes de Guerra e Contra a Humanidade, em 1966, a suspensão dos limites de tempo foi justificada com base na extraordinária atrocidade desses crimes.

Nos tempos atuais é o denominado Estatuto de Roma que define em seu art. 7º os crimes contra a humanidade, cuja configuração se dá, quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil. Foi exatamente isso que ocorreu no Brasil durante a ditadura militar, o que provoca, inevitavelmente, o dever de se processar aqueles que contribuíram para o regime, conforme determinado pelo próprio direito internacional.

Deve-se ressaltar que o Estado brasileiro possui uma dívida impagável com seus cidadãos, que cabe ao menos ser compensada, mediante a punição dos agentes da

praticados durante o regime militar, uma vez que outras medidas já vem sendo tomadas, como a responsabilização civil do Estado. Neste sentido, o grande problema que surge seria a possibilidade de cumprimento de pena desses agentes, uma vez que, segundo o autor, haveria alguns limites jurídicos para isso.

repressão. Ressalta-se que a punição destes agentes trata-se do resgate aos direitos fundamentais das vítimas que foram gravemente violados e do atendimento as aspirações do cumprimento da justiça perante a sociedade.

Por isso, reconhecida a dimensão internacional dos crimes praticados, não se deve negar a autonomia principiológica do Direito Penal Internacional, apesar da resistência, muitas vezes evidenciada, dos juristas e operadores do direito a tais disposições. Tal reconhecimento deve ser feito, sobretudo em relação às torturas, desaparecimentos e homicídios praticados, de maneira a se alinhar imperiosamente com os princípios da ordem penal estabelecidos pela comunidade internacional.

Não basta que o país apenas se situe no campo de reparação das vítimas e de seus familiares⁷¹, uma vez que deve ainda tomar condutas adequadas na reconstrução da verdade histórica, por meio de medidas punitivas.

É incompatível que um país venha a reprimir qualquer tipo de conduta similar às aplicáveis durante a ditadura, sem que estabeleça punições em relação ao período que tais condutas criminosas foram praticadas pelo próprio Estado por meio de seus agentes. O risco da insegurança jurídica surge em razão do fato de se “perdoar” aqueles que atuaram em nome do Estado praticando crimes hediondos de forma amplificada, já que possuíam a estrutura de todo o aparato estatal, e, ao mesmo tempo, de maneira contraditória, condenar a prática desses mesmos delitos, quando perpetrados em realidade distinta do contexto autoritário. É como se o que é hoje crime hediondo, durante a ditadura não fosse tão execrável e abominável, a ponto de exigir uma punição.

O rompimento da trajetória de impunidade daqueles que atuaram em prol do regime militar trata-se do próprio processo de realização da justiça, que se mostra potencialmente transformador, “na percepção da sociedade quanto ao respeito dos deveres, obrigações e, principalmente, dos limites aos quais estão submetidos o Estado e seus agentes” (KRSTICEVIC; AFFONSO, 2011, p. 274).

Nesse sentido, como lembram Krsticevic e Affonso (2011, p. 272) deve-se restaurar a administração da justiça como uma “peça- chave na investigação de fatos por meio dos diferentes órgãos que a compõem”, sendo também imprescindível considerar, em razão desses crimes de Estado, o esclarecimento dos acontecimentos ocorridos durante a ditadura, mediante a cooperação ativa do Poder Executivo em investigações criminais que visam a

⁷¹Que se deve reconhecer que a partir da década de 1990 houve um significativo avanço.

estabelecer a responsabilidade de todos que contribuíram, de alguma forma, com a repressão política.

Ressalta-se que a construção de medidas que visam à persecução penal dos agentes de repressão está intimamente ligada à própria construção da memória e da verdade, posto que, pela via processual é possível apurar os fatos e, por consequência, garantir as vítimas e aos seus familiares respostas claras sobre os abusos cometidos pelas autoridades estatais, bem como a sedimentação dos princípios democráticos que exigem a efetivação da justiça em favor dos que foram perseguidos, mortos e torturados pelo regime militar.

Diante disso, expõem Krsticevic e Affonso (2011, p. 274):

O resultado dos processos criminais a serem realizados com respeito às garantias legais de defesa e o devido processo legal restabelecerão a certeza que todos estamos sob o auspício da lei. Garantirá à sociedade o conhecimento da verdade histórica e incontestável, para que não mais sejam tolerados os resquícios das práticas autoritárias, na construção do “Nunca Mais”.

Em face de tal cenário a necessidade de punir os responsáveis que cometeram crimes contra a humanidade durante o período ditatorial surge como um desafio à democracia brasileira, pois caso isso não ocorra, os reflexos do regime militar persistirão, permanecendo também uma constante incapacidade da sociedade de lidar com o seu passado.

Poderia se dizer que a punição aos agentes da ditadura, conforme lembra Safatle (2010, p.252), talvez, seja a única oportunidade “para tentarmos construir uma verdadeira democracia”, que nos levará “a cunhar um imperativo tão forte quanto aquele que o século XX cunhou contra Auschwitz: impedir que os mortos sejam mortos uma segunda vez”. Até porque, como continua a demonstrar Safatle (2010, p.252), “desde Antígona, esse é o limite que nos separa da simples barbárie”.

2.2 A transição do regime militar para a democracia no Brasil

2.2.1 A decretação da lei 6.683 de 28 de agosto de 1979 e o processo de redemocratização no Brasil em comparação à Argentina, Chile e Uruguai.

Com decretação da lei 6.683/79, conhecida também como lei de anistia, houve o primeiro passo concreto para que fossem anistiados presos políticos e conduzido o processo de redemocratização no Brasil, que já vinha sendo construído, em decorrência de pressões

internacionais⁷², desde o início do governo Geisel, cuja posse como presidente deu em 15 de março de 1974.

Contudo, a anistia concedida pelos militares foi traçada de acordo com as conformidades determinadas pelo regime autoritário uma vez que “buscava preservar os membros da corporação e por extensão a própria instituição militar de ações que procurassem pagar dívidas para com o passado.” (PRADO, SOARES, 2009, p.355). Poderia se afirmar que, o que se verificou na realidade, é que a anistia, que se tratava de algo reivindicado há anos pelos mais variados setores da sociedade⁷³ com a finalidade de beneficiar todos aqueles que atuaram em desfavor da ditadura, de forma indevida, abrangeu também os militares e civis que praticaram crimes em nome do regime.

Neste sentido explana Herkenhoff (2004, p.120):

A anistia foi conquistada em 1979. Consistiu-se na Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Não foi tão ampla, geral e irrestrita quanto se desejou. E anistiou não apenas os perseguidos políticos mas também os que praticaram crimes, em nome do regime. Chegou mesmo a anistiar torturadores, o que é bem chocante. A essa anistia de perseguidos e perseguidores chamou-se de “anistia recíproca”.

Na verdade a lei 6.683/79 surge como um reflexo do poder militar sobre o processo de transição brasileiro, que de forma unilateral, sem que houvesse uma participação popular plena, anistiu também os agentes de repressão, conforme pode ser verificado na narrativa de Samuel Alves Soares e Larissa Brisola Brito Prado (2009, p.358):

A anistia de 1979 aparece, portanto, como um desdobramento do controle militar sobre o processo de transição. Preocupado com a questão da legitimidade a partir de 1974, o governo militar, especialmente o grupo castelista, encontra na distensão ou “abrandamento de tensões” uma saída para o restabelecimento paulatino e comedido da democracia. Segundo Mathias (1994), se, a partir de 1968, o governo militar se pautou na repressão e no crescimento econômico, a partir de 1974, a legitimidade só poderia ser alcançada por outros fatores. Dentre eles, a transição pacífica era a senha

⁷² “As campanhas de divulgação das denúncias de tortura no país e no exterior foram fundamentais para a luta dos familiares de mortos e desaparecidos e de resistência à ditadura. No início dos anos 1970, o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) foi utilizado como instância para os que tentavam divulgar essas denúncias no país. Criado em março de 1964, por decreto assinado pelo presidente João Goulart, e instalado em novembro de 1968, o CDDPH era formado por nove membros, parlamentares e dirigentes de organizações corporativas da sociedade civil [...]. “Em 1970, a Comissão Interamericana de Defesa de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) encaminhou várias denúncias de tortura ao governo brasileiro. A CIDH, porém, não obteve autorização para investigar indícios de tortura no país. A comissão apreciou oito denúncias, que envolviam assassinato e desaparecimento forçado de militantes da esquerda no Brasil. Mas o caso em favor da família de Olavo Hansen, o de nº 1.683, cuja petição foi apresentada em 1970 e solicitou a investigação sobre o seu assassinato na prisão, foi o único que prosperou e alcançou repercussão internacional, criando jurisprudência para outros países atingidos por ditaduras, como o Chile” (TELES, 2010, p.262/263).

⁷³ “O início do movimento pela anistia se deu em 1974, com iniciativa de algumas entidades de mulheres, como o Movimento Feminino pela Anistia. Depois criou-se o Comitê Brasileiro pela Anistia, com advogados, intelectuais, artistas, lideranças políticas. Pedia-se uma anistia ampla, geral e irrestrita. Era a palavra da ordem (SANTOS JÚNIOR, 2011, p. 246/247).

necessária para tender algumas das reivindicações populares e preservar a imagem da instituição militar, de modo que demonstre até mesmo um compromisso com o restabelecimento da democracia.

Por essa ótica, podemos entender que a transição se deu “pelo alto”, definida pelas lideranças civis e militares à frente do regime autoritário. Esse controle foi essencial para a Lei de Anistia fosse elaborada exatamente de forma como a instituição pretendia: de caráter restrito, eis que não contemplava os crimes de sangue; e recíproco, pelo fato de que possibilitava que os excessos cometidos pelos militares ligados à repressão também fosse colocados sob o manto do esquecimento.

Apesar do “discurso oficial” de que a anistia ampla e irrestrita seria necessária para a consolidação do processo de redemocratização, na realidade tratava-se de uma medida totalmente inconsistente, pois a finalidade maior da referida legislação “sempre foi provocar o esquecimento de delitos cometidos sob engajamento político, materializados em atitudes contrárias ao *status quo*” (PRADO, SOARES, 2009, p.359).

Quando se observa que o processo de democratização e consequentemente da consolidação de direitos humanos, “tomados pelas bases de sua existencialidade primária, são assim os aferidores da legitimização de todos os poderes sociais, políticos e individuais” (BONAVIDES, 2002, p.528), verifica-se que a ausência de setores representativos da vontade popular na elaboração da lei de anistia deslegitima o entendimento de que os agentes da repressão e aqueles que contribuíram para o regime não devam ser processados e julgados.

Tal contexto expõe o caráter autoritário do regime militar, inclusive na fase de transição para o governo civil, em que houve uma forte atuação contrária a qualquer visão plural do direito, de modo a reconhecer como legitimados a participar da construção jurídica transicional todos aqueles que representam as demandas, cujo monopólio estatal de produção normativa, não conseguiu atender.

O que se observa, na verdade, é que o regime militar com seu viés autoritário foi o período que mais se teve a valorização de um sistema normativo baseado no monopólio estatal, com base em uma acepção baseada no monismo jurídico⁷⁴, cuja aplicabilidade do direito somente se dá nos limites da ordem imposta.

Notadamente, a lei 6.683/79 é construída sob essa perspectiva, em que se tem a valorização da racionalidade formal, com o intuito de assegurar o monopólio estatal na produção de normas jurídicas e, em consequência disso, inserir métodos argumentativos com

⁷⁴Como bem ilustra Lucas Borges de Carvalho (2010, p. 15) “[...] o monismo jurídico funda-se na tese da autossuficiência do ordenamento jurídico: o direito legitima-se por si mesmo, independentemente de referências a valores morais ou políticos e dos limites e das insuficiências empíricas das instituições estatais. Como consequência, tem-se que as normas jurídicas são “recortadas” ou “descoladas” da realidade social na qual se inserem, constituindo uma “realidade” autônoma e altamente abstrata. Aqui a dogmática jurídica exerce papel fundamental. É o famigerado discurso hermético, supostamente neutro, pautado em ficções como a do “legislador racional”, da completude do ordenamento e da segurança jurídica, que, em última instância, legitima o caráter intrinsecamente “justo”, “universal” e autossuficiente do direito.

o fim de se estabelecer interpretações que justifiquem a identificação do direito, tão somente, a partir da atuação do Estado. Tais métodos tem como objetivo apenas relatar, de forma explicativa, o fenômeno jurídico, sem que se faça qualquer juízo ou crítica ao sistema vigente. É o que defende, por exemplo, Herbert Hart (2001, p. 301), ao fornecer uma teoria do direito a partir de um caráter descriptivo, “moralmente neutro” e que “não procura justificar ou recomendar, por razões morais ou outras”, as formas e estruturas gerais do ordenamento jurídico⁷⁵.

Todavia deve-se reconhecer a pobreza e a falta de consistência de uma interpretação literal da legislação, que se não for examinada a partir de uma interpretação sistemática⁷⁶, perde o seu sentido, uma vez que pode ser entendida de forma equivocada, como vem ocorrendo com a lei de anistia.

Interpretar a lei 6.683/79, de modo a beneficiar os agentes da repressão expõe uma clara manifestação da crise do direito do Estado burguês, uma vez que a norma particular deve ser compreendida perante “ordenamento normativo tomado em seu conjunto” (BOBBIO, 1989, p.29). Diante desse aspecto, ainda que não se possa exigir uma coerência do sistema jurídico em sua totalidade, a interpretação do ordenamento jurídico, sob a esfera normativa, deve ser feita de forma sistemática, de modo que não seja violada a essência estabelecida pelo sistema vigente, que no caso brasileiro está embasado atualmente, ainda que de maneira superficial e muitas vezes meramente ideal, em um processo democrático.

Além disso, como lembra Santos Júnior (2011, p. 249) a lei 6.683/79 não poderia nem ser considerada ampla e irrestrita, uma vez que não beneficiou os condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal; não outorgou reparações pecuniárias a quem foi arbitrariamente afastado ou demitido do cargo ou emprego público e só concedeu anistia ao período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979.

Tratava-se de uma lei bastante limitada, até porque, de acordo com o que ressalta Mezarobba (2006, p.59), não botou fim à ditadura, uma vez que o governo militar

⁷⁵Hart (2001, p.300/303) tem como objetivo fornecer um método para buscar definir o que é Direito a partir de uma análise geral e descriptiva. Geral, “no sentido de que não está ligada a nenhum sistema ou cultura jurídicos concretos”, mas que “procura dar um relato explicativo e clarificador do direito como instituição social e política complexa, com uma vertente regida por regras” e, nesse sentido, normativa. Descriptiva, pois “é moralmente neutro, não procura recomendar ou justificar”, de maneira que a teoria jurídica é compreendida a partir de um “observador externo”.

⁷⁶“Chama-se “interpretação sistemática” aquela forma de interpretação que tira os seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou, mais exatamente, de uma parte do ordenamento (como o Direito Privado e o Direito Penal) constituem uma totalidade ordenada (mesmo que depois se deixe um pouco no vazio o que se deva entender com essa expressão), e, portanto, seja lícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado “espírito do sistema”, mesmo indo contra aquilo que resultaria em uma interpretação meramente literal” (BOBBIO, 1989, p.76).

continuaria no poder ainda por quase seis anos, mantendo, inclusive, condutas repressivas e prisões arbitrárias, com total desrespeito a direitos mínimos como o devido processo legal e a dignidade humana⁷⁷.

O que se observa, na realidade, é que a lei de anistia é fruto de um pacto conservador restrito à elite do país, sem a participação do povo e, tampouco, com enfrentamentos necessários a consolidação do processo democrático, como por exemplo, o julgamento dos agentes de repressão do regime. Trata-se da total exclusão das classes populares, de maneira a consolidar o histórico de subserviência, na qual a maior parte da população é submetida aos interesses dos grupos dominantes⁷⁸.

Todavia, a compreensão da lei 6.683/79, sancionada pelo então presidente General João Baptista Figueiredo, tem seus reflexos no próprio histórico da transição ocorrida com o fim da ditadura militar no Brasil, uma vez que, como novamente lembra Mezarobba (2009, p. 375), a “Lei de Anistia ficou restrita aos limites estabelecidos pelo regime militar e às circunstâncias de sua época”.

Ressalta-se que a anistia aos membros do regime e de seus apoiadores, apesar de ter sido consolidada por uma interpretação equivocada da lei, não foi aceita, como ainda não é, por grande parte da sociedade, que vislumbra o resgate da memória e da verdade, bem como a punição dos agentes estatais que cometem crimes hediondos durante a ditadura.

Após a morte de Tancredo Neves, eleito pelo voto indireto como o primeiro presidente civil brasileiro pós-ditadura, e a posse de seu vice José Sarney se tem o lançamento da obra “Brasil Nunca Mais”, que organizada por lideranças religiosas, como Dom Paulo

⁷⁷“Um exemplo é o caso de Luiz Inácio Lula da Silva. Depois de ser seguido, por agentes da Polícia Federal, durante cinco meses, o então líder sindical foi preso em abril de 1980. Passou 31 dias em uma cela do DOPS com outros 16 presos. Até o fim do governo Figueiredo, mais de meia centena de atos terroristas também seriam registrados no país. Um deles, o caso Riocentro entraria para a história. Foi em 30 de abril de 1981, em Jacarepaguá, no Rio de Janeiro. Ali, naquela noite, acontecia um show de música popular brasileira em comemoração ao Dia do Trabalho quando uma bomba explodiu dentro de um carro no estacionamento. Mais de vinte mil pessoas assistiam ao espetáculo, mas as explosões atingiram apenas duas, exatamente as que estavam dentro do veículo, ambas ligadas ao DOI-CODI do I Exército. O sargento Guilherme Ferreira do Rosário morreu na hora. O capitão Wilson Luís Chaves Machado ficou gravemente ferido. Meia hora depois da primeira explosão, observou-se outra, na casa de força, sem vítimas. Uma terceira bomba ainda seria encontrada no carro em que estavam os dois militares” (MEZAROBBA, 2006, p.59).

⁷⁸Segundo Maria da Conceição Tavares (apud MASCARO, 2008, p.165/166) ao comentar as fases transicionais ocorridas no Brasil: “As raras passagens pela democracia política nunca conseguiram estabelecer um Estado de Direito com instituições capazes de conter dentro delas o seu próprio aperfeiçoamento e a moldura de regulação das lutas de classe, mesmo que fossem interligárticas, e muito menos tolerar a irrupção dos movimentos sociais urbanos e rurais. As sucessivas mudanças de regime político, da forma autoritária explícita para a forma mais branda de pactos constitucionais democráticos, jamais conseguiram incorporar os conflitos verticais das classes populares. A dizer a verdade, os pactos políticos democráticos não foram capazes de aceitar sequer a luta das classes médias e de seus intelectuais – radicalizados em sua indignação contra o arbítrio político das elites e a opressão do poder econômico – e quase sempre terminaram em golpe militar. Esta instabilidade política do pacto conservador deu bastante trabalho à imaginação criadora dos nossos bacharéis nas sucessivas revisões constitucionais a que dedicam com afinco há mais de um século”.

Evaristo Arns, Rabino Henry Sobel e o pastor presbiteriano Jaime Nelson Wright, foi o documento que naquele período, diante a ausência de uma comissão da verdade, se tornou a única versão oficial dos fatos ocorridos durante o regime militar, apesar de ter sido realizada à revelia do governo (MEZAROBBA, 2009, p. 376).

Com a obra “Brasil Nunca Mais” foi possível identificar os nomes de 444 torturadores que atuaram em favor do poder militar, mas sem que houvesse qualquer reação por parte do Estado no sentido de se instaurar investigações e processos criminais para que houvesse a punição dos violadores de direitos humanos. Aliás, o que ocorreu, foi totalmente o contrário, na medida em que houve o fortalecimento da anistia dos membros do governo militar, quando em 1985 entra em vigor a Emenda Constitucional nº 26, que incorporou à Constituição, até então vigente, a lei 6683/79.

Interessante observar, que o processo de redemocratização no Brasil, ao não buscar a punição daqueles que atuaram em prol do regime ditatorial, diferencia-se do que ocorreu em outros países latinos americanos como a Argentina, o Chile e o Uruguai, cuja discussão sobre o assunto teve uma participação popular muito mais intensa.

Na Argentina, a construção de uma justiça transicional, se deu através da própria sociedade, o que garantiu a punição de parte dos agentes estatais que atuaram cometendo crimes, em favor da ditadura daquele país. O processo de democratização argentino, após anos de “terror e opressão”⁷⁹, foi marcado pelo fato de que em 1983, com a eleição do presidente Raúl Alfonsín, “rapidamente foram instituídas medidas voltadas para a investigação e o julgamento das violações aos direitos humanos e para a reparação às vítimas” (BASTOS, 2009, p. 390)⁸⁰.

Antes de deixarem o poder os militares argentinos impuseram a lei 22.924 com o intuito de se auto anistiarem de suas condutas criminosas. Contudo, ao assumir o governo, o Presidente Alfonsín criou uma comissão com a finalidade de resgatar todas as informações a respeito das vítimas da ditadura. Posteriormente, o Congresso Nacional argentino revogou a

⁷⁹“A partir da segunda metade do século XX, os cidadãos argentinos viram-se governados por políticos populistas ou militares. Oficialmente, o golpe militar foi instaurado no dia 24 de Março de 1976, quando a presidente Isabel Martínez Perón foi deposta sob o argumento de que o país e as “tradições argentinas” corriam perigos. Para lidar com as supostas subversões da nova ordem instaurada, foram elaborados inúmeros instrumentos de terror e opressão” (CARVALHO e FUNARI, 2009, p. 345)

⁸⁰Conforme relato de Carlos Santiago Nino (2005, p.68): “El ganador de la elección presidencial, Raúl Alfonsín, expuso como la principal bandera de su campaña y como objetivo prioritario de su gobierno el de restablecer el estado de derecho y la conciencia de juridicidad en la Argentina. Para ello, entre otras medidas (como la de derogar las leyes antisubversivas draconianas dictadas por los gobiernos peronista y militar anteriores, la ratificación de tratados internacionales relevantes en materia de derechos humanos, la sanción de la ley de defensa de la democracia, la sanción de la ley de hábeas corpus, una serie de proyectos en materia de justicia), ese gobierno consideró necesario promover el juzgamiento de las violaciones más graves a los derechos humanos cometidas tanto por el terrorismo de Estado como por el subversivo”.

lei de anistia daquele país (lei 22.924) mediante a aprovação da lei 23.040, o que permitiu que não fosse estabelecido o “perdão” dos crimes praticados pelos membros do governo ditatorial⁸¹.

Entretanto, em decorrência da pressão dos setores militares, em 1986 foi aprovada pelo Congresso argentino a chamada “Lei do Ponto Final”, que teve como objetivo restringir “novas reclamações contra crimes cometidos pelo regime militar a um período de sessenta dias” (BASTOS, 2009, p. 390). Não bastasse isso, em 04 de junho de 1987 foi aprovada a lei da “Devida Obediência Legal”, cuja finalidade foi estabelecer que os oficiais intermediários, bem como demais membros do Estado durante o período ditatorial, estariam isentos de culpa pelos delitos cometidos, uma vez que teriam atuados sob ordens dos altos comandantes das Forças Armadas. Essa nova disposição legal foi o “ponto de partida” para novos decretos instituídos entre 1989 e 1990, para perdoar os oficiais “que haviam sido excluídos da Lei da Devida Obediência Legal” (BASTOS, 2009, p. 390).

Porém, com a reforma da Constituição argentina em 1994, foram incorporados inúmeros tratados internacionais de direitos humanos que o país tinha se tornado signatário, incluindo-se o Pacto de San José da Costa Rica, cuja adesão se deu durante o governo Alfonsín. Diante disso, com a supressão da legalidade formal, abriu-se a possibilidade de julgamento e consequentemente de punição daqueles que praticaram inúmeros crimes em favor do governo militar.

De forma um pouco distinta da adotada pelo processo de redemocratização argentino, no Chile, com a instauração do regime democrático em março de 1990, foi criado pelo governo do então presidente eleito Patrício Aylwin, a chamada Comissão da Verdade e Reconciliação, “que funcionou por um período de nove meses” (BASTOS, 2009, p. 389). Essa comissão ao final elaborou um relatório que foi devidamente aceito pelo presidente Patrício Aylwin, que por sua vez “ofereceu desculpas formais em nome do governo pelos atos que haviam sido cometidos pelos agentes estatais” (BASTOS, 2009, p. 389).

Quase dois anos após a criação da Comissão da Verdade e Reconciliação, foi criado em 1992, a chamada “Corporação Nacional para Reparação e Reconciliação” que teve como intuito, além de indenizar os perseguidos do período ditatorial, estabelecer “benefícios

⁸¹Como bem leciona Guillermo J. Yacobucci (2011, p.25/26) “antes de abandonar el poder, los militares produjeron una amnistia sobre sus propios comportamientos. A través de La “ley” de facto 22.924 la dictadura buscó auto amnistiar-se em relación com los delitos que se cometieron em aquel período. Al asumir el gobierno democrático del Dr. Alfonsín – representante del partido Radical – se creó una comisión especial – CONAPED – com el fin de recopilar toda la información posible sobre el destino de los detenidos desaparecidos y otros crímenes de la dictadura. Esta información se volcó al libro “Nunca Más”. Además, mediante la ley 23.040 el Congreso derogó la ley 22.924 considerándola inconstitucional e insanablemente nula por pretender el perdón de los crímenes perpetrados por el gobierno militar desde 1976 a 1983”.

médicos, incluindo o aconselhamento psicológico para os familiares, assim como a concessão de subsídios para os estudos de segundo e terceiro graus para os filhos das vítimas” (BASTOS, 2009, p. 389).

Apesar da tentativa de anistia e conciliação entre opressores e oprimidos da ditadura chilena, na medida em que houve o amadurecimento do processo democrático, as imperfeições do sistema, decorrentes da adoção de uma política de “esquecimento”, acabaram por expor as fragilidades das legislações instituídas, o que permitiu uma reflexão sobre a necessidade de processar e julgar todos aqueles que praticaram condutas que violaram direitos humanos durante o governo militar.

Neste diapasão, atesta Bastos (2009, p. 389) que:

[...] com o passar do tempo, o aparente consenso chileno começou a ser visto como uma ilusão, e o seu modelo para uma economia de mercado e democracia passou a demonstrar algumas fraquezas. Em primeiro lugar, foi questionado se poderia haver um real consenso em que grandes temas como a constituição, os direitos humanos e políticos, e o papel das Forças Armadas tinham se tornado obscuros ou simplesmente sido excluídos do debate público.

Com a prisão, em Londres, do falecido ditador Augusto Pinochet, em outubro de 1998, o Judiciário chileno inicia uma mudança de postura em contraposição a jurisprudência que vinha sendo construída naquele país. Face isso, em 2001, dá-se início no Chile ao julgamento do ditador Augusto Pinochet, o que terminou por expor os flagelos existentes na sociedade, em decorrência do período em que o Estado foi controlado pelos militares.

Interessante observar que no caso do Chile, mesmo com mudança de postura por parte do Judiciário, alguns autores da área jurídica entendem que não houve o estabelecimento de penas adequadas contra aqueles que praticaram condutas criminosas durante a ditadura militar⁸². Entretanto, comparado ao Brasil, que pouco discutiu sobre a abertura de processos criminais contra os algozes que atuaram em nome do governo fardado,

⁸²Na análise de Karinna Fernández Neira (2011, p.277) “trás observar la jurisprudencia del maximo tribunal chileno frente a los delitos de lesa humanidad perpetrados en nuestro reciente pasado, es posible retratar las diversas respuestas utilizadas por la justicia chilena ante la comisión de tan graves crímenes y evaluarlas. Concentrada mi atención en el período actual, y calificándola a luz de lo dispuesto por las obligaciones internacionales que imperan sobre la materia, puedo sostener que la obligación de sancionar no significa únicamente dictar una condena en contra del responsable de un delito, también implica establecer penas que en su magnitud se relacionen proporcionalmente con los males derivados de la conducta criminal y, en el caso de crímenes que se relacionan con intereses supraindividuales, observar que el objeto de la sanción es que tales conductas no vuelvan a perpetrarse. Parámetros que las penas que actualmente se imponen en Chile no permiten dar por cumplidos, generando una vulneración del correcto cumplimiento del deber de garantía, expresado en la obligación de castigar adecuadamente a los responsables de los crímenes más horribles cometidos contra la humanidad, comprometiendo la responsabilidad del Estado Chileno”.

parece que, à situação chilena, expõe um maior avanço sobre debate relativo à supressão da anistia aos agentes estatais.

Situação emblemática foi a do Uruguai, que apesar das dificuldades em concretizar as punições relativas aos agentes de repressão do período ditatorial daquele país, promoveram a realização de plebiscitos com a finalidade de se democratizar a questão. A lei de anistia uruguaia (lei 15.848) foi aprovada pelo parlamento após a eleição do presidente Julio María Sanguinetti, em 1985, sendo que meses após a aprovação da referida legislação, houve um acordo celebrado entre a presidência e o então comandante das forças armadas Hugo Medina, “no qual as cortes militares deveriam julgar e punir os que haviam cometido as violações aos direitos humanos” (BASTOS, 2009, p. 400). Contudo, diante das pressões dos militares e pelo fato de que a Constituição uruguaia previa que as decisões sobre a anistia deveriam ser feitas por referendo, em 1989, a população do Uruguai aprovou a manutenção da lei de anistia com 56,65% dos votos.

Não obstante isso, a discussão sobre a vigência do referido dispositivo legal não se limitou ao referendo de 1989, posto que em 2009, a Suprema Corte de Justiça do Uruguai considerou a lei de anistia inconstitucional, embora, naquele mesmo ano, já havia sido realizado outro referendo que novamente confirmou a manutenção da mencionada legislação.

Porém, apesar da postura da população uruguaia que simbolizou um retrocesso em relação ao Judiciário, o debate sobre a manutenção da lei de anistia se deu no âmbito político, sendo que a atuação judicial ocorreu em consequência disso. Basta observar que o Judiciário, diferentemente de sua decisão proferida em 2009, no ano de 1988, havia declarado constitucional a lei de anistia, sendo que a mudança de posição somente se deu após a retomada das discussões sobre a referida lei, com a eleição do Presidente Tabaré Vásquez, no ano de 2004⁸³.

Em 2011, após inúmeros debates políticos e da eleição do segundo governo de esquerda do atual Presidente José Pepe Mujica, é aprovada a lei que finalmente revoga a

⁸³“En el marco de los primeros gobiernos democráticos la Ley 15.848 fue aplicada por el Poder Ejecutivo excluyendo de manera casi sistemática toda posibilidad de juzgamiento de los militares involucrados em las violaciones a los Derechos Humanos durante la dictadura. Esto es, declarando los casos que el Poder Judicial le enviaba em consulta, comprendidos en el artículo 1º del le ley. En ese marco fue recién con el advenimiento del primer gobierno de izquierda (Encuentro Progresista-Frente Amplio) y la asunción como Presidente de la república del Dr. Tabaré Vásquez em el año de 2004 que el Poder Ejecutivo comenzó una aplicación diferente del artículo 3º da Ley 15.848. Paulatinamente el Poder Ejecutivo comenzó a declarar que determinadas investigaciones penales no estaban comprendidas em el artículo 1º de la ley, lo que determinó em la apertura de varias causas penales que, luego de intensas investigaciones, culminaron em enjuiciamientos y condenas de militares e civiles que habían ocupado altos cargos em la dictadura” (ADRIASOLA, 2011, p.319).

anistia dos militares no Uruguai, o que permitiu a reabertura de processos e a possibilidade de punição dos integrantes do regime militar.⁸⁴ Notadamente, no Uruguai, ainda que a população tenha votado contra a supressão da lei de anistia, foi o debate político que permitiu a mudança de postura do Judiciário e a aprovação da lei que revogasse a impunidade dos militares.

Tais casos expõem o descompasso brasileiro em relação aos seus vizinhos na efetivação de medidas concretas capazes de processar e punir os agentes da ditadura. Expõe ainda a incapacidade das autoridades brasileiras e das lideranças políticas do país de enfrentar a questão, tendo em vista que existem inúmeros “tabus” que devem ser derrubados, posto que as seqüelas do período militar, que incluem o medo de reivindicar e exigir direitos por parte da população, ainda estão presentes no seio da sociedade.

A leitura falaciosa da lei 6.683/79, a partir da concepção de que haveria uma reconciliação entre setores da sociedade contrários à ditadura e os militares, tem como essência, a impunidade dos agentes de repressão. Diante disso, a mudança de entendimento da mencionada lei deriva da própria necessidade de se fazer uma interpretação conforme a Constituição de 1988, com o intuito de se viabilizar conquistas no âmbito social, de modo a romper o sistema legal anteriormente imposto e, consequentemente, consolidar o processo de democratização no Brasil.

O que se verifica é que a interpretação da lei 6.683/79 em favor dos militares vem em consonância com a forma que muitas vezes é estudado o próprio direito que, historicamente, vem sendo pautado pela construção de institutos e conceitos, sem que seja realizado, por boa parte da doutrina, uma análise crítica e emancipadora, capaz de demonstrar os problemas de legitimidade e aplicabilidade do fenômeno jurídico.

Neste aspecto, embora se reconheça, conforme expõe Dallari (1998, p.303), que “a melhor ditadura causa mais prejuízos do que a pior democracia”, o Estado brasileiro não conseguiu atingir a participação popular em decisões essenciais na construção de uma sociedade mais igualitária, pois o que houve, foi à modificação de um sistema autoritário para um sistema de dominação travestido de elementos democráticos.

Tal fator é determinante para compreender, questões que hoje ainda se encontram presentes na sociedade que, por sua vez, foi obrigada a aceitar o esquecimento dos fatos ocorridos e admitir a implementação unilateral de modelos econômicos que vão a desencontro aos direitos mínimos do cidadão, como por exemplo, a ascensão do modelo

⁸⁴Uruguai aprova lei que revoga anistia a militares. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,uruguaiaprovalequerevogaanistiaamilitares,791386,0.htm>>. Acesso em 04/08/2012

neoliberal, que no começo dos anos 1990, substitui a necessidade de opressão violenta, por uma forma de dominação que visa combinar a coerção e o consenso, de maneira a se criar um sistema político-econômico com apenas algumas peças de “decoração democrática” (HIRSCH, 2010, p. 248).

2.2.2 A anistia recíproca e o esquecimento

Para se entender o significado da anistia aos integrantes do governo militar como forma de se materializar o esquecimento da sociedade em relação às atrocidades cometidas pelas autoridades estatais brasileiras durante as décadas de 1960 a 1980, cabe compreender a origem das concepções que introduziram a possibilidade de se perdoar aqueles que atuaram em prol de um governo autoritário.

A idéia de anistia não se trata de algo novo, uma vez que já se encontrava presente desde a Grécia antiga, quando no ano 403 antes de Cristo, os atenienses anistiam os espartanos, após a restauração da democracia da *pólis* grega, que havia passado durante anos sendo governada por um governo tirânico⁸⁵.

Tempos depois, no ano de 1949, Carl Schmitt, buscando endossar a legislação ateniense, publica o artigo “Anistia ou o poder do esquecimento”, no qual ele defende que a anistia se tratava de um esquecimento necessário “para que se evitasse um ciclo interminável de vinganças em nome do direito, ao mesmo tempo em que se permitisse ao perdão operar um papel de significância na construção da nação” (SOLON, 2013)

⁸⁵“O ano é 404 a.C. Os cidadãos de Atenas assistem consternados à demolição das muralhas da cidade, levada a termo pelo exército de Esparta, que ocupa a acrópole. Fora o resultado de décadas de sangrento confronto entre as alianças chefiadas por aquelas duas cidades-estado, conflito narrado com incomum consciência de seu contexto político pelo general ateniense Tucídides em sua *História da guerra do Peloponeso*. A destruição das estruturas defensivas da *pólis* simbolizou a suprema humilhação que foi a perda da liberdade política do império ateniense e sua subjugação ao inimigo que impôs o governo dos Trinta Tiranos. À derrubada dos muros da cidade e à instituição da tirania pró-Esparta seguiu-se violenta guerra civil que, ao cabo de nove meses e inúmeras vidas atenienses perdidas, resultou enfim na restauração do regime democrático da *pólis*. Enfraquecido em seu nascedouro pelas perdas humanas decorrentes do conflito fratricida, o regime democrático restituído optou prontamente pela adoção de uma política de apaziguamento, mediante a promulgação de uma lei de Anistia, em 403 a.C., cujo texto explicitamente instruía os cidadãos a retomar suas vidas e a não mais invocar os infortúnios do passado. Com efeito, estudos filológicos apontam para a evidente correlação entre os termos *anistia* e *amnésia*, o que denota de forma inegável ser o fundamento da anistia ateniense a própria noção de esquecimento. Com a anistia, o regime ateniense exige de seus cidadãos uma magnanimidade que beira o limite do sobre-humano, impõe a renúncia a qualquer exigência de punição para aqueles que lhes causaram tantas dores e prejuízos de todas as ordens. A democracia premiou seus implacáveis adversários com a proibição da punição e da lembrança das atrocidades cometidas. Ao mesmo tempo, o Estado tolheu a si próprio de uma de suas atribuições mais primordiais: a prerrogativa de fazer a justiça. Paradoxalmente, pelo bem da democracia, buscou-se impedir e esquecer a celebração de sua própria afirmação, agindo com desnecessária benevolência perante aqueles que não hesitaram em cometer todas as atrocidades para suprimir da memória o próprio espírito democrático” (SOLON, 2013).

Considerando, portanto, que a anistia possui uma forte correlação com o termo amnésia, o que, de maneira irrefutável remete a idéia de esquecimento, pode-se concluir que a lei 6.683/79 atua no mesmo sentido, uma vez que perdoou, de forma bastante questionável, os agentes da repressão e, por consequência, negou às vítimas o direito de presenciarem o cumprimento da justiça.

A escolha pelo esquecimento apesar de ter sido determinada de forma unilateral pelos integrantes do poder militar, de certo modo, demonstra também a passividade de setores da sociedade civil, inclusive dos partidos de oposição, que aceitaram na época, em sua grande maioria, as imposições outorgadas, sem que reagissem de maneira contundente ao modelo transicional implantado. Na mesma esteira explana a narrativa de Fernandes (1982, p.36/37):

Um exame a fundo revela que qualquer das esperanças seria viável se eventuais condições (ausentes, “fracas” ou facilmente controláveis pela ditadura) favorecessem uma determinada linha de *oposição democrática*. De um lado, subestima-se demais que os estratos estratégicos das classes dominantes não sairão facilmente de sua omissão compensadora e tampouco avançarão retamente contra sua república institucional enquanto a hegemonia do pôlo militar for encarada como o *menor dos males*. Para se obter uma avaliação comprovadora, basta tomar em conta o que ocorre no mundo dos meios de comunicação de massa. As posições “liberais”, “independentes” ou de “crítica construtiva” não impedem uma propaganda maciça da pessoa do presidente e outras autoridades federais, estaduais e municipais, e uma autêntica *promoção do regime* (não importa o quanto esta se choque com editoriais expressivos de “crítica honesta”). Comparando-se este regime com o Estado Novo, mesmo agora, numa fase de desgaste aberto da ditadura e de descrédito de várias de suas políticas, poder-se-ia dizer, sobre a grande imprensa, televisão e rádio, que “nunca tantos fizeram por tão poucos”... Essa ambigüidade burguesa é sintomática e não esconde uma inércia. Ela desvenda claramente que a omissão e uma dissidência circunscrita são funcionais nas relações mutuamente protetivas dos estratos estratégicos das classes dominantes e suas elites com a república institucional e seu aparato de ditadura militar. De outro, apóia-se ou incentiva-se, a partir do tope da sociedade civil (quando não se exige ou se promove em cooperação com a ditadura), a debilitação e a pulverização das manifestações mais vivas e fortes do protesto operário ou da ira popular. Nem os partidos de oposição fogem dessa regra, no desempenho de suas “tarefas naturais” (como no caso do PP) ou por uma imposição de uma situação de classe (como no caso dos “liberais” e da “cúpula conservadora” do PMDB – e isso a despeito de reconhecidas exceções individuais, que só servem para confirmar a regra). Em consequência, a maior força social de transformação da sociedade civil é deprimida ou desviada de seu movimento histórico real, porque todos esses lapsos, calculados ou espontâneos, vão eclodir negativamente no espaço político que se confere, no seio da sociedade civil e independentemente da ditadura, aos partidos que se atribuem, de modo específico, a mobilização dos proletários das cidades e do campo (como o PT, os “radicais” e “populares” do PMDB, o PDT ou, sob reservas maiores, o PTB). Estes são condenados, direta ou indiretamente, a uma gravitação essencialmente burguesa, já que a oposição à ditadura não marcha corajosamente para o ataque frontal e o desmascaramento político, soltando ou cortando as amarras que a contra-revolução e a república institucional plantaram no solo histórico das classes subalternas.

Nesse sentido, o esquecimento construído a partir do regime militar com a falta de enfrentamentos de setores importantes da sociedade civil, surge como uma forma de se

outorgar uma visão contrária a qualquer tendência pluralista do direito, já que atende, sobretudo, os interesses antagônicos aos das classes populares.

Tal fator estabelece uma crise na própria hegemonia jurídica do poder estatal, que se limita apenas na perspectiva de uma “visão formal do Estado de direito” ao qual, de acordo com o que estabelece Canotilho (1999, p.41) “bastaria a existência de uma hierarquia de normas jurídicas regularmente editadas pelos detentores do poder legislativo”. Neste contexto, continua a dizer Canotilho (1999, p.41) que, apesar de “haver um Estado de direito formal”, não se tem o que o citado autor português denomina de “Estado de justiça”.⁸⁶

A ausência do Estado de justiça foi o que permitiu a materialização do esquecimento e a concessão da denominada “anistia-recíproca” e, por consequência, limitou a participação de grupos populares no processo de redemocratização do país, impedindo a ampliação, inclusive, de políticas sociais voltadas à melhoria das condições econômicas da população, uma vez que a mesma não se inseriu como protagonista nas discussões que envolvem seus interesses.

Diante disso, seria um equívoco defender que a lei 6.683/79, ao determinar a anistia-recíproca, seria fruto de uma conciliação entre a sociedade civil e o governo militar, uma vez que o cidadão, nesse processo, atuou como “mero coadjuvante”, tendo em vista que sua participação política ficou bastante restrita.

A lei de anistia brasileira que se classifica como uma “lei de anistia em branco”⁸⁷, trata-se de uma tendência internacional, ao qual diante o fim de um regime repressivo, geralmente o processo de perdão é concedido sob a forte ingerência de ditadores. Neste sentido, expõe Lúcia Bastos (apud SANTOS, 2010, p.75):

[...] o primeiro tipo de lei de anistia que apareceu no sistema internacional moderno, é normalmente concedida por influência dos ditadores que estão se retirando do poder, sem que haja qualquer legitimidade nacional ou internacional. A anistia em branco, como o próprio nome diz, tem um propósito extremamente amplo e busca, genericamente, retirar a responsabilidade de todos os agentes do Estado por todo e qualquer crime que eles tenham cometido durante um período específico. Essa categoria, normalmente, não faz a diferenciação entre os crimes comuns, os crimes políticos e os crimes internacionais e nem ao menos considera os motivos do crime.

⁸⁶Canotilho (1999, p. 41) esclarece que o Estado de direito se aproxima do Estado de justiça, quando incorpora “princípios e valores materiais que permitam aferir ao caráter justo ou injusto das leis, da natureza justa ou injusta das instituições e do valor ou desvalor de certos comportamentos.”

⁸⁷“Considerando a legitimidade e o escopo de uma lei de anistia, Lúcia Bastos sugere a seguinte classificação para as diversas categorias de anistia no mundo: (1) anistias em branco, (2) anistias localmente legítimas com imunidade parcial, (3) anistias com legitimidade internacional e imunidade parcial e (4) anistias com legitimidade interna e internacional e imunidade parcial” (BASTOS apud SANTOS, 2010, p.75). Esta análise se deu a partir do estudo sobre as leis de anistia do Chile, Argentina, Peru, El Salvador, Nicarágua, Serra Leoa, Uruguai, África do Sul, Haiti, Bósnia-Herzegovina, Croácia e Brasil (SANTOS, 2010, p.75).

A farsa que se construiu acerca da lei 6.683/79 como um produto de um pacto conciliatório, torna-se manifesta quando se observa que o processo democrático exige a participação ampla dos mais variados setores que representam a sociedade e não pode ficar limitada tão somente a grupos que concebem apenas uma parcela de pessoas situadas no ápice da pirâmide social. A idéia de uma democracia formal, que se situa no centro do discurso capitalista, não deve ser aceita como se houvesse a consolidação da democracia plena, posto que, os direitos, apesar de declarados, não existem de forma concreta perante a maioria da população.

Além disso, outro problema que se pode constatar com a aceitação do esquecimento é que no “território do poder político” e no “território do passado” não é admissível a existência de espaços vazios, o que possibilita a inserção de memórias que condicionam e dão significado ao presente sem que as pessoas, em geral, estejam totalmente conscientes da veracidade da versão oficializada (REÁTEGUI, 2011, p. 363).

Sobre esse aspecto, estabelece-se um ponto de vista dos acontecimentos ocorridos no passado por um viés antipluralista, que exclui os atores coletivos que representam os interesses populares e todos aqueles que foram perseguidos pelo regime autoritário, na organização da memória e na constituição dos fatos.

Tal constatação vai a desencontro aos princípios éticos que a sociedade deve seguir, tendo em vista que o risco de se construir a memória sob a perspectiva de grupos que atuaram em favor da ditadura, impede uma reconstrução histórica que seja fiel aos fatos e que, por consequência, faça justiça aos perseguidos políticos.

Por essas razões, não parece crível, o que foi defendido por autores como Edgar Morin⁸⁸, no sentido de admitir a possibilidade de se separar à anistia do esquecimento, como se o perdão aos crimes cometidos pudessem trazer mais vantagens ao sistema democrático sem que fossem esquecidos os crimes praticados no regime anterior, posto que, evitaria o risco de conflitos capazes de minar qualquer processo de redemocratização.

Não se trata de vingança ou de humilhar os que humilharam, tal como menciona Morin (2007, p.132), mas sim de trazer a atuação do Judiciário no sentido de processar e punir quem efetivamente cometeu crimes, até porque, se fosse vingança, não se

⁸⁸Segundo Morin (2007, p.130), a “indulgência com os que sustentaram os regimes ditatoriais na Espanha e no Chile, depois da queda desses regimes, foi o preço pago para alcançar a paz e a democracia. Em certos casos, pode-se chegar a uma contradição ética: devem ficar impunes crimes de tortura? Os negociadores democratas chilenos entenderam que a obtenção de vantagens da democracia compensava a impunidade dos crimes da ditadura. Permanece, conquistada a democracia, uma pestilência ética, pois não houve realmente o perdão e não poderia haver o esquecimento”. Para Morin (2007, p.130) com base no que defendeu o historiador polonês Adam Michnik, haveria a possibilidade de se conciliar a fórmula: “Anistia, não amnésia”.

defenderia, como se faz hoje, a garantia aos integrantes do regime militar dos direitos relativos ao devido processo legal, que incluem o contraditório e ampla defesa.

O que na verdade não poderia ser considerado ético é a ausência de justiça em favor daqueles que enfrentaram um Estado extremamente opressor, uma vez que ao agirem em nome da coletividade, cumpriram sua função de cidadão, enquanto muitos outros preferiram se calar e até mesmo compactuar com as atrocidades cometidas.

2.3 A promulgação da Constituição Federal de 1.988 e a necessidade de consolidação da democracia no Brasil.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil concretiza formalmente⁸⁹ o processo de redemocratização, mediante a consolidação de garantias e direitos fundamentais em uma carta constitucional “razoavelmente” avançada e com importantes inovações no constitucionalismo brasileiro. (SILVA, 2003, p.89).

A Constituição de 1988, denominada por Ulysses Guimarães como a “Constituição Cidadã”, mesmo com as limitações impostas pelos grupos dominantes, figurou historicamente como a Carta Magna que contou com o maior apoio da população na história brasileira. No entanto, apesar da sistematização de direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 se concretizou como um texto excessivamente analítico, uma vez que buscou aglutinar também os interesses dos conservadores, durante a sua elaboração.

Mesmo tendo a Constituição de 88, representado, significativos avanços da sociedade civil, verifica-se durante a década de 1990 houve um grande retrocesso na medida em que:

[...] forças da elite nacional – apoiada na onda neoliberal de prevalência absoluta do mercado e nas mudanças mundiais configuradas pela globalização da economia – desencadearam ações privatistas/reformistas que tanto objetivaram enfraquecer os direitos de cidadania, quanto deflagrar uma precipitada e oportunista reforma constitucional (WOLKMER, 2006, p.115).

Tais políticas adotadas pela elite nacional e embasadas pelos poderes institucionais, inclusive o Judiciário e o Ministério Público, que nada fizeram diante inúmeras denúncias de irregularidades no processo da política de desestatização promovida pelo governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso⁹⁰, trouxeram de volta a mesma

⁸⁹O aspecto formal da redemocratização estava concluído, porém os aspectos substanciais estavam - como ainda estão - estruturados na base de uma concepção autoritária.

⁹⁰No livro “A Privataria Tucana” (2011) o jornalista Amaury Ribeiro Júnior informa e denuncia, por meio de documentos, uma complexa estrutura de “offshores”(empresas de fachada para lavagens de dinheiro em paraísos

conotação liberal e individualista que marcaram o histórico constitucional brasileiro. Foi a verdadeira manipulação da democracia pelo poder econômico das elites dominantes em que de um lado refletiu a “derrocada e insuficiência das forças progressistas; de outro, a cantilena de um discurso neoliberal, que, operacionalizado pelos segmentos reacionários, reintroduz hegemonicamente novos valores, categorias e concepções de mundo” (WOLKMER, 2006, p.115).

O fortalecimento do neoliberalismo nos anos de 1990 ecoa a continuidade que já vinha sendo construída desde o regime militar, isto é, não se tratava de uma novidade construída a partir dos governos dos presidentes Collor e Fernando Henrique Cardoso⁹¹, que apenas deram continuidade à sistematização econômica elaborada durante o período ditatorial, mediante as reformas desenhadas por Roberto Campos e Octávio de Gouvêa Bulhões, com o Plano de Ação Econômica do Governo (PAEG), cuja maior finalidade foi o de romper definitivamente a era Vargas (ARANTES, 2010, p.220).

Nesse diapasão, demonstra Arantes (2010, p.234/235):

[...] as origens da ordem financeira da Constituição de 1988 remontam também a estruturação econômica-financeira da ditadura, iniciada com o PAEG. Podemos ser mais precisos agora, acrescentando que ao Estado de emergência econômico perene, cuja genealogia acabamos de evocar, responde justamente a “blindagem financeira” da Constituição, responsável, tal amarração de segurança máxima, pelo “bloqueio efetivo” dos direitos econômicos e sociais, esterilizados na condição de mera “norma programática”. Isto quer dizer simplesmente que a ordem normativa-econômico social, assegurada pela Constituição, está com efeito em vigor, porém suspensa, suspensa no vácuo da mais completa inefetividade. Simples assim, a armadura do nosso Estado oligárquico de direito, estando em plena vigência o sublime instituto do *habeas corpus*, desde que as conexões sejam boas. Um dos segredos reside na mudança de função do orçamento público, cuja matriz nossos autores rastreiam novamente até a ditadura, que seqüestrou a definição orçamentária, excluindo-se de qualquer deliberação pública. A rigor, a guinada rentista do capital encontrou a mesa posta e a casa arrumada pela “bagunça” da ditadura. Com a supremacia do orçamento monetário sobre as despesas sociais – cujo torniquete aperta ao menor sinal de alarme –, confiscaram-se os instrumentos financeiros que confirmariam o declarado (no vazio) papel dirigente da Constituição. A blindagem financeira do orçamento público, continuam nossos autores, é a garantia de que o Estado tem mesmo por função estabilizar o valor dos ativos das classes proprietárias. Na violência econômica que o Estado de emergência sanciona graças ao aumento progressivo da capacidade normativa do Poder Executivo e ao consequente eclipse da Constituição como sede primária do direito financeiro, exprime-se a nova função do poder público – aliás, nova apenas se referida a uma

fiscais) que serviram para a realização de inúmeras operações ilegais que permearam os processos de privatizações de empresas públicas ocorridos durante os anos 90, do século XX, sob a presidência do governo Fernando Henrique Cardoso.

⁹¹“Ao inaugurar seu primeiro mandato anunciando que encerraria de vez a Era Vargas, o professor Fernando Henrique Cardoso deveria saber, pelo menos, que estava arrombando uma porta aberta. Pois foi exatamente essa a missão histórica que a ditadura se impôs, inclusive na acepção propriamente militar do termo “missão”. Erraram o alvo em agosto de 1954; reincidiram em novembro de 1955; deram outro bote em 1961, para finalmente embocar em 1964, arrematando o que a ciência social dos colegas do futuro presidente batizaria de colapso do populismo” (ARANTES, 2010, p.217).

política de pleno emprego que jamais foi consensual entre os capitalistas brasileiros -, a saber, a tutela jurídica da renda do capital . O resto, que é simplesmente tudo, é gestão punitiva e social-compensatória de uma sociedade de mercado condenada pelo dessalariamento sistêmico a emitir sinais alarmantes de convulsão possível, o quanto basta para acionar poderes econômicos de emergência, fechando-se o círculo vicioso de controle. O golpe abriu e fechou esse círculo, que hoje continua a rodar.

Na realidade, todas estas características elucidadas na Carta Magna de 1988 retratam a tradição do constitucionalismo brasileiro⁹², sempre afeitos a textos recheados de “abstrações racionais” o que, dessa forma, “não apenas abafaram as manifestações coletivas, como também não refletiram as aspirações e necessidades mais imediatas da sociedade” (WOLKMER, 2006, p.114).

O reflexo de todo esse contexto se dá principalmente no viés econômico, cuja democratização do acesso a condições mínimas de sobrevivência da população continua a ficar totalmente comprometido, uma vez que as mudanças estruturais necessárias para o desenvolvimento do país e consequentemente da nação não são colocadas em prática.

Por derradeiro há um prejuízo na própria consolidação democrática, que se limita apenas na expressão do voto popular, e não em outras formas de cidadania⁹³, posto que a idéia de um Estado de direito baseado nos moldes clássicos das concepções burguesas, passa a ser substituída por aquilo que se denomina de “Estado oligárquico de direito”, na qual se constitui um regime jurídico e político assinalado pela vasta latitude liberal-constitucional, em que “se movem as classes confortáveis, por um lado, enquanto sua face voltada para a ralé, que o recuo da maré ditatorial deixou na praia da ordem econômica que ela destravou de vez, se distingue pela intensificação de um tratamento paternalista-punitivo.” (ARANTES, 2010, p.216).

⁹² Somente para ilustrar essa questão a título de exemplo pode se mencionar a narrativa de Oliveira Vianna (apud WEFFORT, 1980, p.107) que ao expor sobre as Constituições de 1824, a de 1891 e a de 1934 conclui que o ideal democrático é “uma pura criação das nossas elites dirigentes”, uma vez que durante o Império e durante a República, “o nosso comportamento político continuou a ser o que era, o que a nossa cultura impunha – e não o que impunham essas cartas. Não alteramos nada –durante este centos e tantos anos de anglo-saxonismo de fachada, da velha tradição personalista da “política de clã” que os três séculos coloniais nos legaram.”

⁹³Como bem salienta Herkenhoff (2004, p.236) a “cidadania há de ser conquistada através da luta individual e através da luta coletiva. Há situações concretas nas quais o cidadão tem de travar uma luta individual para conquistar seus direitos. Esta luta individual, solitária, que o cotidiano da vida às vezes exige, é sempre mais dura e difícil. A luta individual é mais penosa, mais longa, com possibilidade de êxito menor. Porém, se uma situação concreta reclama a luta individual, não devemos recuar diante dos obstáculos. Devemos buscar nossos direitos, custe o que custar. Mas sempre que for possível, devemos recorrer à luta coletiva.” Segundo continua a dizer Herkenhoff (2004, p.236), “as classes dominantes desencorajam as lutas coletivas. Com freqüência, os líderes das lutas coletivas são perseguidos presos e até mesmo assassinados. Também os meios de comunicação social, frequentemente a serviço das classes dominantes, estimulam o individualismo. Citemos, por exemplo, as novelas de televisão. Com raras exceções as histórias das novelas são simplesmente histórias individuais. Poucas vezes as novelas apresentam as lutas coletivas, as lutas do povo. (Há honrosas exceções, por parte de alguns novelistas). Mesmo sendo a novela um entretenimento, pode também educar. O povo tem de aprender a vencer seus desafios, com suas próprias forças. Mesmo que o ambiente envolvente seja adverso, mesmo que a luta coletiva não seja valorizada e enaltecida, é a união que faz a força”.

Diante disso, explica Weffort (1980, p. 112):

[...] o Estado “liberal” que aqui se forma não podia deixar de ser também um Estado oligárquico. Tanto porque os grupos oligárquicos modernos se viram obrigados a assumir alianças com os setores mais tradicionais, como porque ao liberalismo que então se estabelece não resta outra alternativa senão limitar-se às “elites” dominantes. Deste modo, a paradoxal coexistência liberal-oligárquica passa a adequar-se às necessidades vigentes de assegurar, no interior, através das restrições à participação social e política das maiorias populares, a estrutura de dominação pertinente à eficaz exploração econômica com vistas ao mercado externo.

Trata-se, na verdade, da construção de um Estado liberal constituído sobre as bases de um Estado oligárquico, tendo em vista que os interesses das elites prevalecem como se coincidissem com os interesses do povo, que, por sua vez, são manipulados, com o fim de trazer uma legitimidade democrática à conduta estatal⁹⁴.

É com base nisso que se reflete a justificativa da lei de 6.683/79, que embora nunca tenha sido discutida junto à população, é exposta pelos seus defensores como se fosse uma legislação que tivesse sido debatida e elaborada em conjunto com os representantes das classes populares.

Daí a necessidade de retomada democrática do diálogo no Brasil, envolvendo todos os setores da sociedade, bem como as próprias instituições do país, que muitas vezes mantém em sua atuação, vínculos estreitos com o regime ditatorial, uma vez que não rompem definitivamente com o viés autoritário construído pelo regime militar.

Entretanto, torna-se imprescindível que o sistema democrático brasileiro enfrente as heranças da ditadura militar, para que seja possível retirar esse estrato característico de potencial autoritário, que ignora de forma substancial os direitos dos grupos mais vulneráveis. Tal situação coloca a sociedade brasileira, naquilo que Safatle (2013, p.46) em artigo publicado na revista Carta Capital de 03 de abril de 2013, denominou de neodemocracia, cuja característica básica estaria na restrição da soberania popular, conforme se pode verificar:

Uma neo-democracia não é uma democracia em processo de aperfeiçoamento, mas uma figura político-institucional marcada por um sistema de bloqueios intransponíveis em direção à institucionalização da soberania popular e à

⁹⁴Segundo Weffort (1980, p. 112/113), “poder-se-ia dizer que o Estado é duplamente ambíguo: é ambíguo nas suas relações com o exterior, porque seu liberalismo e sua reivindicação de soberania estão associadas a uma aliança com o imperialismo, condição que nas situações cruciais (que não são poucas na história da América Latina), impugna tanto a liberdade de comércio e a liberdade política como a soberania nacional. Enfim, a classe dos grandes proprietários, se bem tenha podido organizar Estados nacionais, não tem condições para formular – ou permitir que se efetive historicamente – um ideal de Nação desvinculado da produção do mercado externo. E o Estado é também ambíguo em suas relações internas, pois esta liberal-democracia e esta Nação sob hegemonia oligárquica não podem tornar-se efetivas para o conjunto do país já que, para incluírem todos os demais grupos sociais, se fariam necessárias alterações nos próprios fundamentos da estrutura de poder e nas relações de produção em que ela se apóia”.

implementação da democracia direta nos processos de gestão de governos. Tais bloqueios deixam evidente a permeabilidade da estrutura de todos os grandes partidos aos interesses econômicos hegemônicos, assim como a plutocracia que emerge sempre dos embates eleitorais e a impossibilidade do aparecimento de uma pluralidade de vozes dissonantes no processo de formação da opinião pública mediada pela grande imprensa.

Contra as neodemocracias não é possível reforma alguma. Elas precisam ser superadas através da implantação, cada vez mais forte, de mecanismos que nos coloquem para além dos limites da democracia parlamentar. Por isso, o grande embate daqui para frente passará pela definição dos rumos do debate em torno da noção de “democracia direta”.

Frente a esse cenário, embora se reconheça determinados avanços no processo democrático, a manutenção de políticas do período ditatorial é o que constitui a restrição do avanço da democracia no país, levando inclusive àquilo que Weffort (1996, p.70/71) denomina de primeiro sinal da crise de governabilidade⁹⁵, como se pode observar:

O primeiro sinal de crise de governabilidade está no fracasso dos governos de transição em suas tentativas de assegurar a continuidade de sua política. Refiro-me àqueles países que viveram, nas últimas décadas, experiências ditatoriais. [...] O mérito maior dos governos de transição é o de terem dirigido seus países, com maior ou menor eficácia, no rumo da democracia. Independentemente de suas diferenças ideológicas, seus maiores êxitos estão no capítulo, indiscutivelmente importante, da construção institucional da democracia. Apesar disso, não há como exagerar seu fracasso no sentido de assegurar a continuidade de suas políticas. Pode-se suspeitar que suas derrotas nos momentos de sucessão tenham menos a ver com a virtuosa alternância de partidos nas democracias consolidadas do que com uma espécie de alternância viciosa imposta pela crise econômica. Uma crise econômica que derrota qualquer governo, seja qual for sua política.

Além da manutenção da política econômica, é possível acrescentar, apesar das posições contrárias manifestadas por Weffort recentemente em relação à revisão da lei de anistia⁹⁶, que a crise de governabilidade também deriva do fato de que os crimes da ditadura militar não foram vistos com a mesma gravidade do que foram praticados, já que, até o presente momento, não houve nenhuma postura por parte do Estado em determinar a punição dos agentes de repressão.

A ausência de uma atuação institucional, que inclui o Judiciário e o Ministério Público, e de políticas que objetivem a punição dos agentes estatais, no que tange as violações de direitos humanos cometidas durante a ditadura, vem prejudicando, tanto o

⁹⁵Weffort (1996, p.71/72) menciona outros dois sinais de crise de governabilidade, que seriam encontrados “nas dificuldades dos partidos para o cumprimento de suas funções governamentais” e na “perda de prestígio da atividade política que se observa em alguns países, mesmo através dos processos eleitorais”.

⁹⁶Em entrevista concedida a Revista Época em 08/03/2013 Francisco Weffort, embora tenha se posicionado favorável a existência da Comissão da Verdade, defendeu que não seria possível a revisão da lei de anistia, uma vez que se tratou da base do sistema democrático que veio em seguida. Para ver mais sobre a entrevista confira: FRANCISCO WEFFORT: “O PT SE DESNATUROU COMPLETAMENTE”. Revista Época. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Brasil/noticia/2013/03/weffort-o-pt-se-desnaturou-completamente.html>>. Acesso em 28 mai 2013.

desenvolvimento democrático como também o próprio amadurecimento do Estado constitucional, uma vez que, ao tolerar os crimes praticados, a própria Constituição fica comprometida.

Por isso é imperioso a alteração na forma de se interpretar a lei de anistia, posto que, há graves violações de preceitos básicos estabelecidos pela Constituição, que, embora, tenha sido menos transformadora do que atestam algumas de suas propagandas, instituiu direitos básicos ao cidadão, incluindo-se o da dignidade humana.

2.4 A interpretação que estende a aplicação da lei 6.683/79 aos agentes da repressão, e a sua incompatibilidade com os princípios, direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1.988.

Conforme mencionado, a lei de 6.683/79 é interpretada no sentido de se estender a anistia por crimes políticos e crimes comuns conexos a estes, ocorridos durante a ditadura militar, tanto em favor daqueles que atuaram em prol do regime como também em favor daqueles que se contrapuseram a atuação estatal naquele período.

Ocorre que a interpretação dada à supramencionada lei vai a desencontro com o estabelecido pela Constituição Federal de 1988, que comparada com as Cartas Constitucionais anteriores, trouxe inovações importantes ao ordenamento jurídico vigente, ao prezar por princípios que antes não tinham, até então, a valorização adequada⁹⁷.

A Constituição Federal de 1988 ao deslocar sua direção em favor dos interesses do indivíduo e, acima de tudo da coletividade, retira a tradição do legislador constituinte de se voltar prioritariamente à organização do Estado, tendo em vista que contempla, de maneira categórica, os direitos individuais, ao mesmo tempo em que abrange os direitos coletivos e difusos.

No que diz respeito à dignidade humana, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou as previsões estabelecidas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos como nenhuma outra antes tinha feito, ampliando os espaços para novas

⁹⁷Como lembra Piovesan (2010, p.24) a “Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como documento abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil. A Consolidação das liberdades fundamentais e das instituições democráticas no país, por sua vez, muda substancialmente a política brasileira de direitos humanos, possibilitando um progresso significativo no reconhecimento de obrigações internacionais neste âmbito”.

conquistas sociais e para a plena reafirmação dos direitos humanos, inclusive como cláusula pétreia.

Rompendo com a lógica autoritária da Constituição de 1967, a Carta de 1988 tratou como crimes inafiançáveis a tortura e as ações armadas contra a ordem constitucional e o Estado democrático, cunhando, desse modo, dispositivos capazes de obstruir golpes institucionais de natureza civil ou militar. Além disso, determinou a eleição direta do presidente da República, dos governadores dos Estados e prefeitos, ampliando também os poderes do Congresso Nacional.

Tais premissas estavam devidamente alinhadas com a construção de um Estado Social⁹⁸, cujo reconhecimento e aplicação dos direitos fundamentais torna-se inevitável. Em face disso, é inconcebível que se possa realizar uma interpretação da lei 6.683/79 em conformidade com a Constituição que venha a favorecer aqueles que atuaram em prol de um Estado opressor cometendo crimes contra a própria população. Caso isso seja mantido, seria o mesmo que legitimar a prática de um Estado tirânico em detrimento de uma sociedade democrática.

Se a lei 6.683/79 foi devidamente recepcionada pelo texto constitucional de 1988, deve-se compreender que a superveniência a uma nova Constituição significa que o alicerce de legitimação de todo o sistema jurídico foi modificado, logo, apesar de essa alteração não implicar na revogação automática de toda a legislação infraconstitucional, a interpretação desta dependerá do reenquadramento aos novos parâmetros estabelecidos (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2008, p.16). Por isso, não se deve interpretar a lei de anistia, como se a sua incidência fosse analisada no momento de sua entrada em vigor, com base em texto constitucional já suprimido.

Assim, pode-se dizer que manter a interpretação da lei de anistia em favor dos agentes da repressão e todos aqueles que direta ou indiretamente patrocinaram o regime ditatorial, é o mesmo que obstruir a própria atuação constitucional, posto que a interpretação conferida à mencionada legislação pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 153, não condiz com a realidade de um Estado democrático, conforme será detalhado no sub-capítulo 3.4 do presente trabalho, destinado a analisar a questão.

⁹⁸Segundo Bonavides (2001a, p.202/204) o Estado social da democracia se diferencia do Estado social dos sistemas totalitários, ao oferecer, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos de personalidade.

2.5 A promulgação das leis 9.140 de 1995 e 10.559 de 2002, como meio de reparar as vítimas da ditadura militar.

Embora até o presente momento a sociedade civil não tenha logrado êxito na punição dos agentes de repressão que atuaram em prol do regime militar, criaram-se mecanismos que facilitaram a reparação das vítimas na esfera cível. O ponto inicial de tais medidas se deu com a promulgação da lei 9.140 de 1995, que criou a Comissão Especial de mortos e desaparecidos políticos, com a finalidade de apurar os fatos ocorridos entre o período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988.

A referida lei, que tratou de uma iniciativa do Poder Executivo, foi votada em regime de urgência, sem que houvesse a apresentação de emendas por parte dos parlamentares (TELES, 2010, p.255). No entanto tratou-se de uma legislação bastante restrita, pois não contemplou a restituição da verdade jurídica, a punição dos responsáveis pelos crimes praticados e a recuperação dos restos mortais dos militantes desaparecidos e assassinados (TELES, 2010, p.253).

A mencionada legislação, além de ser limitada, também não permitiu que as reparações fossem feitas de maneira abrangente, posto que impôs as vítimas o ônus da prova e, com a negativa do Estado em reconhecer os fatos e fornecer documentos, não impediu que houvesse a restrição ao acesso a verdade (TELES, 2010, p.254).

Não obstante os progressos pouco relevantes, a lei 9.140 de 1995, por outro lado, reconheceu como efetivamente mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas que se encontravam participando de atividades políticas e que estavam desaparecidas, ao mesmo tempo, que criou instrumentos, por meio de uma comissão especial, para proceder com a investigação e localização de seus corpos.

Em novembro de 2002, foi promulgada outra lei, a de número 10.559, com a finalidade de regulamentar o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que dentre outras providências, determinou a reparação econômica daqueles que foram vítimas do regime militar, mediante portaria do Ministro da Justiça, após parecer favorável da Comissão de Anistia⁹⁹.

⁹⁹Nas explicações de Marcos Zilli, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Fabíola Girão Monteconrado (2010, p. 162/163): “Instalada pelo Ministério da Justiça no dia 28 de agosto de 2001, a Comissão foi criada pela Medida Provisória nº 2.151, tendo por objeto o exame e o julgamento, em caráter administrativo, dos pedidos de indenização formulados por aqueles que foram impedidos de exercer atividades econômicas, em razão de perseguição política, durante o período de 18 de setembro de 1946 a 5 de outubro de 1998. É composta por quinze conselheiros que analisam o requerimento formulado diretamente pelo interessado ou por seus dependentes. A reparação econômica, prevista na Lei 10.559/02, deve ser concedida mediante portaria do

Ainda que a lei 10.559/02 tenha surgido para somente providenciar uma reparação econômica a todos aqueles que foram vítimas da ditadura militar, a referida legislação também não admite qualquer possibilidade de punição aos agentes que praticaram crimes comuns durante o período ditatorial.

Na verdade, embora tenha sido mais ampla do que a lei 6.683/79, também conhecida como lei de anistia, a finalidade principal da lei 10.559/02, conforme demonstra André Ramos Tavares e Walber de Moura Agra (2009, p.86) foi de “reconhecer e conceder indenização aos mortos e desaparecidos pelo regime militar, abrangendo todos que sofreram algum tipo de lesão por motivação política”.

Apesar da lei 10.559/02 ter sido um avanço, devido ao amadurecimento das discussões acerca do período da ditadura militar, assim como as legislações anteriores, é também bastante limitada, uma vez que, quanto a tarefa da reparação econômica nos termos da referida legislação seja aparentemente simples, tendo-se em vista que não é necessária a constituição de advogado, tampouco a provocação da tutela jurisdicional, já que se trata de decisão com base na discricionariedade administrativa, a indenização somente se dá em “decorrência do impedimento do exercício de atividades econômicas”, sendo que “para o dano moral o único caminho possível permanece sendo a justiça comum”(MEZAROBBA, 2006, p. 137/138).

Com as legislações acima mencionadas, o que se observa, afinal, é que as respostas legislativas ainda não se mostram suficientes no sentido de demonstrar a violação dos direitos civis durante o período militar. Em face desse cenário, apesar de se reconhecer o amadurecimento do debate acerca da necessidade de se processar e punir os agentes da ditadura, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 153, manteve a interpretação da lei 6.683/79, de forma a estender seus benefícios aos membros que atuaram no regime militar.

Diante disso, é imprescindível que haja uma reforma de tal decisão, uma vez que o prejuízo à construção do processo democrático poderá ser irreparável, considerando-se que os resquícios do período ditatorial ainda persistem na sociedade, que sofre as consequências herdadas pelo regime militar.

Ministro da Justiça após parecer favorável da Comissão. A indenização poderá ser paga em prestação única, correspondente a 30 salários mínimos, por ano de perseguição política, desde que respeitado o limite de R\$ 100 mil, ou em prestações mensais, permanentes e continuadas, correspondente à remuneração relativa ao posto, cargo, graduação ou emprego que o anistiado ocuparia, observado o limite do teto da remuneração do servidor público federal”.

3 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N° 153 E A INTERPRETAÇÃO DA LEI DE ANISTIA CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

3.1 O processo de judicialização da política e o julgamento da ADPF 153

Perante o amadurecimento das discussões e das polêmicas geradas acerca da extensão da lei de anistia aos agentes do regime militar, é proposta em outubro de 2008 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº153 (ADPF 153), com a finalidade de requerer a interpretação conforme a Constituição do art. 1º, § 1º da Lei Federal nº 6.683/79, de modo a não estender a aplicação do mencionado dispositivo legal aos agentes de repressão, visto que estes, durante a ditadura militar, cometem crimes comuns, sem qualquer conexão a crimes políticos.

Contudo, apesar dos esforços em relação à revisão da lei 6.683/79, o Supremo Tribunal Federal em abril de 2010, por 7 votos a 2, declarou válida em sua integralidade à mencionada legislação, ao julgar improcedente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, mantendo-se a chamada “anistia-recíproca” (HERKENHOFF, 2004, p.120).

No entanto, deve-se salientar que a compreensão do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (ADPF 153), que manteve na íntegra a lei 6.683/79, conhecida como lei de anistia, passa pela análise do fenômeno da judicialização, bem como do ativismo judicial que vem se consolidando como tendência da atuação do Poder Judiciário brasileiro. Entretanto, para o melhor entendimento de tais institutos, torna-se imprescindível resgatar os acontecimentos históricos e a lógica de dominação que se vincula a Ciência do Direito, que está, por sua vez, intimamente atrelada à perpetuação, tanto da ordem jurídica, como também, da ordem econômica vigorante.

A judicialização, em sua acepção moderna, tem sua origem nos Estados Unidos com os chamados pais fundadores da América, que em 1787 já possuíam uma visão extremamente cética em relação às regras do sistema majoritário, o que os levaram a buscar os fundamentos do papel constitucional dos tribunais¹⁰⁰.

¹⁰⁰Nas escritas de Torbjorn Vallinder (TATE and VALLINDER.1996, p.16) “the American Founding Fathers of 1.787 had taken a more skeptical view toward strict majority rule and were consequently much more interested in the constitutional role of the courts. In The Federalist Papers (no.78) Alexander Hamilton stated that the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power and that the general liberty of the people can never be endangered from that quarter”.

Nesse período, a idéia de judicialização estava em consonância com a posição de que somente um Judiciário forte, seria capaz de declarar todos os atos contrários à Constituição. Em consequência desse processo, surge inclusive a própria idéia de controle de constitucionalidade, cujo marco se deu com o famoso caso ocorrido em 1803, que ficou conhecido como *Marbury X Madison* (TATE, VALLINDER, 1.996, p.17)¹⁰¹.

Com o fortalecimento da judicialização nos Estados Unidos, outros países iniciam, até mesmo por influência do modelo estadounidense, uma prática de robustecimento do Poder Judiciário, o que gerou, inclusive, uma tendência nos países latinos americanos, dos quais se estendem ao Brasil.

Entretanto as concepções voltadas a judicialização que eram intensamente defendidas por liberais americanos desde os séculos XVIII e XIX, como, por exemplo, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, trazem a tona uma forte discussão sobre a legitimidade do Poder Judiciário em decidir sobre questões que caberiam, em razão do sistema majoritário, aos parlamentos.

Da idéia de judicialismo surge também nos Estados Unidos entre 1950 e 1960, o que se denominou como ativismo judicial, que conforme muito bem ilustra Luís Roberto Barroso (2010, p.10) está “associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”.

O ativismo judicial que se origina como paradigma do processo de judicialização, vem sendo analisado sobre diversas perspectivas, no sentido de que em muitos casos vem transferindo o debate público para o Judiciário, de maneira que os demais Poderes se isentam de sua responsabilidade. Isso também respalda no processo de deliberação política, na qual as discussões dessa natureza são transportadas para a esfera judicial¹⁰².

¹⁰¹O caso *Marbury X Madison* se deu em decorrência da eleição de Thomas Jefferson para presidente dos Estados Unidos, que após derrotar o então presidente John Adams que tentava a reeleição, determinou a seu secretário de Estado, James Madison, que não entregasse o título de juiz de paz a William Marbury, que fora assim nomeado enquanto Adams ainda se encontrava no exercício da presidência. Diante disso, Marbury não tomou posse do cargo, e, por essa razão, requereu ao tribunal a notificação de James Madison para que apresentasse suas razões, pelas quais não lhe entregava o título de nomeação, com o fim de rebatê-las e possibilitar-lhe a posse.

¹⁰²Sobre esta questão “Hirsch enumera três postulados responsáveis pela orientação metodológica de sua abordagem sobre o tema da judicialização da política. O primeiro postulado metodológico afirma que a transferência progressiva de poderes do Legislativo para o Judiciário, assim como para outras instâncias administrativas de decisão cujo representantes são eleitos democraticamente – agências administrativas independentes ou agências reguladoras, por exemplo – não pode ser estudada separadamente das lutas políticas, econômicas e sociais que modelam o sistema jurídico político de uma determinada sociedade. Em segundo lugar, as instituições políticas e jurídicas (bem como suas reformas) promovem efeitos distributivos diferenciados, isto é, elas tendem, inevitavelmente a privilegiar mais alguns grupos e indivíduos do que outros. Por último, em regra

O Brasil, seguindo esta tendência¹⁰³, vem se consolidando como um país em que se verifica inúmeras posturas, por parte do Supremo Tribunal Federal, que poderiam ser consideradas ativistas. Todavia, no caso do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (ADPF 153), que manteve na íntegra, em abril de 2010, a interpretação da lei de anistia (lei 6.683/79), por 7 votos a 2, a Corte Suprema preferiu se filiar a uma posição conservadora, visto que definiu crimes que deveriam ser tratados como meramente comuns, como crimes políticos ou conexos a estes.

Vale lembrar que, esta mesma composição do Supremo Tribunal Federal que vem atuando em outras decisões de maneira criativa, como, por exemplo, e mais recentemente, na decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54)¹⁰⁴, que reconheceu a possibilidade de interrupção da gravidez em caso de fetos anencéfalos, e na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo¹⁰⁵, no julgamento da ADPF 153, quase que conveniente e paradoxal, entendeu, conforme ilustrou o próprio Ministro Eros Grau¹⁰⁶, que no “Estado Democrático de Direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo”. Isso expõe a conotação dada ao ativismo judicial construído no Brasil, posto que, as decisões provenientes de demandas de caráter progressista, não esbarram nas questões de interesses de classes¹⁰⁷.

Salienta-se que a esse respeito, os julgados por parte do Poder Judiciário, conforme demonstra Pastana (2009, p.131), “mesmo quando o Estado leva em conta as reivindicações democráticas, o faz com o objetivo de preservar o processo de exploração em

os diferentes atores políticos, econômicos e jurídicos tendem a agir estrategicamente no sentido de apoiar a consolidação de estruturas institucionais que beneficiarão na maior medida possível os seus próprios interesses particulares ou corporativos” (HIRSCHL apud SILVA, 2008, p. 119).

¹⁰³ De acordo com o que expõe Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos (1999, p.47/48), o processo institucional que tem aproximado o Brasil de uma judicialização, resulta da adoção do modelo baseado no controle abstrato de constitucionalidade das leis, cuja função é exercida pelo Supremo Tribunal Federal, em decorrência da confiança que lhe foi conferida pelo legislador constituinte.

¹⁰⁴ Cf. ADPF 54.

¹⁰⁵ Cf. ADI 4277 e ADPF 132.

¹⁰⁶ Cf. Voto Eros Grau, ADPF 153.

¹⁰⁷ Para Boaventura de Sousa Santos (2011, p.111) esse paradoxo sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal não reflete, necessariamente, a consolidação no Brasil de uma aliança entre as elites. Isto porque é possível verificar uma verdadeira disjunção entre a revolução e a contrarrevolução do poder judicial no país, que demonstram sinais, em alguns casos “pertubadores” e em outros que revelam “que está tudo em aberto” (SANTOS, 2011, p.111). Neste sentido, o ilustre autor português demonstra como exemplo o reconhecimento aos direitos territoriais das comunidades indígenas e quilombolas, ao mesmo tempo em que, frequentemente, há um processo de criminalização quanto à atuação dos movimentos sociais.

condições de estabilidade política e social e desde que não haja prejuízo para a burguesia como um todo”.

Tal fato, inclusive, repercute na própria organização do Judiciário brasileiro e na sua prestação jurisdicional que se constituem em um modelo baseado no “discurso inovador” e, ao mesmo tempo, na “prática conservadora” (PASTANA, 2009, p.130).

Sobre esta questão, continua a observar Pastana (2009, p. 134):

[...] as tentativas de mudança, da mais tímida e simbólica à mais revolucionária, encontram contínuas resistência dos segmentos que lucram com a estagnação. Qualquer iniciativa que ameace a autoridade presente nesse sistema é imediatamente repudiada, ainda que dentro da legalidade. Quando a resistência chega a violar a lei, culpa-se o sucateamento do Estado e a inviabilidade de qualquer serviço público.

Nessa obscura contradição entre o discurso que afirma a democratização e a prática que rejeita, perceptível apenas para os poucos cidadãos imunes ao controle hegemônico, qualquer reforma do sistema jurisdicional brasileiro é vista como um “golpe na democracia”.

Assim se naturaliza atualmente um sistema de poder que, sem contradição aparente, afirma a liberdade e pratica a opressão e a desigualdade. De acordo com Boaventura de Sousa Santos (2006) “assente nesse sistema de poder, os ideais republicanos de democracia e igualdade constituem hipocrisia sistêmica”.

Enfim, o discurso do campo jurídico pode até ressurgir mais comprometido com a consolidação democrática nacional, porém, sua prática cotidiana aponta no sentido da manutenção do controle autoritário da prestação jurisdicional.

Em razão disso, a postura conservadora do Supremo Tribunal Federal, diante o julgamento da ADPF 153, deve ser analisada tanto na perspectiva da legitimidade do ativismo judicial¹⁰⁸, como também na própria função da Ciência Jurídica na sociedade capitalista, sendo que, em um primeiro plano, cabe observar, que a idéia de direito em uma sociedade capitalista deve estar inevitavelmente atrelada às questões de ordem econômica, logo, não é possível observar o direito, ainda mais no presente caso, sem considerar tais perspectivas¹⁰⁹.

¹⁰⁸Diante esta questão, poderia se questionar, até mesmo, a legitimidade conferida ao Poder Judiciário de decidir definitivamente - fazendo coisa julgada material - acerca de determinados assuntos que abrangem questões sociais e políticas, pois sendo instrumento de dominação social, o Judiciário nada mais faz do que atender as demandas que não desestabilize o sistema vigorante, mantendo assim, a complexa estrutura entre dominadores e dominados. Deve-se lembrar que sendo um poder estatal, o Judiciário atua no sentido de cumprir a finalidade histórica do Estado, que é atender os interesses do capital. Basta observar que a evolução do processo capitalista se dá sobre o suporte estatalista que conforme narra Eric Hobsbawm (1981, p.25), desde a ascensão dos Estados Burgueses, no século XVII, foi o responsável por impor o poder empresarial contra o “grosso da opinião pública”.

¹⁰⁹A análise do direito a partir da perspectiva materialista sempre foi objeto de debates. Porém, ao que parece fazer a separação de tais institutos seria o mesmo que negar a história do próprio fenômeno jurídico, visto que as primeiras previsões que expuseram de forma clara o Direito vieram com o Código de Hamurabi, que trouxe também as primeiras noções básicas da economia (VALENTIM, 1964, p.81). No entanto tal narrativa histórica não impedi que autores que sempre identificaram o Direito com os aspectos econômicos, revissem suas teorias, como ocorreu com Friedrich Engels, que conforme narra Gustav Radbruch (1951, p.15/16): “Engels hubo de reconocer más tarde que tanto Marx como él habían “desdenado el aspecto formal del problema, en gracia al contenido”. Reconoce que el derecho, aun dependiendo de la economía, se hige hasta cierto punto por leyes propias y admite, asimismo, que los “factores históricos una vez crados por otros hechos, que son siempre, en ultima instancia, hechos económicos, racionan por su parte y pueden repercutir sobre su medio y sobre sus mismas causas”. La autonomía del derecho entraña también, por tanto, la posibilidad de una interacción entre

Isso decorre, até mesmo, do fato de que a lei, “por meio de sua discursividade, oculta as realidades políticos-econômicas, comporta lacunas e vazios estruturais, traduzindo, assim, a representação imaginária da sociedade hegemonicamente dominada” (PASTANA, 2009, p. 131).

Por esse motivo, o crédulo em um Judiciário livre de pressões deixa de ser convincente, haja vista que o caráter emancipatório que muitos defendem em relação à atuação desse Poder, não seria possível sem antes haver um processo voltado à *práxis* social, tendo-se em vista que o a atuação dos juízes é reflexo da realidade existente, de maneira que a orientação ideológica em favor de classes dominantes prevalece sobre qualquer outra fonte de direito¹¹⁰.

É o que inclusive conclui o antigo membro da London School of Economics, Ralph Miliband (apud WOLKMER, 2003, p.193/194):

[...] o Judiciário não tem estado ‘acima’ dos conflitos da sociedade capitalista mais do que qualquer outra parte do sistema estatal. Os juízes têm-se envolvido profundamente em tais conflitos e, de todas as classes, é certamente a classe dominante aquela que tem menos a reclamar da na natureza e da direção de tal envolvimento.

As concepções voltadas ao ativismo judicial, que provém de uma “evolução” do processo de judicialização, na verdade, apesar de decisões que poderiam ser consideradas avançadas, tem como “pano de fundo” um esvaziamento das instituições democráticas majoritárias¹¹¹, o que, de certa forma, expõe também um processo de despolitização da

los hechos jurídicos y los económicos. Según Engel, las ideas, por ejemplo las formas del pensamiento jurídico, sólo “en última instancia” pueden ser reducidas as causas económicas”.

¹¹⁰Como muito bem demonstra Wolkmer (2003, p. 193) “é inegável a constatação de que, hodiernamente, a chamada independência do Judiciário nos sistemas políticos ocidentais é marcada por um fantasioso embuste e por uma mistificadora falácia. Isso, contudo, não nos restringe na proposição de que subsiste uma aparente autonomia e até mesmo o reconhecimento de certas prerrogativas funcionais (vitaliciedade, inamovibilidade e irreversibilidade) como forma de prevenção e garantia das ameaças e caprichos dos demais poderes (Legislativo e, principalmente, Executivo). Tanto na interpretação e aplicação das leis, quanto na revelação do Direito nos tribunais, os juízes jamais poderão deixar de ser profundamente afetados por sua concepção elitista do mundo. Cabe lembrar aqui alguns fatores condicionantes, como a notória influência da formação familiar; a forma típica de educação, seja conservadora, seja liberal-democrata; os valores de sua classe social; o isolamento e o preconceito em relação aos setores populares, bem como às aspirações e tendências ideológicas de sua profissão. Trata-se de uma postura equivocada daqueles que acreditam que os magistrados, na missão que lhes compete, mesmo pretendendo agir com inteira isenção e projetando a imagem da excelsa eqüidistância, são inteiramente orientados por diretrizes neutras e princípios inatacáveis que pairam acima das demandas abusivas, das desregulações múltiplas, dos interesses e conflitos de classes. Ora, esses mesmos fiéis guardiões e protetores das ossificadas e empoeiradas codificações, quando da execução legal ou da revelação jurídica nos tribunais, oferecerão quase sempre uma atitude preconceituosa, estereotipada, modelada ideologicamente por um comportamento marcadamente conservador”.

¹¹¹O esvaziamento das instituições democráticas, no entanto, não deve ser visto somente por este viés, até porque no caso brasileiro, o cenário pós constituinte, propiciou a expressão concentrada da vontade da maioria, mediante as excessivas expedições de medidas provisórias, provocando sérios comprometimentos nas formas clássicas de controle parlamentar da produção de leis (BURGOS, CARVALHO, MELO, VIANNA, 1999, p.51). Tal fator foi determinante para que partidos políticos, sindicatos e demais setores da sociedade, recorressem ao

sociedade que não mais busca suas conquistas a partir do debate político, mas sim pela via da ciência técnica do direito e consequentemente da legalidade¹¹².

No entanto, não se pode olvidar de responsabilidade, os demais poderes em relação ao desenvolvimento da judicialização, uma vez que há uma conveniência em transferir o debate político para o debate técnico, sem que haja riscos de que questões controvertidas perante a sociedade, provoquem prejuízos eleitorais. É o que demonstra Alexandre Garrido da Silva (2008, p.120):

[...] a judicialização promove o “entrincheiramento constitucional de direitos” e, neste sentido, tanto o Executivo quanto o próprio Poder Legislativo podem, mediante o apoio (deliberado) a esta estratégia de transferência de poderes, retirar temas controvertidos do debate público, onde dificilmente seriam decididos em sentido favorável, seja porque não há consenso possível, seja porque os custos da decisão pelo Judiciário são politicamente menos custosos.

O julgamento da ADPF 153 retrata bem essa realidade, em que o Legislativo e o Executivo, com o intuito de não criarem indisposições com setores militares e da elite do país, ficaram inertes, a ponto de a tutela jurisdicional ter sido provocada para decidir sobre a revisão da lei de anistia, por meio de interpretação conforme a Constituição. Por

Poder Judiciário, com o fim de equilibrar as relações sociais (BURGOS, CARVALHO, MELO, VIANNA, 1999, p.51). Isso, entretanto, acabou por gerar um efeito reverso, tendo em vista que o Judiciário se manteve como estrutura das classes dominantes, ao atender de maneira fiel, na maioria dos casos, seus interesses.

¹¹²Conforme demonstra Mascaro (2008, p.203/205) “o diagnóstico das contradições do direito como problemas de técnica é responsável, ao mesmo tempo, por outra operação de vultuosos ganhos políticos no movimento de reacionarismo institucional e conservadorismo político da década de 1990. Enquanto que a década de 1980 representou uma crescente politização do Poder Judiciário, como no movimento do Direito Alternativo, politização que se fez acompanhar, de alguma forma, nas conquistas legislativas, a década de 1990, na reação às conquistas processuais, reagirá de forma diversa. Enquanto a década de 80 consolidou garantias sociais e processuais numa série de legislações e na norma hierarquicamente maior do ordenamento jurídico, a Constituição Federal, a década de 90 não obtém, imediatamente, respaldo político para a reforma das legislações e da Constituição que, de resto, é uma reforme impopular porque retrocedente. No entanto, a crescente tecnicização do problema jurídico e a sua localização nas questões processuais farão por retroceder os ganhos da década anterior não por meio da revogação de legislações e direitos –atos de custos políticos difíceis – mas sim por meio do retrocesso nos meios processuais que venham garantir, no nível técnico do direito, estes mesmos direitos. Enquanto a década de 1980, naquilo que representou de avanço, trabalhou ao mesmo tempo com garantias de direitos substantivos e processuais, a década de 1990, na dificuldade do retrocesso dos direitos substantivos – claros e politicamente notórios -, esvazia-os por meio das reformas processuais, que os dificultam na efetividade jurídica. A apostila da reação por meio do processo civil e não por meio da revogação das legislações, esvazia as atenções populares potencialmente contrárias ao movimento de conservadorismo que vai se fortalecendo na década de 1990. Opera-se, em conjunto, a crescente despolitização do Poder Judiciário, com o esvaziamento do movimento do Direito Alternativo e a promoção e a cooptação de juízes politizados de primeira instância aos tribunais. Como resultado, enquanto a década de 1980 conheceu vários movimentos de resistência social e de politização do Poder Judiciário e o custo político de reação do Poder Legislativo – ao menos na primeira metade da década de 1990, posto que na segunda metade a hegemonia do Congresso Nacional será ampla – fazem com que a reação conservadora se dê pela vias do Poder Judiciário, buscando que, ao trazer os direitos sociais ao campo judiciário, estes venham a se inviabilizar na prática judicial”. “[..]O resultado imediato de tais reformas processuais, ao retirar a democratização dos direitos do campo legislativo, é esvaziar a arena pública na qual, por meio de partidos, sindicatos e movimentos sociais, poder-se-ia conquistar avanços institucionais. Relegando-se o problema dos direitos a uma questão técnica, procede-se a uma reserva de diagnóstico e fala aos especialistas, conservadorizando também a extensão das conquistas”.

conseqüência, a ADPF 153 expõe também o fenômeno da tecnicização das questões cruciais da sociedade, pois ainda que os ministros tenham recorrido a Ciência Jurídica e ao historicismo para fundamentar a decisão, ao final foi mantida uma interpretação legalista, pois sustentou a anistia para todos os servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário e aos Militares, nos moldes previstos na questionada lei.

Ressalta-se que da decisão da ADPF 153 é possível demonstrar ainda a enorme dificuldade do Poder Judiciário de ser o expoente das mudanças de paradigmas na sociedade. Utilizar isoladamente o direito como meio imprescindível para resolução dos conflitos e supressão das questões sociais, seria algo infundado, pois os operadores da área jurídica estão restritos a uma pequena parcela da sociedade que nem sempre são capazes de analisar todas as problemáticas que lhe são apresentadas, de forma ampla.

A idéia de que o conhecimento racional e técnico poderia suprir por si só os conflitos sociais, assim como restabelecer um processo democrático, explicitam um aspecto bastante equivocado na sociedade contemporânea, de que, necessariamente, aqueles que obtêm o conhecimento, como no caso dos ministros do Supremo com seu “notável saber jurídico”, seriam os únicos capazes de dirimir e apaziguar as controvérsias que dividem o meio social.

A prova disso está no fato de que quando houve a necessidade do Supremo decidir sobre uma questão de extrema relevância para o país, que foi o caso da ADPF 153, preferiu recuar, enquanto que em outras situações adotou uma postura ativista, na medida em que os interesses dominantes e de classes não eram prejudicados.

Salienta-se, no entanto, que tal realidade em que se confia aos detentores do conhecimento à função de solucionadores das tensões existentes, deriva do próprio processo de divisão social, que conforme muito bem ilustra Marilena Chauí, faz com que se pressuponha que aquele que tem “a posse de certos conhecimentos específicos” teriam poderes de decisão (CHAUÍ, 1997, p.435)¹¹³.

Nesse aspecto, a atuação de pensadores da área jurídica muitas vezes se coaduna com a construção de um direito voltado a atender as classes dominantes, tendo como

¹¹³Segundo Marilena Chauí (1997, p.434) a “divisão social converteu-se numa ideologia: a ideologia da competência técnico-científica, isto é, na idéia de quem possui conhecimentos está naturalmente dotado de poder de mando e direção. Essa ideologia, fortalecida pelos meios de comunicação de massa que a estimula diariamente, invadiu a política: esta passou a ser considerada uma atividade reservada para administradores políticos competentes e não uma ação coletiva de todos os cidadãos”.

“pano de fundo” aquilo que Gramsci, que foi vítima de um regime autoritário¹¹⁴, observou como o papel dos intelectuais na sociedade, que exercem a função de fornecerem os instrumentos para a obtenção do chamado consenso hegemônico (MASCARO, 2010, p.55). Segundo Gramsci, haveria os chamados “intelectuais orgânicos”, que “no entorno das classes que exercem papel político-econômico preponderante na sociedade, cumprem uma função de legitimação ou mesmo de embate”, ou seja, seriam os “prepostos dos grupos dominantes” (GRAMSCI apud MASCARO, 2010, p. 55)¹¹⁵.

Na verdade, torna-se evidente que a atuação do poder judicial mediante o fortalecimento do controle de constitucionalidade e da constitucionalização de direitos “resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas continuamente ameaçadas, que buscam isolar suas preferências políticas contra mudanças em razão da política democrática[...]” (HIRSCHL apud SILVA, 2008, p. 119).

A confirmação da análise gramsciana ao caso concreto pode ser verificada na postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal durante e ao final do julgamento da ADPF 153, haja vista que os ministros atuaram como verdadeiros “intelectuais orgânicos” legitimando, como prepostos dos grupos dominantes, as práticas criminosas ocorridas durante o regime militar. Tal julgamento, na realidade, coloca em xeque a construção de um Judiciário capaz de assegurar a plenitude da Constituição, uma vez que atendeu aos interesses daqueles que apoiaram e se beneficiaram da ditadura, no exercício do “poder invisível”¹¹⁶ do Estado.

Nesse sentido parece falha a idéia de um Judiciário “heróico” livre de influências externas e fiel a Constituição, pois o que se torna exposto é que o caráter ativista do Supremo se limita basicamente a questões de direitos individuais, sendo que as de caráter social, somente são atendidas, na medida em que não haja desestabilização nos interesses particulares do poder econômico. Isso pode ser constatado, inclusive, na “esfera da

¹¹⁴ Gramsci, em decorrência do regime opressor de Mussolini passou os últimos anos de sua vida em prisões italianas, até morrer em 1937 (MASCARO, 2010, p. 482).

¹¹⁵ Com uma análise distinta, Boaventura de Sousa Santos (2011, p.34/35) identifica no Judiciário tanto o campo hegemônico como também o chamado campo contra-hegemônico, sendo que o primeiro seria o campo dos interesses econômicos, cujos protagonistas são o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, o Banco Interamericano de Desenvolvimento, entre outros, enquanto que o segundo seria o campo dos cidadãos que “tomaram consciência de que os processos de mudança constitucional lhe deram direitos significativos e que, por isso, veem no direito e nos tribunais um instrumento importante para fazer reivindicar os seus direitos e as suas justas aspirações a serem incluídos no contrato social”.

¹¹⁶ Como muito bem elucida Bobbio (1999, p.209/210) o “poder invisível pode assumir várias formas, que numa primeira aproximação podem ser distintas com respeito à diferente relação que cada uma delas tem para com o poder público. [...] Existe, antes de tudo, um poder invisível dirigido contra o Estado, um poder que se constitui no mais absoluto segredo para lutar contra o Estado. Fazem parte dele as associações de delinqüência, as grandes organizações criminais [...]. Em segundo lugar, o poder invisível forma-se e organiza-se não apenas para combater o poder público, mas também para tirar benefícios ilícitos e buscar vantagens que uma ação feita a luz do sol não conseguiria. [...] Existe finalmente, o poder invisível como instituição do Estado: os serviços secretos, cuja degeneração pode dar vida a uma verdadeira forma de governo oculto”.

juridicidade privada” (MASCARO, 2008, p.85)¹¹⁷, em que se estabelece uma falsa igualdade entre os desiguais, com o intuito de ao final, atender aqueles que possuem o controle social.

Da mesma forma, a atuação do Supremo Tribunal Federal, que em muitos casos se auto intitula como um poder legítimo de decisão sobre demandas de ampla controvérsia social, ao se deparar com questões pautadas pelos interesses de classes, como ocorreu no caso da ADPF 153, retrocede, de forma conveniente, sobre o pretexto de que não teria competência para alterar as regras vigentes. Na realidade, poderia se dizer, que tal julgamento trata-se de uma verdadeira violação à construção histórica a partir do manto da integridade¹¹⁸, uma vez que apenas ratifica à aplicação do direito como instrumento político ideológico de dominação social.

Ao que se refere ao direito como instrumento político ideológico de dominação social, deve-se observar que diante da organização sócio econômico vigente, os “dominantes no poder, por deterem a faculdade de legislar, normatizam para garantir seus interesses, em detrimento daqueles dos grupos dominados” (AGUIAR, 1990, p. 79).

Vislumbra-se que o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, faz com que a lei de anistia se manifeste como aquilo que Aguiar (1990, p.163,) definiu como “norma tradutora dos interesses dominantes”, em que a idéia de integridade física, que segundo o referido autor aparece como “enfeite nas legislações”, é “esmagada, vilipendiada, desintegrada”, uma vez que a instância máxima do Judiciário legitimou a prática da tortura e de demais crimes cruéis que ocorreram durante o regime militar.

No caso da ADPF 153 há uma clara manifestação do intuito de defender o capital, por meio dos poderes estatais, mais precisamente do Judiciário, considerando-se que os grandes beneficiários do regime são hoje parte da elite brasileira. Logo, punir aqueles que

¹¹⁷Explana Alysson Mascaro (2008, p.85) que a “esfera de juridicidade privada, estando alheada do Estado, não se configura como relação entre iguais – como coordenação – mas mantém-se num nível, tal qual a esfera do poder público estatal, de subordinação. Não criando uma sociedade integrada, mas sim latifúndios para a exploração econômica, a esfera privada encontra-se na mão de grandes proprietários, em torno dos quais organizam-se as relações de caráter associativo, de redes de proteção e compadrio, de amizades e inimizades, que acabam por constituir um poder social efetivo de subordinação das classes econômicas exploradas”.

¹¹⁸Dworkin ao tratar da interpretação jurídica faz referência a um juiz imaginário, chamado de juiz Hércules, que seria capaz de aceitar o direito como integridade e consequentemente resolver todas as contendas sociais, (DWORKIN, 2003, p. 287). A concepção filosófica de Dworkin (2003, p. 287/293), que defende uma atuação mais intensa do Poder Judiciário, estabelece que a complexa estrutura da interpretação jurídica exige a existência de “um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre humanas, que aceita o direito como integridade”. Neste sentido “o direito como integridade pede que juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhe apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas” (DWORKIN 2003, p. 287-293).

praticaram delitos durante o governo ditatorial acabaria por levantar outras questões, como por exemplo, fortunas que foram adquiridas de forma suspeita e ascensão de algumas empresas de comunicações durante o regime militar.

O julgamento da ADPF 153, na verdade, ao manter a interpretação original da lei de anistia, atende aqueles que apoiam a ditadura militar e confirma o processo de transição democrática brasileira, que se caracterizou por conservar a mesma estrutura de dominação econômica e financeira da época do regime ditatorial. Isso decorre do fato de que no Brasil, assim como em outros países, a justiça transicional não vislumbrou aquilo que Joachim Hirsch (2010, p.284) denomina de “democracia para além do Estado Capitalista”, pois no caso do processo de democratização ocorrido na década de 1980, houve a manutenção de domínio de classes ao mesmo tempo em que, desde o Poder Constituinte, limitou-se a participação popular nas questões mais relevantes da sociedade.

Ressalta-se que a Constituição Federal de 1988, ao contrário do que defende inúmeros constitucionalistas, não é derivada de um Poder Constituinte com participação popular plena, sendo que em razão disso, no processo de sua elaboração, criaram-se meios para limitar a atuação do povo, tendo o Judiciário como principal instrumento desse feito, uma vez que poderia atuar, ainda que de forma ilegítima, em favor das classes e interesses dominantes. Basta observar que, conforme muito bem ilustra Luís Werneck Viana (2008, p.103), o fenômeno do ativismo do Poder Judiciário não provém da ação dos juízes, pois deriva da obra do próprio legislador, sendo primeiro, do constituinte e depois do legislador ordinário.

Logo, o poder conferido ao Judiciário que age como intermediador exclusivo das questões mais relevantes que envolvem a sociedade deriva-se da própria crise existente no Poder Constituinte¹¹⁹, que criou meios para obstaculizar qualquer discussão democrática que possa desestabilizar o “*status quo*” de dominação e controle social.

Basta lembrar que o Judiciário serviu, em inúmeras ocasiões, de suporte as brutalidades cometidas durante o regime militar¹²⁰, de maneira que, até os dias atuais, há uma

¹¹⁹De acordo com Paulo Bonavides (2002, p. 342) “a crise constituinte não é, por conseguinte, a crise de uma Constituição, senão a crise do próprio poder constituinte; um poder que quando reforma ou elabora a Constituição se mostra nesse ato de todo impotente para extirpar a raiz dos males políticos e sociais que afligem o Estado, o regime, as instituições e a Sociedade mesma no seu conjunto.”

¹²⁰Segundo Santos (2010, p. 34) “durante a repressão política, o Poder Judiciário no Brasil acabou sendo um braço auxiliar da repressão ao aplicar as leis e encampar a ideologia da Segurança Nacional, embora em algumas oportunidades tenha reagido ao abuso da supressão de certas garantias institucionais”. Este aspecto contraditório da atuação do Judiciário durante a ditadura é analisada por Anthony Pereira (apud Santos, p. 34), que observa que o gradualismo e a judicialização da repressão brasileira ao mesmo tempo em que permitiu a atuação de advogados em prol dos direitos daqueles que eram perseguidos pelo regime, “normalizou” as práticas repressivas, o que incentivou o bloqueio de reformas depois da volta do governo civil.

forte herança daquele período na estrutura judicial, uma vez que se caracteriza como um sistema burocrático e ineficiente, “que se revela violento e arbitrário com os moralmente excluídos e dócil e amigável com os privilegiados” (SANTOS, 2010, p. 35).

Poderia se afirmar que a o processo de ativismo construído no Brasil, se destacou muito mais como aquilo que Boaventura de Sousa Santos (2011) classificou como “contrarrevolução jurídica” do que como uma expansão garantista de direitos fundamentais por parte do poder judicial.

A idéia da “contrarrevolução jurídica” caracteriza-se por estar embasada em uma modalidade de ativismo judiciário de natureza conservadora e que consiste em neutralizar, pela via judicial, muito dos avanços democráticos que foram conquistados pela via política (SANTOS, 2011, p. 110). Diante disso, surge o que Santos (2011, p. 111) denomina de “entendimento tácito entre elites político-econômicas e judiciais, criado a partir de decisões judiciais concretas, em que as primeiras entendem ler sinais de que as segundas as encorajam ser mais ativas, sinais que, por sua vez, colocam os setores judiciais progressistas em posição defensiva”.

Vale destacar ainda que a desconfiança em relação ao Judiciário não se limita somente àqueles que enxergam o Estado como instrumento de dominação social. As críticas realizadas em relação à atuação do Poder Judiciário se direcionam também ao fato de que a amplitude da esfera de decisões proferidas no âmbito judicial poderia enfraquecer as demais instâncias democráticas, pois esvaziaria a discussão de caráter político e social. Isso pode ser observado no julgamento da ADPF 153, em que a atuação do Poder Judiciário buscou criar meios para impedir novos debates sobre a interpretação da lei 6.683/79, visto que foi julgado o mérito da questão, o que culminou em coisa julgada material que, em tese, obstaculiza a alteração da decisão proferida, posto que houve uma sentença definitiva a respeito do caso.

Essa desconfiança sobre a atuação do Judiciário se dá pelo fato de o campo de batalha das discussões a respeito do teor das questões democráticas em diferentes estruturas institucionais, conforme expõe Jeremy Waldron (2009, p.257), “não está nivelado, pois algo se perde, sob o ponto de vista da democracia, quando um indivíduo ou uma instituição que não foram eleitos democraticamente tomam uma decisão vinculante no sentido de estabelecer os requisitos da democracia” ¹²¹.

¹²¹Segundo Waldron (2009, p.257) ainda que a decisão judicial seja correta, “este ganho não significa que houve perda alguma. Por outro lado se uma instituição foi eleita e tem representatividade tomar a decisão errada sobre quais as condições da democracia, haverá também, uma perda democrática a respeito do conteúdo da decisão, mas não é de modo algum tolice considerar que os cidadãos se consolem ao pensar que ao menos eles erraram por si mesmos, ao invés de terem um erro alheio imposto sobre si. O procedimento pode não ser tudo no que

Tal perspectiva é reforçada quando se verifica que, no caso ditadura brasileira, o sistema judicial e a elite judiciária não ficaram imunes ao processo autoritário, tendo em vista que mantiveram, durante o governo fardado, relações privilegiadas com as corporações militares. Por essa razão, talvez, é que se verifica a diferença de tratamento dado a ditadura militar pelo Judiciário brasileiro, em comparação a outros países como Chile e Argentina.

De acordo com o que expõe Renan Honório Quinalha (2013, p. 20), em estudo recente, verificou-se o perfil de atuação dos Poderes Judiciários brasileiro, chileno e argentino durante o período das ditaduras nesses países e, desse modo, concluiu-se que no caso do Brasil se tinha o exemplo mais notório do relacionamento entre o sistema opressor com as pretensões da legalidade e da judicialização.

Em face de tal cenário, não se pode admitir que a decisão da ADPF 153 seja definitiva, restringindo-se a questão ao Poder Judiciário, uma vez que se deve possibilitar à ampliação do debate sobre a necessidade de se rever a lei de anistia, tanto perante organizações internacionais, bem como perante a própria sociedade, por meio das lideranças políticas, movimentos sociais, sindicatos e demais atores coletivos.

3.2 Principais fundamentos da decisão do Supremo Tribunal Federal que indeferiu com resolução de mérito a ADPF nº 153

Conforme já mencionado nos capítulos anteriores, o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura retrógada na decisão da ADPF 153, de forma a se desvincilar ao que vinha sendo estabelecido pela justiça transicional em outros países latinos americanos, conforme se pode verificar na narrativa de Santos (2011, p. 112):

[...] ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, impetrada pela OAB, com o pedido de que a anistia concedida aos crimes políticos ou conexos não fosse estendida aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão contra opositores políticos, durante o regime militar, a decisão do STF veio na contramão das conquistas dos movimentos de justiça transicional latino-americana. A decisão representa um recuo porque trivializa a tortura e as execuções extrajudiciais que, não obstante, continuam a ser exercidas contra as populações pobres e a atingir advogados populares e de movimentos sociais.

Diante desse contexto, torna-se imprescindível a análise do julgado a partir dos fundamentos utilizados pelos ministros que votaram contra a interpretação da lei de anistia conforme a Constituição, de modo a compreendê-la como uma legislação voltada a

tange à forma da tomada da decisão democrática, mas isso não significa que já que a decisão é sobre democracia, o procedimento, será, portanto, irrelevante”.

proteger aqueles que se contrapuseram a ditadura e, não a estendendo aos agentes da repressão que somente cometem crimes comuns sem conexão a quaisquer tipos de crimes políticos.

Em um primeiro aspecto, de natureza processual, todos os ministros votantes, seguindo o parecer do Ministério Público e do relator da ação, Eros Grau, entenderam, diante a preliminar suscitada pela Advocacia Geral da União¹²², ser a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) a via correta para se discutir a demanda.

Parece que, pelo menos nesse ponto, os ministros atuaram de forma correta, tendo em vista que, apesar do conceito jurídico indeterminado¹²³ de preceito fundamental¹²⁴, a lei 9882/99¹²⁵ no parágrafo único de seu art. 1º permite a propositura da ADPF, desde que seja “relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

No que se refere ao mérito, no entanto, dos nove ministros votantes do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153, apenas dois votaram a favor de dar uma nova interpretação da lei de anistia, quais sejam o ministro, atualmente aposentado, Carlos Ayres Britto e o ministro Ricardo Lewandowski. Os demais votaram pelo indeferimento da ação.

Observa-se que do voto do ministro Ayres Britto há uma interessante distinção que fundamenta toda a esfera da justiça transicional, que seria a diferença entre o perdão coletivo e o perdão no plano individual. Segundo o mencionado ministro a pregação pelo perdão individual estaria na esfera cristã, enquanto que a anistia, que envolve o perdão coletivo de práticas criminosas, somente poderia se dar de modo claro e autêntico, “não incidindo jamais em tergiversação redacional, em prestidigitação normativa, para não dizer em hipocrisia normativa” (ADPF 153).

¹²²A Advocacia Geral da União alegou que a ADPF não seria o meio hábil para se debater a interpretação da lei de anistia, devendo ser extinta a ação sem resolução de mérito. Os motivos alegados para isso seriam que além de haver a prescrição não haveria a chamada controvérsia judicial, que se caracteriza por não ser meramente doutrinária, mas sim proveniente de fatos que venham a ser conhecidos pelo Judiciário. No entanto os ministros do Supremo entenderam, corretamente, que a controvérsia judicial não é pressuposto para a propositura da ADPF, pois o que a condiciona é a controvérsia judiciária, em quaisquer sedes. Já em relação à prescrição, apesar de parte dos ministros terem entendido que haveria a sua configuração, tal entendimento não se deu nas preliminares da ação, que tratam das questões formais da demanda, mas sim no mérito.

¹²³“Conceitos jurídicos indeterminados são expressões de sentido fluido, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído. Por essa razão, socorre-se ele de locuções como as que constam da Constituição brasileira de 1988, a saber: pluralismo político, desenvolvimento nacional, segurança pública, interesse público, interesse social, relevância e urgência, propriedade produtiva, em meio a muitas outras. Como natural, o emprego dessa técnica abre para o intérprete um espaço considerável - mas não ilimitado ou arbitrário - de valoração subjetiva” (BARROSO, 2009, p.312).

¹²⁴Até hoje, não definida pelo STF, tampouco pela doutrina que possui divergências quanto ao assunto.

¹²⁵Que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

Em face disso, a interpretação da lei de anistia¹²⁶, conforme expõe Ayres Brito no julgamento da ADPF 153, jamais poderia ser analisada a partir do método histórico¹²⁷, posto que, este seria utilizado para afastar *a priori* qualquer dúvida relativa à natureza interpretativa da norma, o que não deveria subsistir no caso da mencionada legislação, uma vez que “os crimes hediondos e equiparados não foram incluídos no chamado relato ou núcleo deôntico da lei” (ADPF 153). Ademais, conclui o ministro que a interpretação da lei de anistia deveria estar baseada na Constituição Federal, o que excluiria o caráter amplo e restrito da legislação admitido pelos demais membros do Corte Suprema.

Acerca dos fundamentos utilizados por Ayres Britto, explica André de Carvalho Ramos (2011, p.196):

Com isso, o ministro julgou parcialmente procedente a ADPF para excluir do texto interpretado qualquer sentido que signifique entender a anistia aos crimes previstos no art. 5º, XLIII (crimes hediondos e os que sejam equiparados como homicídio qualificado, tortura, estupro entre outros). Apesar de não ter existido um “Diálogo das Cortes”, a conclusão do voto do Min. Carlos Ayres Britto se assemelha ao que já é precedente consolidado nos órgãos internacionais e na Corte Interamericana de Direitos Humanos: não cabe anistia aos violadores graves de direitos humanos, ou na linguagem do ministro, aos autores de crimes hediondos e assemelhados.

Já o ministro Lewandowski apesar de inicialmente ter mencionado a ampla possibilidade de punição, com base no direito internacional dos crimes de lesa humanidade e embasado nos tratados internacionais¹²⁸, não se aprofundou nesse tópico, uma vez que considerou desnecessário tal fundamento (RAMOS, 2011, p.192). É o que se pode constatar em trecho do seu voto, *in verbis*:

Não adentro – por desnecessária, a meu ver, para o presente debate – na tormentosa discussão acerca da ampla punibilidade dos chamados *crimes de lesa-humanidade*, a exemplo da tortura e do genocídio, definidos em distintos documentos internacionais, que seriam imprescritíveis e, que criou os insusceptíveis de graça ou anistia, e cuja persecução penal independeria de tipificação prévia, sujeitando-se, ademais, não apenas à jurisdição penal nacional, mas, também à jurisdição penal

¹²⁶Conforme já mencionado, a ADPF 153 não teve o intuito de revogar ou modificar a lei 6.683/79 (lei de anistia), mas apenas realizar a interpretação conforme a Constituição, com o fim de não estender a aplicação do art. 1º, § 1º da referida legislação aos agentes que cometaram, em favor do regime militar, crimes contra membros da sociedade civil. A principal fundamentação da ação é que a lei de anistia em seu artigo 1º somente anistiou quem cometeu crimes políticos ou crimes comuns conexos com estes. Logo somente se enquadraria nessa situação quem se opôs ao regime militar e não os seus partidários.

¹²⁷O método histórico de interpretação trata-se de um critério hermenêutico que realiza o levantamento dos elementos históricos da norma, isto é, visa o fornecimento da chamada *occasio legis*, que se trata do conjunto de circunstâncias que marcaram efetivamente a gênese da norma (FERRAZ, Jr. 2001, p.286). Muitas vezes, no entanto, pode-se chegar a conclusão de que “a determinada lei atendeu a uma situação de emergência, cujas condições típicas se alteraram e que, portanto, têm de ser restringidas para o entendimento das normas” (FERRAZ, Jr. 2001, p.286).

¹²⁸Convenção de Haia, Estatuto do Tribunal de Nuremberg, Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, ratificados pelo Brasil, respectivamente, em 02/01/1914, em 21/09/1945 e 24/09/2002. Confira voto ministro Lewandowski no julgamento da ADPF 153.

internacional e, mesmo, à jurisdição penal nacional universal (Passagem do voto do Ministro Enrique Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPF 153)

Interessante ressaltar, que o ministro Lewandowski, ao citar em seu voto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ao mesmo tempo que se refere também ao Comitê de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, acrescentou ao debate o “entendimento desses dois órgãos sobre o objeto da lide” (RAMOS, 2011, p. 193). Nesse contexto o ministro Lewandowski “expôs o dever brasileiro de investigar, processar e punir criminalmente os autores das violações graves de direitos humanos na época da ditadura” (RAMOS, 2011, p. 193).

Diante disso o ministro Lewandowski salienta que há uma necessidade de se reconhecer o cumprimento dos direitos previstos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em vez de criar “uma estranha ‘interpretação nacional’ e afirmar, posteriormente, estar em linha com os direitos humanos internacionais” (RAMOS, 2011, p. 193). É o que se verifica na passagem de seu voto:

Nesse passo, convém lembrar, também, que o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas já assentou que os Estados - Partes do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – ratificado pelo Brasil – têm o dever de investigar, ajuizar e punir os responsáveis por violações de direitos nele protegidos, assinalando especialmente que [...] nos casos em que algum funcionário público ou agente estatal tenha cometido violações dos direitos reconhecidos pelo Pacto aos quais faz referência este parágrafo [tortura e outros tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes, privações sumárias e arbitrárias de vida, desaparecimentos forçados], os Estados – Partes dos quais se trate não poderão eximir os autores de sua responsabilidade jurídica pessoal, como aconteceu em certas anistias e em imunidades anteriores. Além disso, nenhum cargo oficial justifica que sejam eximidas de responsabilidade jurídica as pessoas às quais é atribuída a autoria dessas violações. Também devem ser eliminados outros impedimentos ao estabelecimento da responsabilidade penal, entre eles a defesa baseada na obediência a ordens superiores ou os prazos de prescrição excessivamente curtos, nos caos em que forem aplicadas tais prescrições (Passagem do voto do Ministro Enrique Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPF 153).

Os demais ministros seguindo o voto do relator, Eros Grau, julgaram pela improcedência da ação, sendo que, muitos dos fundamentos utilizados, são no mínimo curiosos, já que possuem uma total ausência de embasamento jurídico, que podem ser facilmente rebatidos, conforme será demonstrado em momento oportuno.

Segundo o ministro Eros Grau não haveria possibilidade de revisão da lei de anistia, uma vez que a matéria deveria ser tratada perante o Poder Legislativo brasileiro e não

perante o Supremo Tribunal Federal¹²⁹. No entanto, tal fundamento não poderia prosperar, uma vez que em nenhum momento a ADPF 153 requer a invalidação da lei de anistia ou sua revogação¹³⁰, mas apenas a interpretação conforme a Constituição¹³¹ da legislação discutida, o que poderia ser feito tranquilamente pelo STF, já que se trata da corte “guardiã da Carta Magna”.

Outro ponto interessante do voto de Eros Grau é que em nenhum momento há menção acerca da Convenção Americana de Direitos Humanos, até porque, conforme continua a sustentar o ministro, ao citar Nilo Batista, não haveria possibilidade de se aplicar o costume internacional (RAMOS, 2011, p. 183). É o que se pode verificar em trecho de seu voto no julgamento da ADPF 153 quando diz que “o costume internacional não pode ser fonte de direito penal sem violação de uma função básica do princípio da legalidade”.

Nota-se que caso viesse a prevalecer à posição de Eros Grau no âmbito internacional seria o mesmo que reconhecer que os países são “ilhas isoladas” e que as mais variadas atrocidades se justificariam diante a ausência de uma legalidade anteriormente estabelecida que coibisse a prática de tais atos.

No que tange à jurisprudência internacional de direitos humanos, Eros Grau simplesmente desconhece sua aplicabilidade no caso da lei de anistia, uma vez que o Brasil somente se tornou signatário da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2002, ou seja, em momento posterior aos crimes praticados. Contudo o ministro parece esquecer que há precedentes jurisprudenciais na Corte Interamericana de Direitos Humanos “que reconhecem o caráter permanente de determinadas violações de direitos humanos, sendo inútil a alegação de que os fatos ocorreram antes do reconhecimento da jurisdição da Corte pelo Estado réu” (RAMOS, 2011, p. 183)¹³².

¹²⁹ *In verbis*: “47. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem haverá – ou não – de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário”. Passagem do voto do ministro Eros Grau no julgamento da ADPF 153.

¹³⁰ Que no caso da revogação, realmente, só poderia ser feita pelo Poder Legislativo.

¹³¹ Como muito bem ilustra Luís Roberto Barroso (2009, p.301) “como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, infirma uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e afirma outra, que compatibiliza a norma com a Constituição. Trata-se de uma atuação “corretiva”, que importa em constitucionalidade sem redução de texto”.

¹³² “Cite-se, por exemplo, o Caso Blake, no qual a Guatemala justamente alegou não ter a Corte Interamericana de Direitos Humanos jurisdição para analisar o assassinato do jornalista americano Nicholas Blake, que ocorreu em 1985, uma vez que havia reconhecido a jurisdição da Corte com fatos posteriores a 1987” (RAMOS, 2011, 183). “A Corte Interamericana de Direitos Humanos não aceitou tal defesa preliminar, uma vez que a violação analisada não dizia respeito à violação ao direito à vida do Sr. Blake, ocorrida em 1985, mas sim, a obrigações referentes à investigação e punição penal dos indivíduos. Essas obrigações perduravam no tempo, sendo posteriores ao reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos” (RAMOS, 2011, p. 184).

Em relação ao voto da ministra Ellen Gracie, cuja fundamentação foi bastante concisa, não “houve também menção a dispositivo internacional de direitos humanos ou qualquer precedente constitucional” (RAMOS, 2011, p. 187). Fundamentou ainda que não seria possível fazer transição pacífica “entre um regime autoritário e uma democracia plena, sem concessões recíprocas” (ADPF 153). Desse modo, seguindo o relator (Min. Eros Grau) também julgou na conclusão do mérito pela improcedência da demanda.

Todavia, o voto da ministra Ellen Gracie, além de colidir com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nega os fatos históricos, principalmente, na parte que condiciona à transição pacífica a anistia recíproca, uma vez que há outros casos em que houve punições sem comprometimento ao regime democrático instaurado, como por exemplo, na Argentina¹³³.

Outro voto bastante sucinto, que também indeferiu a ação, foi o do ministro Marco Aurélio Mello, que da mesma forma que a ministra Ellen Gracie, seguiu o relator da demanda, não fazendo qualquer alusão aos dispositivos internacionais que poderiam auxiliar na interpretação do caso (RAMOS, 2011, p. 187).

Já o ministro Celso de Mello apesar de ter reconhecido expressamente a existência de tratados internacionais de direitos humanos, como instrumentos hábeis para auxiliar no deslinde da demanda¹³⁴, “desconsiderou a existência do direito internacional consuetudinário de combate à impunidade dos violadores bárbaros de direitos humanos” (RAMOS, 2011, p. 188).

Dando continuidade ao julgado, a ministra Carmen Lúcia que também decidiu pela improcedência da ação, embora tenha reconhecido que o dispositivo que estende a anistia aos membros do regime militar seria injusto por violar os direitos humanos, fundamentou-se na tese de que nem sempre as leis criadas atenderiam aos preceitos de justiça, apesar deste, ser seu principal objetivo¹³⁵.

¹³³ Ver sobre o processo da redemocratização argentina, no tópico 2.2.1 deste trabalho.

¹³⁴ *In verbis*: “O Brasil, consciente da necessidade de prevenir e de reprimir os atos caracterizadores da tortura, subscreveu, no plano externo, importantes documentos internacionais, de que destaco, por sua inquestionável importância, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, adotadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1984; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, concluída em Cartagena em 1985, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da OEA em 1969, atos internacionais estes que já se acham incorporados ao plano do direito positivo interno (Dec. 40/1991, Dec. 98.386/1989 e Dec. 678/1992)”. Confira voto do ministro Celso de Mello no julgamento da ADPF 153.

¹³⁵ *In verbis*: “[...] o disposto no § 1º do art. 1º da lei 6.683/79 não me parece justo, em especial porque desafia o respeito integral aos direitos humanos. Mas a sua análise conduz-se à conclusão, a que também chegou o ministro relator, de que também não pode ser alterado, para os fins propostos, pela via judicial. Nem sempre as leis são justas, embora sejam criadas para que o sejam”.

Porém, conforme se pode constatar em sua decisão, Carmen Lúcia não mencionou a jurisprudência internacional, o que expõe a fragilidade de seus argumentos, posto que uma das principais missões da Corte de São José seria a de, justamente, “impedir que leis contrárias à justiça e aos direitos humanos perdurem”. (RAMOS, 2011, p. 187).

Com efeito, teve-se também o voto do ministro Gilmar Mendes, que de forma mais extensa que seus pares, seguiu o relator, no sentido de reconhecer a limitação da atuação do Judiciário sobre o tema e por consequência entender pelo indeferimento da ação. Além disso, não reconheceu a incidência do direito internacional sobre a questão, o que se mostra extremamente curioso, uma vez que se fundamentou de maneira totalmente oposta ao que pode ser verificado em seus julgados anteriores¹³⁶.

Gilmar Mendes entendeu ainda que haveria uma impossibilidade de revisão da lei de anistia por outra lei, tendo-se em vista que isso exigiria a alteração da ordem constitucional brasileira. O fundamento para isso é que a lei de anistia foi incorporada pela Emenda Constitucional 26/1985. É o que se vislumbra em trecho de seu voto:

Devemos refletir, então, sobre a própria legitimidade constitucional de qualquer ato tendente a revisar ou restringir a anistia incorporada à EC. 26/1985. Parece certo que estamos, dessa forma, diante de uma hipótese na qual estão em jogo os próprios fundamentos de nossa ordem constitucional. Enfim, a EC. 26/1985 incorporou a anistia como um dos fundamentos da nova ordem constitucional que se construía à época, fato que torna praticamente impensável qualquer modificação de seus contornos originais que não repercuta nas próprias bases de nossa Constituição e, portanto, de toda a vida político-institucional pós-1988 (Passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADPF 153)

Desse modo, o Ministro Gilmar Mendes, sem considerar que a Emenda Constitucional nº 26/85 foi um ato unilateral imposto pela vontade estatal, com a total ausência da participação popular, visa escapar do argumento de que estaria utilizando do ordenamento vigente à época do período ditatorial, fundamentando-se no sentido de que a referida emenda, não teria natureza própria de emenda, mas sim de ato político que rompe com a Constituição anterior.

De forma mais objetiva que Gilmar Mendes, o ministro Cezar Peluso também levou em conta, para manter válida a integralidade da lei de anistia, as disposições do ordenamento jurídico anterior, ao fundamentar que embora a lei 6.683/79 não tenha sido recebida pela nova ordem constitucional, isso não significaria “que não tivesse ela operado

¹³⁶Dentre os casos que se podem mencionar, lembra Ramos (2011, p. 191): no “RE 466.343/SP o ministro foi decisivo para a mudança de orientação do STF quanto ao estatuto dos tratados de direitos humanos, que, agora, ao menos possuem o estatuto suprallegal. No RE 511.961/SP, o Min Mendes discorreu, em seu voto, longamente sobre a Opinião Consultiva 05 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo seguido seu entendimento (derrubando a obrigatoriedade do diploma de jornalismo para o exercício da profissão)”.

dentro da velha ordem, consumando e exaurindo, portanto na vigência da Constituição anterior, toda sua eficácia sobre os fatos” (ADPF 153).

O voto do ministro Peluso sustentou ainda que os tratados internacionais apenas coibiram as leis de autoanistia, diferentemente do que haveria ocorrido no caso brasileiro em que a lei teria sido fruto de um acordo (RAMOS, 2011, p.190)¹³⁷. Contudo, Peluso inverte a ordem das coisas, uma vez que a jurisprudência internacional, em especial, a da Corte de São José da Costa Rica, ao contrário do que alega o ministro, “condena as leis de anistia aos autores de graves violações de direitos humanos (quer sejam “autoanistias” ou não), existindo o dever do Estado de punir criminalmente esses indivíduos” (RAMOS, 2011, p. 190).

Nota-se que a posição de Peluso de que a lei 6.683/79 seria fruto de um pacto conciliatório, não difere da de outros ministros que indeferiram a demanda, dentre eles Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Ellen Gracie, e do próprio relator Eros Grau¹³⁸. Porém tal entendimento vai contra a verdade dos fatos, haja vista que a lei de anistia foi imposta e não conciliada. No entanto, tal fundamentação, não deixa de criar inúmeros prejuízos a sociedade, já que como lembra Arendt (apud SANTOS, 2010, p. 69) “as possibilidade de que a verdade factual sobreviva ao assédio do poder são de fato por demais escassas, aquela está sempre sob o perigo de ser ardilosamente eliminada do mundo, não por um período apenas, mas potencialmente, para sempre”¹³⁹.

O ministro Peluso além de indeferir a demanda, foi além do que havia decidido os demais ministros, uma vez que segundo seu entendimento, nem mesmo pela via legislativa

¹³⁷*In verbis*: “[...] o caso não é de autoanistia, censurada pelos tribunais internacionais. Seria de autoanistia, se tivesse provindo de ato institucional ou de unilateral ato normativo equivalente. Ela proveio de um acordo, como tantos celebrados no mundo, e dos quais, só para relembrar caso que em parece mais exemplar, o consumado da África do sul, que concedeu anistia mais ampla do que a nossa”. Confira passagem do voto do ministro Cezar Peluso no julgamento da ADPF 153.

¹³⁸Contudo, ainda que de forma paradoxal, os ministros do Supremo, seguindo o relator da demanda Eros Grau, reconheceram o direito a verdade e a memória (ADPF 153). Logo, ao que parece, ficou uma margem para o entendimento de que na hipótese de haver a demonstração que a lei 6.683/79 – ao contrário do que fundamentaram os ministros que indeferiram o mérito da ADPF 153 - teria sido fruto de uma imposição e não de um acordo de vontades e que os crimes cometidos pelos agentes estatais não se enquadram no rol de delitos anistiados pela legislação, criar-se-ia a possibilidade de uma nova interpretação para a referida disposição legal. Em tal situação haveria o surgimento de fatos novos, o que pela legislação processual permite o reexame do mérito, inclusive de ofício, em qualquer grau de jurisdição, ainda que tenha transitado a coisa julgada material. Como bem lembra o processualista Carlos Scarpinella Bueno (2011, p.437: “A vedação da rediscussão de uma mesma questão ao longo do processo, contudo, deve ser distinguida de outra hipótese, que é a possibilidade de, à luz de novos fatos ou do aprofundamento da cognição jurisdicional, fazer-se necessário o proferimento de uma nova decisão, diferente da anterior, mesmo que seja para confirmar o que já havia sido decidido”.

¹³⁹Por esta razão que Arendt (apud SANTOS,2010, p. 69) argumenta que deve-se tomar cuidado com as formulações, pois a “marca distintiva da verdade factual consiste em que seu contrário não é o erro, nem a ilusão, nem a opinião, nenhum dos quais se reflete sobre a veracidade pessoal, e sim a falsidade deliberada, a mentira”.

seria possível a modificação da lei 6.683/79, posto que a revogação dos efeitos da anistia aos agentes da repressão, não poderiam retroagir (RAMOS, 2011, p.190).

Porém, conforme será explicado por este trabalho em momento oportuno, o ordenamento jurídico internacional tem como ápice da esfera normativa as chamadas normas de *jus cogens*, que vigoram para todos os países, independentemente de serem ou não signatários. Isso decorre do fato de tal modalidade normativa estar embasada pelo costume internacional que preza, incondicionalmente, pelo respeito aos direitos humanos. Diante disso, ainda que o Brasil, na época do cometimento dos crimes pelos membros do governo fardado, não tivesse ratificado os tratados internacionais de direitos humanos, estes deverão ser considerados válidos e, consequentemente, poderão servir de arcabouço legal para a punição dos agentes da ditadura.

Entretanto, mesmo diante a superação do problema da irretroatividade dos tratados internacionais de direitos humanos, que o Brasil se tornou parte após o fim do regime militar, o ministro Peluso, usurpando das funções dos demais poderes, buscou impor de forma ilegítima o travamento da questão no Poder Legislativo, de modo que houvesse o enfraquecimento do debate político e social sobre a questão discutida.

Ao decidir dessa forma o ministro Peluso não conseguiu vislumbrar “qualquer adequação do sistema brasileiro à jurisprudência internacional de direitos humanos – mesmo pela demorada via legislativa” (RAMOS, 2011, p.191).

Observa-se ainda que o ministro Cesar Peluso, assim como Gilmar Mendes e Celso de Mello, desconsiderando qualquer preceito de caráter social, argumentaram no julgamento da ADPF 153 que os crimes praticados durante o regime militar estariam prescritos.

Sem aprofundar, nas discussões sobre a aplicação ou não de tratados internacionais no presente caso¹⁴⁰, que também será feita em momento oportuno, deve-se

¹⁴⁰Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p.137/138) por força de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, o sancionamento a tortura é obrigatório. De fora parte a pré-mencionada declaração de direitos humanos da ONU, estes mesmos rechaços aos crimes hediondos mencionados foram reafirmados em diferentes oportunidades. Assim, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou penas cruéis, Desumanos ou Degradantes, estabelecida na XXXIX Sessão (1984) da Assembléia Geral das Nações Unidas, assinada em 23 de setembro de 1985, aprovada pelo Decreto Legislativo nº4, de 23.05.89, imporia ao País a punição dos criminosos que incidiram nestas práticas durante o período negro da ditadura. Igualmente, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, concluída em Cartagena das Índias, Colômbia, em 9 de dezembro de 1985, assinada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1986 e aprovada pelo Decreto Legislativo nº 5 de 31 de maio de 1989, tanto como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, ao qual o Brasil depositou adesão em 25 de setembro de 1992, e que entre nós foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 27/92 e promulgada pelo Decreto nº678/92, também proscrevem estes crimes, sendo que este último, em seu art. 11, ainda proclama o direito de toda pessoa ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. Vale notar que os torturadores não apenas se esmeravam em produzir o

ressaltar que atualmente é inegável a incidência do direito internacional, ainda que pela via das normas de *jus cogens*, para declarar, diferentemente do voto do ministro Peluso, os crimes cometidos durante o regime militar como imprescritíveis, já que foram crimes de violação a direitos humanos.

Cabe demonstrar, que a análise sobre a lei de anistia transcende a perspectiva judicial, pois a discussão sobre um período de graves violações a dignidade da pessoa humana somente em termos técnicos jurídicos, seria o mesmo que limitar a atuação de outras instâncias democráticas, que podem e devem exigir uma revisão sobre a mencionada lei.

3.3 Os critérios utilizados para conceituar os crimes políticos e suas diferenças em relação ao conceito de crime comum

Com a decisão do julgamento da ADPF 153, o Supremo Tribunal Federal manteve a interpretação que os crimes praticados pela ditadura militar no Brasil estariam classificados como crimes políticos ou conexos a estes, o que impediria a punição dos agentes da repressão, posto que, a lei 6.683/79 anistiou todos que estivessem nessa situação no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

Todavia, apesar de a legislação em vigor não conceituar de forma específica o conceito de crime político, o que se observa, é que o critério adotado no Brasil para a classificação de tais tipos penais está baseado na chamada teoria objetiva¹⁴¹, na qual os delitos

máximo sofrimento possível a suas vítimas, mas se regozjavam em humilhá-las, de maneira a ofender-lhes a honra e dignidade. Por último, cumpre mencionar que o Brasil é signatário do Tratado que deu origem ao Tribunal Penal Internacional, criado pela Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, realizada em Roma entre 15 e 17 de julho de 1988. O Brasil o assinou em 07.02.2000 e o aprovou pelo Decreto Legislativo nº112, o qual foi promulgado pelo Decreto Presidencial nº 4.338, de 25.09.2002. Por meio dele institui-se uma Corte permanente para julgar acusados dos crimes mais graves contra os direitos humanos, como previsto em seu artigo 5º, I. No art. 7º, I, são assim são qualificados, dentre outros, os crimes contra a humanidade. A tortura e o desaparecimento de pessoas são figuras apontadas como expressivas desta modalidade criminosa, quando praticados “no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil”. Foi precisamente isso o que ocorreu no Brasil: um ataque sistemático contra o segmento da população civil estigmatizada como subversiva, por sua radical rebeldia contra a ditadura militar instaurada a partir do golpe de 1964. Ora bem, de acordo com o art. 29 do tratado em questão os “crimes contra a humanidade” são imprescritíveis. Descabe, portanto, qualquer alegação que se proponha a tê-los como imunizados pelo decurso do tempo (MELLO, 2009, p.137/138).

¹⁴¹Regis Prado (2002, p.175/177) explica que a respeito do conceito de delito político, a doutrina costuma apontar três grupos de teorias que são: as teorias objetivas que entendem como crimes políticos aqueles que atentam contra a existência do Estado enquanto organismo político, ameaçando sua organização político-jurídica; as teorias subjetivas que estabelecem que não importa que a conduta constitua crime comum, uma vez impulsionada por motivos políticos, tem-se como perfeitamente caracterizado o delito político e por fim as chamadas teorias mistas, segundo a qual o crime político seria aquele que tanto o bem jurídico atingido como o desiderato do agente sejam de caráter político.

de natureza política seriam aqueles que teriam por objeto a Constituição, a forma de governo, os poderes políticos e os direitos políticos. (PRADO, 2002, p.175/176).

Observa-se que mesmo sobre a perspectiva do delito político com base no critério subjetivista, não poderia os crimes praticados pelo regime militar serem inseridos nessa modalidade, uma vez que para tanto, haveria uma necessidade de se mostrar que a violência deliberada praticada pela ditadura haveria uma finalidade política, o que não parece razoável.

Na realidade, considerando que a definição de terrorismo pode ser oriunda, conforme lembra Celso de Albuquerque Mello (1982, p.633), também de condutas do governo, o que se verifica na ditadura foram verdadeiras práticas terroristas de Estado, tendo em vista que as entidades governamentais utilizaram do terror com a finalidade de obterem comportamentos que fossem padronizados ao regime.

Já os crimes comuns, que podem ser praticados por qualquer pessoa (PRADO, 2002, p.209), não possuem ligação alguma com o conceito de crimes políticos, porquanto este vai contra a ordem do Estado, diferentemente dos que praticaram os agentes de repressão, que de modo distinto das práticas dos opositores do regime, agiram sob o pretexto de defender o governo militar, realizando diversos delitos, sendo que muitos deles, como já dito anteriormente, estão hoje previstos no art. 1º da lei de crimes hediondos (lei 8.072/90).

Dante tais conceitos, torna-se ainda mais evidente, o fato de que o Supremo Tribunal Federal não levou em conta determinados critérios jurídicos em sua decisão, pois é inegável que não houve a prática de crimes políticos durante o regime militar, mas sim crimes contra a humanidade devidamente repreendidos pela legislação internacional. Nesse aspecto, ressalta Mello (1997, p.432), que o crime contra a humanidade “tem a mesma natureza do crime comum”.

Do mesmo modo, os crimes praticados pelos integrantes do governo fardado não podem ser considerados como conexos a crimes políticos, pois não se enquadram em nenhuma das hipóteses estabelecidas para essa modalidade delituosa¹⁴². Sobre esse aspecto Samuel Alves Soares e Larissa Brisola Brito Prado (2009, 359) expõem que há pelo menos

¹⁴²Basta observar a previsão do artigo 76 Código de Processo Penal que trata da matéria como cláusula geral e que já vigorava na época do advento da lei de anistia. Segundo o referido dispositivo legal haveria a configuração do crime conexo nas seguintes hipóteses: 1º) quando, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras; 2º) quando, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas; 3º) quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

duas razões para não se considerar a conexão dos crimes praticados pelos integrantes da ditadura como conexos a crimes políticos que são:

[...] primeiro, porque são ações praticadas por sujeitos diversos (um age dentro do sistema e outro se coloca contra ele); segundo, porque atingem bens jurídicos diferentes: o crime político atinge o bem “segurança nacional” e o crime comum relaciona-se a outros bens jurídicos – a morte tem relação com o bem jurídico “vida” e a tortura com o bem integridade física.

Na mesma esteira aponta Hélio Bicudo (apud PRADO, SOARES, 2009, p.359):

Não existe conexidade de crimes que atingem bens jurídicos diversos. No caso não se pode encontrar – aliás, é justamente o contrário que acontece – equivalência de causas entre o ato daquele que afronta o sistema político prevalente e o daquele que o reprime: um quer mudança e atua em consequência; o outro que manter o statu quo(sic). Nos crimes conexos, um crime é pressuposto do outro. A unidade delitiva que se manifesta pela unidade do fato é o fundamento do instituto. Fora daí não existem crimes conexos, mas independentes, porque palmilham caminhos diferentes e perseguem objetivos que não se confundem.

Outra também não é a posição de Belisário dos Santos Júnior (2011, p. 249) sobre o assunto:

[...] para o direito processual penal, crime conexo é outra coisa. Ele ocorre quando duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas. Assim dizia o art. 76 do CPP.

Interessante ressaltar ainda que mesmo que se considerasse a extensão do conceito de crimes políticos e conexos a estes, aos agentes da repressão, isso não poderia beneficiá-los por completo, haja vista que o art. 1º, § 2º da lei 6.683/79 exclui a possibilidade de anistia para determinados crimes como para aqueles que foram condenados por seqüestro e atentado pessoal. Trata-se na realidade de um paradoxo, pois o que era para excluir os perseguidos da ditadura do processo de anistia poderia servir de base para punir os agentes do regime militar, pois tais condutas foram praticadas em inúmeras ocasiões durante o governo fardado, como por exemplo, os seqüestros e desaparecimentos de militantes de esquerda:

O labirinto do sistema repressivo montado pelo Regime Militar brasileiro tinha como ponto-do-novelado-de-lâ o modo pelo qual eram presos os suspeitos de atividades políticas contrárias ao governo. Num completo desrespeito a todas as garantias individuais dos cidadãos, previstas na Constituição que os generais alegavam respeitar, ocorreu uma prática sistemática de detenções na forma de seqüestro, sem qualquer mandado judicial nem observância de qualquer lei (ARNS, 1990, p. 77).

Ainda que a o art. 1º, § 2º da lei 6.683/79 apenas exclua da anistia aqueles que já tinham sido condenados pelas condutas ali elencadas, abre-se margem para entender que

tais delitos não teriam natureza de crimes políticos ou conexos a estes, uma vez que, se tivessem não teriam sido excluídos da legislação.

O problema é que a lei 6.683/79 ao excluir determinadas condutas dos benefícios da anistia teve como objetivo não punir os agentes da ditadura, mas sim manter a punição daqueles que se contrapuseram ao regime, e que foram obrigados a agir, em muitos casos, por meio da luta armada. Trata-se, portanto, de uma lei “de dois pesos e duas medidas”, já que foi construída unicamente para favorecer os agentes da repressão¹⁴³.

No entanto, deve-se considerar que as práticas de quem se opuseram à ditadura estão embasadas na legitimidade da resistência a um Estado opressor. Logo, não pode ser igualada às condutas violentas implementadas pelo regime militar. Até porque o direito de resistência é hoje devidamente reconhecido e não pode ser enquadrado como uma conduta delituosa, posto que, se a carência social extrema justifica a violação ao direito posto, conforme ressalta Gargarella (apud OLSEN, 2005, p.123)¹⁴⁴, o mesmo deve ser entendido quando se trata da resistência a um Estado violento e ditatorial.

Diante disso, a partir de uma interpretação sistemática, é possível entender pela aplicação do art. 1º, § 2º da lei de anistia somente em relação aos agentes do regime, e não em relação aos seus opositores, tendo em vista que estes foram vítimas e as suas práticas se legitimaram pelo fato de estarem combatendo um golpe de Estado que havia sido ilegalmente imposto contra um regime democrático.

Muitos poderiam questionar se isso não implicaria na violação do princípio da igualdade. Porém tais questionamentos poderiam ser supridos mediante a aplicação da igualdade substancial ou material em detrimento da igualdade formal¹⁴⁵, já que nesse caso, os agentes da ditadura estavam em extrema vantagem comparados aos opositores do regime, tendo em vista que possuíam a seu favor toda a estrutura estatal. Ademais, conforme lembra

¹⁴³Tal constatação chegou a ser levantada por muitos parlamentares na época da entrada em vigor da lei 6.683/79, uma vez que “ela se parecia com um indulto coletivo porque excluía certos condenados (punidos com base no que seus próprios autores chamavam de legislação excepcional, como gostava de frisar Tristão de Athayde) e não libertava os presos políticos, alguns encarcerados há dez anos” (MEZAROBBA, 2009, p. 375).

¹⁴⁴Nas explicaciones de Frances Olsen (2005, p. 123) “el profesor Gargarella há tratado de limitar y controlar las situaciones en las que la quiebra del derecho por parte de aquellos que viven en situaciones de extrema pobreza deberían considerarse justificadas. Ante todo, sugiere um estándar “objetivo” destinado a definir situaciones de extrema exclusión social, vinculado com la línea de pobreza definida internacionalmente. Además, para encontrar justificadas sus acciones, los que desobedecen al derecho deben estar “viviendo en una situación de alineación legal” (uma situación em la que se presume que se encuentran aquellos que se vem privados de ciertos bienes humanos básicos), y deben encontrarse afectados por ‘serios problemas políticos’ para transmitir sus demandas a sus representantes o para hacerlos responsables por sus conductas”.

¹⁴⁵A igualdade formal é a que está consagrada no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que estabelece serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Porém além da igualdade formal, consagrada no liberalismo clássico, se tem a chamada igualdade material ou substancial, que parte do princípio aristotélico, de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades (LENZA, 2008, p. 596).

José Afonso da Silva (2003, p.222) as “condições reais de desigualdade condicionam o tratamento desigual perante a lei penal, apesar do princípio da isonomia assegurado a todos pela Constituição (art. 5º)”.

Além disso, outra questão que não se deve esquecer é o que foi levantado pelo voto do ministro Lewandowski durante o julgamento da ADPF 153, que demonstra o conceito de crimes políticos a partir de dois critérios básicos, quais sejam: a preponderância e a atrocidade dos meios. A idéia da preponderância estaria vinculada à finalidade política do ato, que não parece estar configurada nas práticas dos agentes da ditadura, uma vez que as condutas de violência eram banalizadas, a título gratuito, sem que houvesse qualquer objetivo de mudança na estrutura político-social do país. Já a atrocidade dos meios, estaria vinculada a idéia de que os crimes políticos não poderiam ser caracterizados como tais, caso tivessem sido executados mediante violência e残酷e extrema, exatamente como ocorreu durante a ditadura, por parte de seus membros¹⁴⁶.

Sobre esse aspecto narra Ramos (2011, p. 195):

[...] é inegável que o primeiro elemento (natureza política) pode ser desnaturado, pois justamente os agentes estavam a serviço do Estado para a manutenção da ordem ditatorial. Assim, não eram indivíduos que agiam para “modificar a organização política e social do Estado (critério estabelecido pelo Min. Moreira Alves, visto acima). Além disso, as condutas (desaparecimentos forçados, homicídios e torturas, etc.) são meios atrozes.

Nota-se que a posição de Lewandowski está em consonância com o que já vinha sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal¹⁴⁷ em outros julgados, por isso caberia analisar, em cada um dos casos da ditadura militar “se a conduta foi eminentemente política e os meios utilizados não foram atrozes, para então decidir sobre a anistia” (RAMOS, 2011, p.195).

Por outro lado, a interpretação de se manter a conduta praticada pelos integrantes do regime militar como crimes políticos ou conexos a estes, reproduz “os contornos que foram conferidos à anistia de 1979, o que, por sua vez, aparece como reflexo do controle militar sobre o processo de distensão” (PRADO, SOARES, 2009, p.360).

¹⁴⁶ Apesar disso, o ministro Lewandowski, em que pese maior diálogo com as instâncias internacionais e mesmo tendo se posicionado favoravelmente à revisão da interpretação da lei de anistia, indiretamente admitiu a possibilidade de anistia aos agentes de repressão, caso ficasse demonstrado que a conduta era eminentemente política e que os meios utilizados não foram atrozes (RAMOS, 2011, p. 195).

¹⁴⁷ Conforme menciona o ministro Lewandowski ao proferir seu voto no julgamento da ADPF 153, os critérios da preponderância e da atrocidade dos meios já haviam sido utilizados em outros julgados para a definição de crimes políticos, como por exemplo, no caso Cesare Battisti (Confira passagem do voto do ministro Lewandowski no julgamento da ADPF 153).

Torna-se claro, portanto, que a “anistia, tal como se deu, consistiu em uma medida juridicamente incongruente, eis que a prática de torturas, mortes e desaparecimentos forçados jamais poderia ser considerada conexa à prática de um delito político” (PRADO, SOARES, 2009, p.359).

3.4 A inobservância pelo Supremo Tribunal Federal aos princípios, direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, na decisão da ADPF nº 153.

A Constituição de 1988 em seu Título I trouxe uma importante novidade no constitucionalismo brasileiro, pois ao consignar os princípios de maneira basilar na estrutura de seu texto, onde constam os fundamentos e objetivos da República, o princípio da tripartição de poderes e os princípios que deverão reger o país em suas relações internacionais, diferencia-se da Carta anterior outorgada em 1967 e complementada em 1969, bem como da Constituição de 1946, que tratavam primordialmente de questões relativas à organização do Estado.

Perante esse contexto, ainda que o processo de redemocratização no Brasil tenha mantido um legado autoritário¹⁴⁸, a Constituição de 1988 trouxe no seu bojo a previsão de princípios e direitos fundamentais, que são incompatíveis com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 153.

O aspecto principal que expõe a incompatibilidade da decisão do Supremo está no fato de que há um claro retrocesso ao não se tratar da lei de anistia como uma legislação a ser interpretada pela ordem jurídica em conformidade com o texto constitucional vigente, uma vez que preceitos básicos, como a dignidade humana, foram colocados “de lado” em nome de uma segurança jurídica, que somente garante a manutenção de uma perspectiva arbitrária. Em face de tal cenário o Supremo Tribunal Federal renega qualquer avanço democrático e por consequência se manifesta também como uma Corte de natureza autoritária que dificilmente pode ser harmonizável com uma concepção mais ampla dos direitos fundamentais.

¹⁴⁸Expõe Zaverucha (2010, p.41/76) que a Constituição Federal de 1988, apesar de ter mudado substancialmente a Constituição autoritária anterior, manteve incólume determinadas disposições que ainda conferem às Forças Armadas poderes e influência que são totalmente destoantes com um regime democrático.

3.4.1 A dignidade da pessoa humana como princípio máximo da Constituição Federal de 1988.

De acordo com o previsto no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988 um dos principais fundamentos que constituem a federação brasileira é a dignidade da pessoa humana¹⁴⁹, que se caracteriza, por sua vez, como o ápice de todos os direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Carta Magna.

Na realidade, a previsão da Constituição de 1988 da dignidade humana como princípio fundamental trata-se da própria expressão na ordem interna dos direitos humanos do plano internacional, até porque, os direitos fundamentais nada mais são do que os direitos humanos positivados em normas constitucionais (COMPARATO, 1999, p. 14).

Em face disso, a manutenção de um Estado autoritário com graves disparidades sociais após o processo de redemocratização da década de 1980, não impediu que, de certo modo, a Constituição atual pudesse ser utilizada como instrumento de reivindicações de direitos que permitissem a ampliação do espaço democrático.

Nesse aspecto o julgamento da ADPF 153, jamais poderia negar como o fez a dignidade humana como principal parâmetro para a interpretação conforme a Constituição da lei 6.683/79, pois se trata de princípio indissociável do ordenamento jurídico pátrio. Embora pareça abstrato, tal princípio é parte da construção do Estado democrático e, dessa forma, a interpretação de toda a legislação vigente deverá utilizá-lo como referência.

Se do ponto de vista material a Carta Magna deve englobar os direitos da pessoa humana¹⁵⁰, isso expõe como o Supremo Tribunal Federal, ao manter a interpretação original da lei de anistia, negou o que há de mais importante no que se refere às matérias tratadas pelo texto constitucional, posto que, como lembra Bonavides (2002, p.64) o aspecto

¹⁴⁹Os Princípios da Constituição Federal de 1988, como previsto no artigo 1º, III, da Lei Maior, tem como base a dignidade da pessoa humana, que é o núcleo informador da interpretação de todo o ordenamento jurídico, e o fundamento necessário para a instauração do Estado brasileiro, alicerçado nos preceitos herdados do desenvolvimento das tradicionais sociedades burguesas, passando pela construção do Estado Social no começo do século XX.

¹⁵⁰Considerando-se que a dignidade humana reflete no direito interno, as previsões internacionais a respeito dos direitos humanos, cabe ressaltar que o reconhecimento de tais direitos sob um viés marxista, no Estado moderno teria o mesmo sentido do reconhecimento da escravatura no Estado antigo, posto que, assim como no Estado antigo tinha-se como fundamento natural a escravidão, no Estado moderno a sua base está concentrada no homem da sociedade buguesa, que está entrelaçado apenas pelo vínculo do interesse privado, da necessidade natural inconsciente, no escravo do trabalho lucrativo e da necessidade egoísta (MARX, ENGELS apud MASCARO, 2010, p. 296). Em face disso, Ernst Bloch (apud MASCARO, 2010, p. 576) aponta que o “problema da dignidade é a especificidade jurídica da utopia concreta, que só se consegue transformando radicalmente a miséria e a humilhação da estrutura social capitalista em uma sociedade fraterna e socialista”.

material¹⁵¹ diz respeito ao conteúdo de maior relevância da Constituição. Na realidade poderia se falar que o que ocorreu com o julgamento da ADPF 153 foi uma verdadeira “resistência constitucional”, que pode ser verificada sempre que há decisões por parte do Judiciário que são indiferentes a proteção e a promoção dos direitos humanos (ARANGO, 2004, p.29).

Por outro lado, como a redemocratização no Brasil se limitou a via institucional, sem uma participação mais ampla da sociedade civil, os movimentos políticos não conseguiram consolidar qualquer preceito voltado à dignidade humana, a não ser quando interesses dos grupos dominantes são violados.

Mesmo a Constituição de 1988, que em comparação às Cartas anteriores se destacou por uma presença maior da participação popular em sua elaboração (embora ainda limitada) não conseguiu efetivar, de forma plena, suas previsões, sendo que a principal razão disso, talvez, encontra-se na divergência de interesses existentes na sociedade que se divide entre grupos e classes.

Tal realidade permitiu que os tribunais pudessem “às portas fechadas” impedir que o respeito à dignidade humana das vítimas das práticas dos grupos dominantes não se tornasse uma realidade tangível, até porque, muitas das condutas violadoras dos direitos fundamentais básicos são praticadas com a vergonhosa complacência do poder judicial.

Diante disso torna-se imperioso construir, conforme elucida Rodolfo Arango (2004, p.34), um “tecido social sobre uma ética civil, isto é, laica e antimilitarista”, pois sem uma maior participação popular, inclusive nas ruas, a prática social da proteção à dignidade humana estará seriamente comprometida.

O primeiro passo para isso seria ampliar os espaços democráticos que pudessem interferir de uma maneira mais sólida no papel das instituições, sobretudo o Judiciário, que não pode continuar comprometido em apenas atender os interesses dominantes, uma vez que caso essa forma de atuação permaneça, o processo de democratização no Brasil que é extremamente frágil, se limitaria ainda mais, já que o texto constitucional estaria sempre restrito a apenas a ser um texto, sem reflexos de mudança na sociedade.

Nota-se que se a dignidade humana é um reflexo dos direitos humanos internacionais, as ações criminosas por parte do Estado durante o regime militar ignoraram completamente este princípio, e o Supremo Tribunal Federal endossou tais práticas, ainda que

¹⁵¹Segundo Ferdinand Lassalle (1998) o que se mostra mais peculiar na esfera moderna não seria a Constituição no seu aspecto material, mas sim a Constituição como “folha de papel”. Isso se dá pelo fato de que no aspecto material os interesses dos grupos dominantes (como banqueiros, industriais, etc.) são os que prevalecem em detrimento dos direitos ali previstos.

a documentação processual recolhida após a volta dos civis ao poder revelasse uma riqueza de detalhes sobre as práticas delituosas exercidas por agentes da estrutura estatal. Entre esses relatos, um documento de essencial importância que deveria ter sido considerado pelos eminentes ministros, inclusive para verificar a prática de crimes comuns por parte dos agentes públicos seria a famosa obra organizada por Dom Paulo Evaristo Arns “Brasil Nunca Mais” (1990, p.43):

A tortura foi indiscriminadamente aplicada no Brasil, indiferente a idade, sexo ou situação moral, física e psicológica em que se encontravam as pessoas suspeitas de atividades subversivas. Não se tratava apenas de produzir, no corpo da vítima, uma dor que a fizesse entrar em conflito com o próprio espírito e pronunciar o discurso que, ao favorecer o desempenho do sistema repressivo, significasse sua sentença condenatória. Justificada pela urgência de se obter informações, a tortura visava imprimir à vítima a destruição moral pelos limites emocionais que se assentam sobre relações efetivas de parentesco. Assim, crianças foram sacrificadas diante dos pais, mulheres grávidas tiveram seus filhos abortados, esposas sofreram para incriminar seus maridos.

Perante esse aspecto, a própria idéia de supremacia da constituição, desenvolvida a partir da construção do Estado burguês, tanto sob a égide material do jusnaturalismo como também sob a égide formal do positivismo, torna-se um pressuposto a ser observado diante a decisão judicial. Por isso, que dentre as modalidades de eficácia dos princípios, a que merece, talvez, um maior destaque, seria àquelas votadas a função interpretativa e a função negativa, sendo que a primeira parte da premissa de que todas as normas devem ter sua aplicação subordinada aos valores contidos no sistema jurídico, enquanto que a segunda seria no sentido de paralisar a incidência de qualquer norma que seja incompatível com o sistema vigente (BARROSO, 2004, p. 386).

Isso se torna mais visível, ao se constatar que no Brasil foi adotado o modelo de rigidez constitucional, em que, conforme lembra Silva (2003, p.46), “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”.

Neste sentido, a inobservância da dignidade humana no julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal expõe a própria crise do direito, que deriva da superveniência do fenômeno jurídico às conveniências daqueles que Faoro (2008) chamou de os “donos do poder”, de modo que a interpretação da lei, com o fim de sempre atender os grupos dominantes, em certos momentos desvincula a ciência jurídica do direito posto, enquanto que em outros, busca limitar as questões judiciais à esfera da legalidade.

O julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca da interpretação da lei de anistia, ao final de tudo, em vez de adequar a interpretação da referida legislação aos preceitos

constitucionais vigentes, amoldou a norma de forma a atender tão somente à situação política e às relações de forças dominantes, expondo que a Constituição não se trata, na prática, do paradigma orientador da decisão judicial.

O retrocesso oriundo do julgamento da ADPF 153 poderia ser explicado pelos próprios fatores referentes à situação social da norma jurídica. Segundo Ana Lúcia Sabadell (2010, p. 78) são esses fatores, instrumentalizados tanto pelo sistema de relações sociais como pela atitude do poder político, que influenciam as chances de aplicação da norma vigente, isto é, a quota de eficácia da norma estaria subordinada a tais situações. Diante disso, o entendimento de uma aplicação plena da lei de anistia está em consonância com a situação socioeconômica e política do país que influem diretamente na interpretação e eficácia da norma, sem que seja necessário considerar qualquer preceito constitucional.

Poderia inclusive se dizer que o julgamento da ADPF 153 é o retrato da construção de uma sociedade funcionalista¹⁵², em que os espaços para mudanças sociais mais profundos são obstruídos, de maneira em que qualquer crise e conflito sejam vistos apenas como uma mera disfunção ou uma patologia, que podem ser resolvidos sem que seja comprometida uma ilusória “harmonia social”.

A falta de coerência com o texto constitucional na decisão da ADPF 153 demonstra também que essa “harmonia social”, na realidade, é uma verdadeira falácia, pois não se deve falar em harmonia quando a interpretação da norma subordina-se tão somente a não gerar conflitos contra os interesses dos grupos dominantes.

Apesar de muitos dos temas tratados pela Constituição tenham um caráter progressista, próximo das sociedades burguesas mais avançadas, o Supremo Tribunal Federal, afasta qualquer possibilidade de aplicação dessas disposições, cujas bases estão no princípio da dignidade humana. Desse modo, mantém-se a mesma opção feita por políticos e parte dos intelectuais do país em não se discutir acerca do legado autoritário do regime militar, o que expõe a fragilidade do texto constitucional, tendo em vista que diante de uma norma que cabe mais de uma interpretação, preferiu-se àquela que estivesse mais próxima de um regime ditatorial, em vez daquela que estivesse alinhada com as previsões da Constituição atual.

¹⁵²De acordo com a explicação de Sabadell (2010, p. 84) os funcionalistas “consideram a sociedade como uma grande máquina. Esta redistribui papéis e recursos (dinheiro, poder, prestígio, educação) aos seus membros, que são identificados como as ‘peças da máquina’. A finalidade da sociedade é a sua reprodução por meio do funcionamento perfeito dos seus vários componentes. Isso pressupõe que os indivíduos sejam integrados no sistema de valores da sociedade e que compartilhem os mesmos objetivos, ou seja, que aceitem as regras sociais vigentes e se comportem de forma adequada às mesmas”.

3.4.2 A interpretação conforme a Constituição das normas polissêmicas e a necessidade de harmonizar a lei de anistia ao texto constitucional.

O art. 1º, § 1º da Lei Federal n. 6.683/79 ao conferir anistia a todos àqueles que cometem crimes políticos e conexos a estes, estabelece uma ampla margem de interpretação na leitura do texto legal, posto que, além da indefinição sobre o que seriam tais crimes políticos, outra dúvida que surge é se seria possível enquadrar as práticas dos agentes que atuaram a favor do regime em tal modalidade delitiva.

Verifica-se, portanto, que a lei 6.683/79 trata-se de uma norma polissêmica ou plurissignificativa, pois permite a abertura para mais de uma interpretação. Em face disso é coerente que, dentre o leque de opções interpretativas, prevaleça aquela que esteja em consonância com os preceitos estabelecidos pelo aspecto principiológico e pela norma positivada da ordem jurídica vigente, até mesmo porque, quando uma norma é caracterizada como polissêmica ou plurissignificativa, a sua interpretação deve sempre optar pelo alinhamento com o texto constitucional, preferindo-se a exegese não contrária a Constituição (LENZA, 2008, p.74).

Essa preferência por uma interpretação em conformidade com a Carta Magna é oriundo de um processo de filtragem constitucional, “que exige do aplicador do direito uma nova postura, voltada para a promoção dos valores constitucionais em todos os quadrantes do direito positivo” (SARMENTO, 2003, p. 281).

Ressalta-se que a interpretação da norma polissêmica a partir das disposições constitucionais vigentes é fruto de uma das mais importantes dimensões objetivas dos direitos fundamentais, que seria o reconhecimento da sua eficácia irradiante. O significado disso estaria no fato de que “os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário” (SARMENTO, 2003, p.279).

Conforme elucida Daniel Sarmento (2003, p. 279) a eficácia irradiante tem na interpretação conforme à Constituição um dos seus mais promissores instrumentos, pois na técnica jurídica exerce concomitantemente as funções de mecanismo de controle de constitucionalidade e de princípio hermenêutico. Como controle de constitucionalidade, de acordo com o que continua a ensinar Sarmento (2003, p. 279), permite que o Supremo Tribunal Federal exclua a possibilidade exegética de determinada norma contrária à Constituição. Já como princípio hermenêutico impõe ao operador do direito que opte, ao se

deparar com a plurissignificatividade de uma determinada norma, pela exegese que seja compatível com as disposições constitucionais (SARMENTO, 2003, p. 279).

Nesse sentido, a eficácia irradiante configura-se como todo o norte do direito positivo, sendo inclusive uma tendência construída a partir do processo de constitucionalização do direito infraconstitucional, cada vez mais presente no sistema jurídico pátrio, como se pode observar na avaliação de Sarmento (2003, p. 280/281):

No caso brasileiro, esse processo assume um relevo especial, em razão da riqueza da riqueza axiológica da Constituição de 1988, que conferiu absoluta centralidade e primazia aos direitos fundamentais e está fortemente impregnada por valores solidarísticos, de marcada inspiração humanitária. Assim, toda a legislação infraconstitucional (civil, penal, processual, econômica, etc.), muitas vezes editada em contexto axiológico diverso, mais individualista (*e.g.* Código Civil de 1916, promulgado ainda na era do Estado Liberal), ou mais totalitária (*e.g.* parte do Código Penal, editada durante a ditadura Vargas), terá de ser revisitada pelo operador do direito a partir de uma nova perspectiva, centrada na Constituição e em especial nos direitos fundamentais que esta consagra.

Verifica-se que dentro dessa perspectiva, a satisfação dos direitos fundamentais, embora seja constantemente comprometida, está prevista na Constituição como uma de suas bases, no sentido de que se trata de um dos principais pilares no desenvolvimento do Estado burguês. Com efeito, quando o Estado desvia dessa função, estaria ele deslegitimado sobre o ponto de vista político e totalmente avesso a Constituição sobre o ponto de vista jurídico, o que por consequência, expõe a tradição brasileira de aplicabilidade seletiva das normas constitucionais.

A lei de anistia ao conceder tais benefícios aos agentes da repressão endossa condutas contrárias ao desenvolvimento do Estado burguês, baseado em um sistema democrático e, desse modo, o processo emancipatório do direito torna-se prejudicado, tendo em vista que em vez de consolidar a “abertura política”, colocam no esquecimento os crimes que devem ser reprovados por todos aqueles que possuem um maior comprometimento com a democracia.

Perante essa nova perspectiva do Estado burguês, o controle de constitucionalidade, como o que ocorreu com a lei de anistia, deve produzir uma nova mentalidade que seja capaz de “levar a termo as exigências da Constituição brasileira de 1988” (CLÉVE, 2003, p. 393). Para isso, cabe demonstrar que o saber jurídico que procura justificar a atuação do Poder Público mediante o Direito Constitucional, deverá se desenvolver para além da dogmática tradicional, posto que, há uma necessidade de se adotar uma nova postura que seja capaz de incluir questões críticas e principiológicas no âmbito judicial (CLÉVE, 2003, p. 393).

A manutenção de um caráter autoritário pela Constituição e pelo poder econômico após o retorno das eleições diretas no Brasil, não deve servir de empecilho para que as suas previsões sejam objetos de reivindicações. Embora, se reconheça, a partir de um viés marxista, que é com a com a negação do direito burguês que se tem a práxis social, não se pode utilizar disso como um preceito dogmático, tendo em vista que as concessões da ordem burguesa, apesar de não serem meios de mudanças definitivas, podem ser utilizadas pragmaticamente como instrumentos de defesa contra abusos por parte do poder público e contra decisões que não condizem com o sistema democrático.

Em razão disso, deve-se reconhecer aquilo que Barroso (2004, p.369) denomina de princípio instrumental de interpretação constitucional que se “constituem como premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta”. Dentre estes princípios, que não estão expressos na Constituição, apesar de serem reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais pátrios, um dos que possui maior destaque seria o princípio da interpretação conforme a Constituição, que se caracteriza como elemento fundamental no entendimento da norma jurídica.

A interpretação conforme a Constituição, além de ser um princípio de interpretação, trata-se também de uma técnica de controle de constitucionalidade, e como tal, “consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação ‘corretiva’ que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto” (BARROSO, 2004, p.372). Em rigor “não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição” (BONAVIDES, 2002, p. 474).

Sobre esse aspecto a ADPF 153 requereu perante o Supremo a interpretação conforme a Constituição da lei 6.683/79, uma vez que a validade da referida legislação não poderia estar à mercê de uma interpretação que beneficiasse os membros do regime militar, já que o texto constitucional não seria compatível com esse entendimento.

Contudo o STF se filiou em sua decisão de acordo com a perspectiva de que a lei de anistia, apesar de seu caráter polissêmico, deveria ser interpretada conforme a vontade do legislador, como se fosse um dogma a ser respeitado, sem que houvesse qualquer questionamento quanto aos efeitos correlacionados à incidência do texto constitucional. Na realidade, a lei 6.683/79 foi tratada como uma norma cristalizada e exaurida em si mesmo, sem que fosse considerado tanto o contexto histórico real de imposição unilateral da anistia aos membros do regime militar como também o contexto jurídico, que sob o manto da

Constituição atual, não poderia admitir a manutenção da interpretação da norma sob o viés interpretativo original.

Ressalta-se que no processo técnico de interpretação da norma, o Supremo jamais poderia entender que a lei de anistia seria fruto de um pacto civilizatório, pois diferente de um contrato de âmbito privado, a exegese da norma positivada está mais vinculada com a sistemática do ordenamento vigente, do que com a vontade originária do legislador ou das partes envolvidas, até mesmo porque o direito possui uma dinâmica que não pode ficar refém de valores que não mais correspondem à realidade social.

Nesse sentido leciona Emílio Betti (2007, p.209/210):

[...] na interpretação da lei, não é admissível um recurso a meios extratextuais dedutíveis do modo da sua formação, a não ser como a um outro precedente histórico qualquer (como os trabalhos preparatórios); e a referência à “intenção do legislador”, longe de remeter o intérprete a tais meios, encontra-se (na fase normativa da interpretação) no mesmo plano do “significado próprio das palavras, segundo a conexão entre elas” (em fase filológica), e deve servir para indagar a formulação da norma à luz do problema prático com ela solutionado. Aqui, a fórmula da norma individual deve ser ultrapassada não para remontar à gênese psicológica por uma *occasio legis* mais ou menos acidental, mas para ser apreciada de uma coerência com todo o sistema do direito positivo: o cânones hermenêutico da totalidade assume, então, um alcance bem diferente, conforme o objeto da interpretação seja a lei ou um ato jurídico como o contrato.

Observa-se que a coerência com o ordenamento é o “ponto de partida” para uma interpretação técnica da norma em relação à aplicabilidade do direito do Estado Burguês, baseado em uma concepção social, cujos direitos fundamentais estão expressamente previstos. Em razão disso, caso haja a incompatibilidade normativa em relação ao sistema vigorante, a norma jurídica não pode ser considerada eficaz¹⁵³.

Diante disso, no caso da interpretação da lei de anistia, o seu caráter polissêmico exige como referência o parâmetro principiológico construído pelo ordenamento, a partir do texto constitucional vigente, que apesar de não ser a solução para o caminho da emancipação social plena diante o sistema opressor reproduzido pela elite dominante, trata-se de um instrumento prático que pode ser utilizado com o fim de se evitar a amplitude das condutas arbitrárias.

¹⁵³Segundo Bobbio (1989, p.113) a coerência não seria apenas uma condição de validade da norma, mas também uma condição de justiça do ordenamento. Para Bobbio (1989, p.113) é “evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor de igualdade)”. Conforme continua a demonstrar Bobbio (1989, p. 113) onde “existem duas normas antinônicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria”.

3.4.3 O sopesamento de princípios como meio de se fundamentar a revisão da lei 6.683/79

Conforme mencionado nos tópicos anteriores do presente trabalho, os princípios estabelecidos pelo ordenamento estatal devem servir de base para a decisão judicial, de modo em que o processamento e o julgamento conduzido pelo Poder Judiciário não aplique a norma jurídica ao caso concreto de forma seletiva e casuística.

Ainda que a idéia da técnica ponderativa seja voltada para a interpretação da norma constitucional a partir do seu caráter principiológico, deve-se frisar que, as regras infraconstitucionais também poderiam ser objeto de ponderação, de maneira que quando uma regra fosse inadequada, haveria a possibilidade do seu não cumprimento¹⁵⁴.

Por isso é inevitável que o Judiciário enfrente diante o proferimento da decisão judicial todas as questões relativas às dificuldades apresentadas pelos elementos normativos, como por exemplo, o conflito entre regras e princípios, que deve ser analisado tanto sob uma perspectiva formal como também sob uma perspectiva valorativa.

Sob uma perspectiva formal, a colisão que se observa é aquela que ocorre entre as regras do ordenamento vigente, o que provoca, por consequência, o efeito de se excluir uma, porque o resultado de aplicar as duas torna-se incompatível, mediante a utilização das soluções tradicionais para a supressão da antinomia (LORENZETTI, 2009, p. 209/210)¹⁵⁵.

Entretanto quando a colisão for entre princípios e valores, não se deve aplicar um efeito de exclusão, pois a aplicação de um princípio não obstrui o outro, senão que o precede no caso concreto (LORENZETTI, 2009, p. 210). Isso decorre do fato de que os princípios possuem diferentes importâncias no caso concreto e suas contradições não podem ser solucionadas “pela indicação de que um dos princípios carece de validade e pela sua eliminação do sistema, nem tampouco pela consagração de uma exceção de validade permanente para o futuro” (LORENZETTI, 2009, p. 210). Em tal hipótese, conforme demonstra Lorenzetti (2009, p. 2010) não se trata de uma “antinomia no sentido tradicional,

¹⁵⁴No entanto existem posicionamentos no sentido de que a ponderação estaria restrita à interpretação dos princípios constitucionais conflitantes, de maneira a não prejudicar a unidade da ordem constitucional. Entre os adeptos dessa posição encontra-se Max Möller (2011, p. 275), que apesar de reconhecer a possibilidade em alguns casos de ponderação de regra por meio daquilo que ele denomina de criação judicial das exceções, busca diferenciar as regras dos princípios exatamente na técnica ponderativa, posto que, é por meio da ponderação que haveria a exposição de diferenças na aplicação de princípios e de regras, já que o primeiro poderia ser aplicado ou não em detrimento de outro princípio, enquanto que o segundo não poderia deixar de incidir em detrimento de outra regra.

¹⁵⁵De acordo com o que ensina Lorenzetti (2009, p.211) os critérios básicos para a resolução das antinomias seriam basicamente três, quais sejam: o cronológico, em que a norma posterior prevalece sobre a anterior, com exceção dos casos de irretroatividade; o hierárquico, no sentido de que a norma superior desloca a de categoria inferior e por fim o da especialidade, de modo em que a norma geral é afastada pela especial.

senão de um campo de tensão”, em que “o conflito entre os princípios é solucionado mediante um juízo de ponderação de interesses opostos”, isto é, trata-se “de qual dos interesses, abstratamente da mesma categoria, tem maior peso no caso concreto”, uma vez que “a decisão não consiste em uma opção, senão em uma ponderação”.

Essa ponderação, contudo, não foi utilizada de forma adequada na decisão que proferiu a sentença da ADPF 153, já que os interesses opostos que se mostraram vigentes no caso em litígio, deveriam ter sido supridos pela valoração principiológica que se alinhasse ao processo democrático e não por uma análise histórica que apenas tentou justificar a prática unilateral da anistia aos membros do governo fardado.

Cabe destacar que sendo a ordem jurídica burguesa organizada a partir de uma concepção sistemática, a decisão judicial deve estar embasada pelo equilíbrio e harmonia com o texto constitucional, de maneira que se tenha a interpretação do ordenamento a partir de sua unidade e, por consequência, as antinomias sejam resolvidas pelo critério de interpretação mais próximo das bases democráticas¹⁵⁶.

No caso da ADPF 153, o Supremo Tribunal Federal ao manter a interpretação da lei 6.683/79, no sentido de favorecer os integrantes do regime militar, desprezou totalmente aquilo que Canotilho (1993, p.226) denomina de “factor hermenêutico de decisão” que como ponto de orientação e guia de discussão “obriga o intérprete considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão”.

Salienta-se também que as técnicas tradicionais de subsunção¹⁵⁷ não podem ser a única forma de compreensão da aplicação do direito, até porque, a dogmática jurídica deu-se conta de seus limites, uma vez que não são por si só suficientes “para lidar com situações que, em decorrência da expansão dos princípios, são cada vez mais freqüentes” (BARROSO, 2004, p. 357).

A ponderação, nesse contexto, surge como peça essencial na técnica de decisão judicial dos chamados “*hard cases*” ou casos difíceis, de forma em que sejam sopesados aqueles princípios que levem a uma interpretação de natureza extensiva em prol da proteção aos direitos constitucionalmente reconhecidos.

Porém, conforme ressalta Robert Alexy (2011, p.163) para não abrir espaço ao subjetivismo e o decisionismo dos magistrados é essencial que esse sopesamento, que leva a

¹⁵⁶ Para Barroso (2004, p. 372) a ordem jurídica é um sistema, que pressupõe unidade, harmonia e equilíbrio e, como tal, suas diversas partes devem conviver “sem confrontos inarredáveis”.

¹⁵⁷ A fórmula de subsunção de aplicação do direito utiliza-se do seguinte critério: premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo, como consequência, a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto (BARROSO, 2004, p. 356).

ponderação dos princípios, seja feito a partir de uma fundamentação racional, de maneira em que a satisfação de um princípio somente pode ser justificada diante a colisão com outro princípio quando ficar demonstrado seu alto grau de importância. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, não utilizou de tal critério ao proferir sua decisão no julgamento da ADPF 153, pois preferiu reconhecer, no lugar do princípio base do texto constitucional que seria o da dignidade humana, questões principiológicas de menor importância sem que houvesse uma fundamentação racional adequada.

À primeira vista a ausência de uma fundamentação racional adequada poderia ser justificada pela falta de critérios contundentes na construção da técnica ponderativa. Entretanto, ainda que não esteja clara a estrutura interna do raciocínio ponderativo, Barroso (2004, p. 358/359) demonstra que o processo de ponderação, pode ser desenvolvido a partir de três etapas, quais sejam: a primeira, em que o intérprete identifica o sistema de normas relevantes para a solução do caso, detectando eventuais conflitos entre elas; a segunda etapa em que se examina a interação dos elementos normativos com as circunstâncias, os fatos concretos e por fim uma terceira e última etapa em que se atribuem os pesos aos diversos elementos em disputa e por consequência o grupo de normas que deverão prevalecer em cada caso.

O critério demonstrado por Barroso expõe que a decisão por meio da técnica ponderativa ingressa como uma verdadeira necessidade na prática da interpretação constitucional, permitindo assim, que a norma jurídica seja aplicada de acordo com a referência principiológica mais adequada ao litígio.

No entanto, conforme lembra Barroso (2004, p.362) a técnica ponderativa não impede que haja um sério risco de disfunção, pois sua falta de objetividade dá margem a uma ampla discricionariedade judicial. Infelizmente, poderia se dizer que o julgamento da ADPF 153 é um verdadeiro exemplo disso, pois em vez de ter sido utilizada para a correção dos argumentos apresentados (que seria o mais adequado) a ponderação foi empregada para valorizar princípios totalmente opostos ao estabelecido pelo alicerce constitucional, como por exemplo, os princípios constitucionalizados a partir do reconhecimento das normas internacionais de direitos humanos. Basta frisar que o ministro Gilmar Mendes buscou basear parte de sua decisão, não com base no texto constitucional atual e sim na Emenda Constitucional nº 26/85, que era proveniente do ordenamento jurídico do período ditatorial¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Confira voto do ministro Gilmar Mendes, no julgamento da ADPF 153.

Por causa dessas questões torna-se imprescindível identificar uma técnica capaz de efetivar os princípios e interpretar as normas constitucionais e infraconstitucionais a partir de uma base estruturante. Nesse sentido, uma tese que se verifica como elementar na resolução do problema seria a defendida por Humberto Ávila (2006) que a partir da definição dos postulados normativos, visa um critério ponderativo que seja útil ao fenômeno jurídico.

Segundo Ávila (2006, p.123) os postulados não poderiam ser confundidos com os princípios, pois em vez de impor a promoção de um fim, estruturam a aplicação do dever de promover um fim. Do mesmo não poderiam ser confundido com as regras, pois não descrevem comportamentos, mas estruturam a aplicação da norma que o fazem. Diante disso, a técnica ponderativa seria direcionada pelos princípios constitucionais fundamentais, mas a sua estruturação se daria pelos postulados.

Essa estruturação da técnica ponderativa, conforme demonstra Ávila (2006, p. 132) passa primeiro pela preparação da ponderação para que seja analisado todos os elementos e argumentos, de forma mais exaustiva possível. Já um segundo momento se realiza a ponderação mediante a relação estabelecida entre os objetos de sopesamento, sendo que se a ponderação for de princípios, deve-se verificar a primazia entre um e outro. Por fim, se tem a reconstrução da ponderação por meio da formulação das regras de relação, “inclusive de primazia entre os elementos objetos de sopesamento, com a pretensão de validade para além do caso” (ÁVILA, 2006, p. 132).

Sem uma estruturação adequada, o sopesamento mediante a técnica ponderativa torna-se inócuo ao direito, sendo que os princípios constitucionais nesse processo, “constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisa deve ser promovido” (ÁVILA, 2006, p. 131).

No entanto, no julgamento da ADPF 153, as técnicas ponderativas foram totalmente menosprezadas, pois apesar dos vários critérios que poderiam ser utilizados, não se pode excluir a especial atenção a ser dada aos princípios e, sobretudo as normas constitucionais, até porque, em relação a estas últimas, a ponderação serve de estrutura para a sua aplicabilidade.

3.4.4 A fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988.

Como interpretação da lei de anistia, o julgamento da ADPF 153 falhou ao não considerar os preceitos constitucionais e não ponderar os direitos fundamentais de maior relevância ao caso em específico, de maneira a se realizar uma exegese da norma infraconstitucional em consonância com as técnicas interpretativas da Constituição Federal.

Esse critério interpretativo, no entanto, deve pautar inegavelmente a incidência dos direitos e garantias fundamentais como pressuposto à aplicação da norma, ainda mais pelo fato, de se tratarem de preceitos jurídicos que compõem a estruturação e evolução do Estado burguês. Nesse contexto, a vinculação do texto constitucional e das demais normas estatalistas aos direitos fundamentais se consagra no direito positivo vigente, não podendo, portanto, ser desconsiderada em qualquer situação.

Contudo o caráter de fundamentalidade conferido aos direitos fundamentais direciona-se tanto sob um aspecto formal, como também sob um aspecto material. Sobre um aspecto formal, os direitos fundamentais encontram-se vinculados ao direito positivado, de maneira que se adapta ao sistema constitucional pátrio (SARLET, 2005, p. 86).

Tal adaptação ao sistema constitucional pátrio, entretanto, exige a observância de determinados aspectos, sendo o primeiro deles o fato de que os direitos fundamentais se encontram no ápice de todo o ordenamento jurídico, o que nesse sentido os caracterizam por serem direitos de natureza supralegal¹⁵⁹ (SARLET, 2005, p. 86). O segundo aspecto a ser analisado é que na qualidade de normas constitucionais os direitos fundamentais se configuram como direitos pétreos, no sentido de que submetem as demais normas aos limites formais, por meio de procedimento agravado de reforma constitucional, e limites materiais, que se expressam pelas cláusulas pétreas (SARLET, 2005, p. 87). Por fim o caráter formal dos direitos fundamentais, os vinculam de forma imediata as demais normas aplicáveis e a atuação das entidades públicas e privadas¹⁶⁰ (SARLET, 2005, p. 86).

¹⁵⁹Conforme expõe Sarlet (2005, p.86), ao citar Solozábal Echavarría, o caráter supralegal dos direitos fundamentais estabelecem que embora tais direitos estejam, muitas vezes, previstos expressamente pela Constituição, isso não quer dizer que todos os direitos constitucionais sejam fundamentais.

¹⁶⁰A ampliação da incidência dos direitos fundamentais a esfera privada, deriva do fato de que a incidência dos direitos de personalidade, de forma isolada, mostra-se avessa à necessidade de abranger a proteção dos direitos humanos, posto que, de acordo com o que explica Gustavo Tepedino (2009, p.62), somente os direitos de personalidade seriam incapazes de se estenderem às “inúmeras e mutantes hipóteses em que se exige a intervenção judicial em favor da pessoa”. Em face disso, conforme continua a explicar Tepedino (2009, p.62) a proteção constitucional da pessoa humana supera a tipificação de situações previamente estipuladas, nas quais pudessem incidir o ordenamento. Do mesmo modo supera a setorização da tutela jurídica, a partir da distinção

Já a fundamentalidade material “decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade” (SARLET, 2005, p. 87). Sobre essa perspectiva a fundamentalidade material possibilita “a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como os direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal” (SARLET, 2005, p. 87).

A referência de direitos fundamentais além do catálogo constitucional, a partir da idéia de fundamentalidade material, permite que se integre à Constituição as previsões estabelecidas em tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que, apregoam direitos, que embora muitas vezes não estejam expressos na Lei Maior, compõem e complementam o corpo fundamental do texto constitucional.

Essa abertura ao direito internacional é viabilizada em razão do próprio texto da Constituição Federal de 1988, uma vez que em seu art. 5º, § 2º estabelece que direitos e garantias expressos na Carta Magna não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados por ela ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário. Tal previsão possibilita a ampliação da fundamentalidade material das disposições constitucionais, a partir daquilo que Sarlet (2005, p.90 et.seq.) denomina de direitos fundamentais materialmente abertos no direito constitucional positivo brasileiro, que por sua vez, traduzem a extensão da proteção à dignidade humana para além do positivado pela Constituição.

Sobre essa questão explana Sarlet (2005, p. 142/143):

Na realidade, parece viável concluir que os direitos materialmente fundamentais oriundos das regras internacionais – embora não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição – se aglutinam à Constituição material e, por esta razão, acabam tendo *status* equivalente. Caso contrário a regra do art. 5º, § 2º, também neste ponto, teria o seu sentido parcialmente desvirtuado. Não fosse assim, virtualmente não haveria diferença (ao menos sob o aspecto da hierarquia de normas) entre qualquer outra regra de direito internacional incorporada ao direito nacional e os direitos fundamentais do homem consagrados nos textos internacionais.

Por derradeiro, havendo uma vinculação dos órgãos judiciais aos direitos fundamentais, no sentido de conduzirem as suas decisões, a amplitude de tais direitos conferida pelo art. 5º, § 2º da Constituição, não pode deixar de ser contemplada, uma vez que o ato jurisdicional que contraria essa disposição estaria maculado pela constitucionalidade.

entre os direitos humanos na esfera do direito público e os direitos de personalidade no âmbito do direito privado (TEPEDINO, 2009, p. 62).

No âmbito do julgamento da ADPF 153, a maioria dos ministros, praticamente, não se manifestou sobre a abertura do sistema aos direitos fundamentais materialmente abertos, sobretudo em relação à dignidade humana, uma vez que apenas analisaram superficialmente a ação de controle de constitucionalidade sem aprofundar na possibilidade de incidência de tratados internacionais sobreposta à lei de anistia.

Em face disso, a falta de análise interpretativa da lei de anistia pelo Supremo Tribunal Federal por meio das diretrizes dos direitos fundamentais, contrariam a lógica estabelecida no texto constitucional, posto que a referida decisão viola sistematicamente a eficácia vinculante de tais direitos, intensificando ainda mais as práticas arbitrárias cometidas rotineiramente pelo poder judicial.

3.4.5 A incompatibilidade dos direitos fundamentais materialmente abertos, com a interpretação do Supremo Tribunal Federal da lei 6.683/79.

Conforme exposto no tópico anterior a previsão dos direitos fundamentais trata-se do norte de todo o ordenamento jurídico nacional, no sentido de que devem servir de referência perante as decisões judiciais. Nesse aspecto, a manutenção da interpretação original da lei 6.683/79 pelo Supremo Tribunal Federal configurou-se como uma grave violação tanto aos direitos fundamentais formalmente previstos na Carta Magna, como também aos direitos fundamentais materialmente abertos, que incluem aqueles direitos estabelecidos pelos tratados internacionais em que o Brasil se constitui como parte.

Cabe destacar, que a vinculação dos órgãos judiciários aos direitos fundamentais manifesta-se em relação ao conteúdo dos atos jurisdicionais como “autênticas medidas de decisão material, determinando e direcionando as decisões judiciais” (CANOTILHO apud SARLET, 2005, p. 368). Em face disso, conforme lembra J. Miranda (apud SARLET, 2005, p. 369), “os juízes e tribunais estão obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico”.

Por essa razão torna-se incompatível com o sistema constitucional vigente a interpretação da lei de anistia em seu sentido original, posto que permitiu a impunidade dos agentes estatais diante a prática de crimes hediondos durante a ditadura militar. Na realidade o Supremo Tribunal Federal, ainda que tenha a função de ser o guardião da Constituição, não pode utilizar de suas prerrogativas, de modo que suas interpretações do texto constitucional menosprezem os preceitos ali estabelecidos, até mesmo porque, os direitos fundamentais que

embasam a Carta Magna, são ao mesmo tempo, “parâmetros materiais e limites para o desenvolvimento judicial do Direito” (SARLET, 2005, p. 370).

Nessa mesma linha de raciocínio, demonstra Sarlet (2005, p. 370):

[...] a condição peculiar do Poder Judiciário, na medida em que, sendo simultaneamente vinculado à Constituição (e aos direitos fundamentais) e às leis, possui o poder-dever de não aplicar as normas inconstitucionais, revela que eventual conflito entre os princípios da legalidade e da constitucionalidade (isto é, entre lei e Constituições) acaba por resolver-se em favor do último.

Tal constatação torna-se mais evidente quando se verifica que a norma, sendo produto da interpretação dos dispositivos¹⁶¹, não pode em seu caráter abstrato e genérico ser incompatível com o ordenamento vigente, uma vez que isso seria considerar a norma de forma isolada, sem conexão com o restante do sistema, o que, por consequência, comprometeria sua eficácia, na medida em que o ordenamento jurídico insere-se como referência do parâmetro hermenêutico.

Nesse contexto o cumprimento dos fins estabelecidos pela norma jurídica, deve-se correlacionar com o texto constitucional, não apenas em razão de uma relação hierárquica, mas também em decorrência de uma afinidade no que concerne ao conteúdo, de maneira que as interações da Carta Magna com os demais elementos normativos do sistema possam atingir seu ápice, na compreensão de que a aplicação normativa deve partir dos princípios democráticos.

Caso a norma não tenha a sua incidência a partir de tais preceitos, surge a necessidade do controle de constitucionalidade do texto legal, por meio de instrumentos elucidativos que sejam adequados para demonstrar o alcance da extensão da inconstitucionalidade, mediante o reconhecimento dos direitos fundamentais materialmente abertos.

O fato de o Supremo não considerar no julgamento da ADPF 153 as disposições da Constituição atual, fez com o que a juridicidade da norma constitucional fosse comprometida e o caráter de imperatividade dos seus comandos¹⁶² fosse rebaixado a tão somente a previsões remotas que nada interferem na vida social. Em outras palavras: a

¹⁶¹ De acordo com a definição de Humberto Ávila (2006, p. 30) as normas “não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.

¹⁶² Conforme leciona Barroso (2003, p. 78) as normas constitucionais sendo uma espécie de um gênero maior que seriam as normas jurídicas, “conservam os atributos essenciais destas, dentre as quais a imperatividade”. Desse modo as normas constitucionais, de acordo com o que continua a explicar Barroso (2003, p.78), como qualquer outra norma, contêm uma prescrição, uma ordem, um mandamento com força jurídica e não apenas uma orientação moral.

decisão que julgou a ADPF 153 foi um total menosprezo as previsões constitucionais formais e materiais vigentes.

Tal fato torna-se mais evidente ao se verificar que a norma infraconstitucional quando não for compatível com os direitos fundamentais deverá ser declarada inválida em razão de sua eficácia negativa, que como lembra Barroso (2004, p. 378) autoriza que os efeitos identificados como violadores dos princípios constitucionais percam sua eficácia, ainda que a norma continue em vigor.

Outro ponto que não se pode deixar de destacar é que a necessidade de se conduzir a decisão judicial com base nos direitos fundamentais está no fato destes possuírem uma intensa vinculação com o princípio da dignidade humana. Na verdade, poderia se dizer, conforme ressalta Sarlet (2005, p. 125), que o princípio da dignidade humana é o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais constituem o próprio desdobramento da dignidade humana, que serve por sua vez, como a referência máxima na interpretação do ordenamento jurídico, não podendo, jamais, ser considerada de forma subsidiária.

Nesse passo os direitos fundamentais, que não se limitam ao que está previsto formalmente no texto constitucional, uma vez que abarcam aqueles estabelecidos pelos tratados internacionais, devem se configurar como o principal referencial hermenêutico do poder jurisdicional, ainda mais quando se trata da necessidade de se expurgar uma lei ou um entendimento legal que se contrapõe à dignidade humana.

Isso não quer dizer, no entanto, que o Poder Judiciário, tenha historicamente utilizado da referência dos direitos fundamentais como critério interpretativo na aplicação das normas jurídicas. Tal fator decorre da própria problemática da efetivação dos direitos fundamentais, que como ressalta Eric Hobsbawm (1996, p. 540) é oriunda do fosso existente entre ricos e pobres, que não se limita apenas na divisão entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, mas também se estende às gritantes diferenças econômicas entre as classes alta e baixa, como resultado da injusta distribuição de renda na economia interna dos Estados em desenvolvimento.

Considerando que a ditadura militar no Brasil foi imposta para defender os privilégios econômicos dos grupos dominantes, é inegável que o “fosso entre ricos e pobres” assinalado por Hobsbawm como empecilho a concretização dos direitos fundamentais, continuou a ser um problema no país após a volta do governo civil, haja vista que os tribunais continuaram a atuar na defesa dos interesses do capital, de maneira que os direitos fundamentais não conseguiram se firmar como referencial hermenêutico no proferimento de

decisões judiciais, principalmente aquelas que julgam ações que atacam diretamente os interesses de classe, como por exemplo, a ADPF 153 que está sendo analisada no presente trabalho.

3.5 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a aplicação do direito internacional pelos juízes e tribunais brasileiros

Perante o indeferimento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, vinculada a Organização dos Estados Americanos (OEA), decidiu em 24 de novembro de 2010 que a lei 6.683/79 é um empecilho à investigação das graves violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar. Essa decisão foi oriunda do caso Gomes Lund, que condenou o Brasil pelas práticas violadoras de direitos humanos cometidas pelo exército brasileiro contra a guerrilha do Araguaia durante a década de 1970¹⁶³. Tal julgado foi submetido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos à Corte internacional, pelo fato de que no Brasil, com o julgamento da ADPF 153, a punição dos agentes estatais ficou inviabilizada.

Diante tal situação, foi determinada pela referida Corte Internacional, que o Brasil investigasse as violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar, visto que a anistia extensiva aos agentes opressores do regime é incompatível com os princípios básicos que regem o Direito Internacional.

Em razão dessa decisão, surgiram inúmeras discussões sobre os efeitos de um julgado pelas Cortes internacionais em relação aos tribunais brasileiros. Dentre os que se manifestaram de forma contrária a isso, destacam-se o ministro Marco Aurélio Mello e os ex ministros do Supremo Tribunal Federal César Peluso e Nelson Jobim. Segundo Marco Aurélio Mello (apud GOMES, MAZZUOLI, p.51, 2011) o governo somente está submetido ao STF e não poderia jamais afrontá-lo para cumprir com a decisão da Corte da Organização dos Estados Americanos. Já para o ex ministro Peluso (apud GOMES, MAZZUOLI, p.50/51, 2011) tal decisão somente geraria efeitos no campo da Convenção Americana de Direitos Humanos, podendo inclusive o STF conceder *habeas corpus* a todos aqueles, que embora

¹⁶³Conforme ilustra Flávia Piovesan (2011, p.82), em sua histórica sentença “a Corte realçou que as disposições da lei de anistia de 1979 são manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos, nem para a identificação e punição dos responsáveis”. Além disso, como continua a explicar Piovesan (2011, p.82) a Corte, respaldada na jurisprudência internacional produzida pelos órgãos das Nações Unidas, enfatizou que leis de anistia relativas a graves violações de direitos humanos são incompatíveis com o Direito Internacional e as obrigações jurídicas contraídas pelos Estados.

anistiados, fossem processados. No mesmo sentido, o ex ministro Jobim (apud GOMES, MAZZUOLI, p.51, 2011) destacou que a decisão da Corte Interamericana é meramente política e sem qualquer efeito jurídico.

Todavia, sendo os direitos humanos o princípio básico dos Estados Democráticos de Direito, não parece que as posições manifestadas pelos mencionados ministros estejam em consonância com o disposto na Constituição Federal de 1988 e até mesmo com a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme será demonstrado em momento oportuno. Isso se torna mais evidente quando se trata da necessidade de processar e julgar os algozes de um regime extremamente brutal que violou gravemente preceitos básicos a serem observados em uma sociedade civilizada e que deixou por volta de 400 desaparecidos e mortos no Brasil (SANTOS, 2010, p. 33)¹⁶⁴.

3.5.1 O conflito entre o sistema dualista e o sistema monista adotado pela Convenção de Viena, e suas influências no ordenamento jurídico brasileiro

Com a entrada em vigor do Brasil da Convenção de Viena sobre os direitos dos tratados, o sistema brasileiro adotou o modelo baseado na codificação do direito internacional consuetudinário, de maneira que as leis internas de um país não podem permitir qualquer violação de um tratado internacional. Em face disso, poderia se dizer que no Brasil, atualmente se tem o chamado sistema monista, no qual o ordenamento jurídico vigente tem como base tanto as leis proferidas pelo direito interno, como aquelas oriundas dos tratados internacionais.

Nesse contexto, a premissa de que o ordenamento jurídico se caracterizaria por um modelo dualista - no sentido de que o direito interno não teria nenhuma vinculação ou relação com a ordem internacional, pelo fato de que cada um possui sua autonomia - parece cada vez mais ultrapassada, posto que, diante à adesão a Convenção de Viena torna-se nítido a adoção do sistema monista, uma vez que o direito brasileiro é uno e indivisível, de forma que os tratados em que o país é signatário também compõem o ordenamento vigente.

Perante essa perspectiva não seria correto dizer que não possui eficácia a decisão da Corte Interamericana que determinou que o Brasil investigasse e processasse os

¹⁶⁴ Apesar das cifras menores de mortos e desaparecidos em relação a outros países como a Argentina e Chile, as práticas violadoras de direitos humanos não podem ter sua gravidade reduzida a gráficos que expõem o número de vítimas. Desse modo, o que se pode concluir, é que as infrações cometidas pelo Estado brasileiro são tão graves como as que foram cometidas nos países vizinhos, o que gera a necessidade de punição para aqueles que praticaram tais condutas criminosas.

agentes da ditadura, uma vez que o país é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e como tal, deve cumprir suas disposições.

Salienta-se, que cada vez mais, os direitos humanos são analisados a partir de uma premissa globalizante, em que os tribunais internacionais possuem a possibilidade de proferir decisões que vinculem os Estados na obrigação do respeito à dignidade humana, como muito bem demonstra Habermas (1997, p.317):

A discrepancia entre o conteúdo dos clássicos direitos de liberdade, ou seja, direitos humanos, e a validade limitada de suas concretizações através do direito – que se restringem a um Estado nacional – revela que o “sistema dos direitos”, fundamentado discursivamente, ultrapassa o nível de um único Estado democrático de direito, tendo como alvo a globalização dos direitos. Kant já entrevira, com razão, que o conteúdo semântico dos direitos fundamentais exige um “estado cosmopolita” fundado no direito internacional. No entanto, para transformar a declaração dos direitos do homem, da ONU, em direitos reclamáveis não bastam os tribunais internacionais, pois estes só poderão funcionar adequadamente quando a era dos Estados soberanos singulares for substituída por uma ONU capaz, não somente de tomar resoluções, mas também de agir e de impô-las.

Em face de tal cenário torna-se imprescindível a construção do Estado democrático com observância aos preceitos internacionais que constituem a base dos direitos humanos e por consequência das previsões relativas aos direitos fundamentais. Sobre aspecto assinala Ferrajolli (2002, p. 46):

Repensar o Estado em suas relações externas à luz do atual direito internacional não é diferente de pensar o Estado em sua dimensão interna à luz do direito constitucional. Isso quer dizer analisar as condutas dos Estados em suas relações entre si e com seus cidadãos – as guerras, os massacres, as torturas, as opressões das liberdades, as ameaças ao meio ambiente, as condições de miséria e fome nas quais vivem enormes multidões de seres humanos –, interpretando-as não como males naturais, tampouco como simples “injustiças”, quando comparadas com uma obrigação utópica de ser moral ou política, mas sim como violações jurídicas reconhecíveis em relação à obrigação de ser do direito internacional vigente, tal como ele já está vergado em seus princípios fundamentais. Isso quer dizer, em poucas palavras, conforme a bela fórmula de Ronald Dworkin, “levar a sério” o direito internacional: e, portanto, assumir seus princípios como vinculadores e seu projeto normativo como perspectiva alternativa àquilo que de fato acontece, validá-los como chaves de interpretação e fontes de crítica e deslegitimização do existente; enfim, planejar as formas institucionais, as garantias jurídicas e as estratégias políticas necessárias para realizá-los.

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal ao entender que a decisão da Corte que determinou a investigação e a punição dos agentes que cometem crimes durante a ditadura não seria vinculante, na realidade, contrariou a própria jurisprudência construída pelos tribunais pátrios em relação ao assunto. A maior prova disso está no julgamento pelo próprio Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário 466.343/SP que foi ratificado com a Súmula Vinculante 25, que por sua vez estabeleceu a ilicitude da prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. Tal julgado teve como

referência os tratados internacionais de direitos humanos, mais precisamente o Pacto de São José da Costa Rica, que prevê em seu art. 7º, § 7º, que ninguém poderá ser detido em razão de dívida, salvo nos caso de inadimplemento de obrigação alimentar. Interessante observar que nesse julgado, o Ministro Gilmar Mendes agregou como fundamento a Convenção Americana de Direitos Humanos e, do mesmo modo, o ministro Celso de Mello, apesar de não ter reconhecido o caráter de supralegalidade dos tratados, conferiu a eles o seu valor constitucional (GOMES, MAZZUOLI, p.69, 2011).

Mais recentemente o ministro Celso de Mello, no exame de admissibilidade dos embargos infringentes da Ação Penal 470¹⁶⁵, deflagrada pelo “escândalo político” popularmente conhecido como “mensalão”, novamente ratificou sua posição no sentido de reconhecer a competência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação daquela Convenção, de maneira em que o Brasil por ter aderido ao Pacto de São José da Costa Rica, deverá se submeter às decisões provenientes dessa instância internacional.

Diante essa constatação, torna-se inegável que o ordenamento jurídico brasileiro assumiu a posição no sentido de reconhecer o direito internacional e, desse modo, como ressaltam Luiz Flávio Gomes e Valério Mazzuoli (2011, p. 69), a nova postura do STF adotada nesses julgados “finca suas raízes em novos tempos, em novos horizontes, em que a era da internacionalização dos direitos humanos já não pode ser (antiquadamente) ignorada”.

Esse contexto se manifesta pela própria superação dos conceitos tradicionais que visavam explicar a validade do ordenamento a partir de sua relação com o Estado sobre uma perspectiva limitada ao direito formalmente válido, de modo em que o poder estatal seria a única fonte a ser considerada, independentemente do direito internacional.

Com a crise do pensamento jurídico a partir de um viés unicamente estatal, vem à tona a existência da crise na própria esfera do Direito. Neste sentido, a partir dos conceitos elaborados pelo pensador norte americano Thomas Kuhn, a análise de direito como ciência, parte da perspectiva de que seu fundamento está estabelecido em paradigmas universalmente aceitos. Quando estes paradigmas se rompem há uma crise, o que gera por consequência um período de “turbulência e de anormalidade” atingindo, assim, o que se denomina de “ciência extraordinária” (KUHN apud FARIA, 2004, p.49/50). Entretanto, “a partir daí, outros paradigmas vão emergindo no horizonte científico e o processo em que eles aparecem e se consolidam constitui justamente o que Kuhn chama de revolução científica”

¹⁶⁵ Confira Ação Penal 470 – Supremo Tribunal Federal (STF)

(KUHN apud FARIA, 2004, p.49/50). Essa revolução científica somente termina quando surge um novo consenso que se impõe e instaura um novo paradigma, de maneira a estabelecer um novo “período de ciência normal” (KUHN apud FARIA, 2004, p.49/50).

Apesar da análise de Kuhn ser desenvolvida não sobre a perspectiva do direito como instrumento de dominação social, que ao que parece seria o mais adequado, e sim sobre a perspectiva do direito como ciência, os mantenedores do ordenamento jurídico, devem ao menos compreender que a própria complexidade do desenvolvimento social, e as novas realidades que surgem desse processo, exigem uma análise mais apurada de forma a se contextualizar o sistema, o que não pode excluir jamais as disposições relativas aos direitos humanos oriundas dos tratados internacionais. Isso deve ser considerado, até mesmo, para que o direito burguês não seja definitivamente implodido, haja vista que a incoerência total do sistema poderia gerar a sua ruptura, posto que seria o “ponto de partida” para os questionamentos sobre sua legitimidade.

Contudo, não se pode deixar de mencionar que a vinculação às Cortes internacionais, bem como dos tratados estabelecidos no plano externo, deve ser analisada sempre sobre a dimensão dos direitos humanos, uma vez que a relativização da soberania não é necessariamente do Estado em si e, sim dos direitos de cidadania, que deverão ser protegidos pela ordem internacional contra qualquer arbitrariedade do direito interno de um determinado país.

Logo o que se visualiza é consolidação de uma reengenharia estatal que observem os direitos humanos e por consequência os direitos fundamentais como ápice do ordenamento jurídico, tendo em vista que as políticas econômicas internacionais que impõem aos países mais pobres obrigações que sacrificam sua população, não podem utilizar dessa “brecha” de internacionalização de direitos para ao final violar a dignidade de um povo.

Nesse aspecto, como bem lembra Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2003, p.488), a competência dos tribunais internacionais e a legitimidade da aplicação do direito internacional devem sempre ser vislumbrados por critérios universais de cidadania e, dessa forma, as obrigações dos Estados derivadas do plano externo “deverão ser avaliadas pelos parâmetros da dignidade humana, afastando perspectivas estritamente técnicas e utilitaristas do melhor retorno econômico” (CRUZ, 2003, p. 488).

No que concerne do julgado da Corte Interamericana em relação ao Brasil, inegavelmente, esse parâmetro voltado aos direitos humanos foi devidamente observado, o que demonstra a incongruência do não cumprimento da decisão, tendo em vista que o país, além de ser signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, está sob a égide de um

modelo democrático-burguês, ainda que mantenha fortes traços do regime autoritário e os direitos de cidadania não tenham sido colocados em prática em detrimento dos privilégios dos grupos dominantes.

Torna-se claro, portanto, que não se pode simplesmente analisar a lei de anistia como algo “superado no passado” e que não caberia maiores discussões, pois isso seria negar o histórico de violência da ditadura militar que perseguiu inúmeros cidadãos e desarticulou violentamente todos os grupos que visavam à derrubada do governo autoritário¹⁶⁶.

Interessante observar que o art. 68, I do Pacto de São José da Costa Rica estabelece que os Estados signatários da Convenção deverão se comprometer a cumprir todas as decisões provenientes da Corte Interamericana, isto é, há um efeito vinculante nas decisões proferidas, caso o Estado seja parte na demanda.

Diante disso há uma necessidade de se resolver o conflito existente entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana no que se refere à interpretação da lei 6.683/79, posto que, do mesmo modo que a Corte está embasada pelo Pacto de São José da Costa Rica, o Supremo estaria respaldado no julgamento da ADPF 153, pelo art. 10, § 3º da lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999, que prevê que a decisão que julga Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

A primeira vista, o conflito entre o STF e a Corte Interamericana parece insolúvel, uma vez que, conforme lembra André de Carvalho Ramos (2011, p.216), ambos os tribunais tem a incumbência de defender os direitos humanos, devendo a via hermenêutica ser o meio para se buscar solucionar a divergência apontada.

Por derradeiro, Carvalho Ramos (2011, p. 217) demonstra dois métodos para que a via hermenêutica seja instrumentalizada, sendo o primeiro deles o método denominado de diálogo das cortes, que se trata de uma medida preventiva na qual busca-se conciliar as posições dos órgãos internacionais com os tribunais pátrios. No entanto, trata-se de uma medida bastante complicada, tendo em vista que não é possível obrigar os juízos naturais a seguirem estritamente as Cortes internacionais, posto que isso desnaturaria a independência funcional da magistratura (RAMOS, 2011, p. 217).

¹⁶⁶Dentre esses grupos, um dos que mais se destacaram, conforme expõe a obra organizada por Dom Paulo Evaristo Arns, “Brasil: nunca mais” (1990, p.111) foi o chamado Movimento Revolucionário 21 de Abril, também conhecido como MR-21, que teve sua origem em Uberlândia, Minas Gerais, a partir de um grupo de militantes vinculados ao jornalista Flávio Tavares do jornal “Última Hora”, que era considerado o porta-voz do “getulismo de esquerda”. No entanto entre julho e agosto de 1967, esse grupo foi localizado pelos órgãos de repressão e totalmente desarticulado quando ainda planejava iniciar treinamentos militares com vistas à eclosão de um futuro movimento de guerrilha na área do Triângulo Mineiro.

Já um segundo método, proposto por Carvalho Ramos (2011, p. 217) seria que diante a impossibilidade do diálogo da cortes, que fosse instaurada uma teoria de duplo controle ou crivo de direitos humanos, que reconheceria em separado, a função do Supremo Tribunal Federal, bem como dos demais juízos de exercerem o controle de constitucionalidade e a função dos órgãos de direitos humanos no plano internacional, que inclui a Corte Interamericana, cuja finalidade seria a de realizar o controle de convencionalidade. Esse duplo controle, como bem ressalta Carvalho Ramos (2011, p. 217) estabeleceria uma “verdadeira separação de atuações, na qual inexistiria conflito real entre as decisões porque cada Tribunal age em esferas distintas e com fundamentos diversos”.

Nesse aspecto demonstra Carvalho Santos (2011, p. 217/218):

De um lado, o STF que é o guardião da Constituição e exerce o controle de *constitucionalidade*. Por exemplo, na ADPF 153 (controle abstrato de constitucionalidade), a maioria dos votos decidiu que a anistia aos agentes da ditadura militar é a interpretação adequada da Lei de Anistia e esse formato amplo de anistia é que foi recepcionado pela nova ordem constitucional.

De outro lado, a Corte de San José é guardiã da Convenção Americana de Direitos Humanos e dos tratados de direitos humanos que possam ser conexos. Exerce, então, o controle de *convencionalidade*. Para a Corte Interamericana, a Lei de Anistia não é passível de ser invocada pelos agentes da ditadura. Mais: sequer as alegações de prescrição, *bis in idem* e irretroatividade da lei penal *gravior* merecem acolhida.

Em face de tal cenário o que se verifica é que a decisão da Corte Interamericana não se trata de uma afronta ao Supremo Tribunal Federal, mas sim do cumprimento do próprio ordenamento jurídico vigente, posto que o Brasil, até mesmo em razão do art. 7º do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) - que dispôs sobre a obrigatoriedade do país pela formação de tribunais internacionais de direitos humanos - não pode se esquivar de cumprir o determinado por uma jurisdição legítima, tendo em vista que caso isso continue a ocorrer perderia totalmente o sentido da garantia internacional dos direitos humanos, que o Estado brasileiro almejou assegurar com suas disposições legislativas.

3.5.2 O caráter supralegal dos tratados internacionais de Direitos Humanos no Brasil

Embora no julgamento da ADPF 153, os ministros do STF pouco tenham mencionado acerca da incidência dos tratados internacionais como referencial hermenêutico na interpretação da lei de anistia, de forma paradoxal, esse mesmo tribunal, já havia reconhecido anteriormente o caráter de supralegalidade dos tratados relativos aos direitos

humanos. Isso se deu no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP de 3 de dezembro de 2008, em que ao decidir pela impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, a maioria dos ministros, seguindo a posição de Gilmar Mendes, entendeu que os tratados de direitos humanos no âmbito internacional possuem uma natureza de supralegalidade, ou seja, apesar de estarem abaixo da Constituição tratam-se de normas hierarquicamente superiores as demais regras infraconstitucionais¹⁶⁷.

No entanto, esse entendimento que foi o que prevaleceu não se tratou de uma posição unânime, posto que, o ministro Celso de Mello, apesar de ter sido voto vencido, defendeu a tese de que tais tratados possuiriam a mesma índole e nível das normas constitucionais¹⁶⁸.

Diante disso, o que se vislumbra, é que os tratados de direitos humanos sempre deverão ser observados à luz das decisões judiciais, uma vez que tendo um caráter de supralegalidade reconhecido pelo Supremo, ou até mesmo de norma constitucional, conforme defendeu Celso de Mello, torna-se claro que não se tratam de regras comuns e sim da base de todo o ordenamento jurídico, haja vista que se caracterizam como o principal instrumento a ser utilizado na interpretação do direito posto.

Em face de tal contexto, torna-se imperioso afirmar que o Supremo Tribunal Federal, ao excluir a possibilidade de que fosse revista a interpretação da lei 6.683/79, mediante a aplicação direta dos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil é parte, agiu de forma seletiva, pois deixou de reconhecer sua própria posição quanto ao assunto, manifestada em julgados anteriores.

¹⁶⁷Porém, cabe ressaltar que somente os tratados internacionais de direito tributário, por força do art. 98 do Código Tributário Nacional e os tratados internacionais de direitos humanos poderão ser considerados normas supralegais, uma vez que os demais tratados, que não cuidam dessas matérias, são normas com valor legal, posto que “guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias no nosso sistema jurídico” (GOMES, MAZZUOLI, 2009, p.08/10). Salienta-se também que além do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, parte da doutrina encabeçada por Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Augusto Cançado Trindade, entre outros, reconhecem que esses tratados não teriam uma natureza supralegal, mas sim constitucional, de modo que suas normas estivessem hierarquicamente situadas no sistema no mesmo patamar que a Constituição (GOMES, MAZZUOLI, 2009, p.11/15). Outro posicionamento de destaque quanto à matéria, apesar da pouca adesão por parte da doutrina brasileira, é a de pensadores da área jurídica, como a de Celso D. Albuquerque de Mello, que defendem que os tratados internacionais de direitos humanos possuem um caráter supraconstitucional, uma vez que prevaleceriam sobre a própria Constituição (GOMES, MAZZUOLI, 2009, p.15).

¹⁶⁸Contudo, vale ressaltar, que apesar de o ministro Celso de Mello ter sido voto vencido, quanto ao entendimento de que os tratados de direitos humanos, em que o Brasil é parte, possuem a mesma natureza de norma constitucional, verifica-se a possibilidade, conforme previsto no art. 5º, § 3º da Constituição Federal, de que esses tratados possam ser considerados como equivalentes a emenda constitucional, desde que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

O próprio ministro Gilmar Mendes que no julgamento da ADPF 153 votou de forma contrária a uma nova interpretação da lei de anistia, não manteve a coerência de seu posicionamento anterior, que inclusive se manifesta em sua obra “Curso de Direito Constitucional”¹⁶⁹, ao defender que a visão da supralegalidade do Direito Internacional de Direitos Humanos estaria amparada em vários dispositivos constitucionais, como os arts. 4º e 5º, §§ 2º, 3º e 4º (BRANCO, COELHO, MENDES, 2007, p. 663).

A incoerência demonstrada pelos ministros do Supremo expõe ainda mais a incongruência da decisão judicial que indeferiu a ADPF 153, principalmente pelo fato de que houve a dispensa da aplicação de regras que são consideradas imprescindíveis para a base do sistema. Somente para ilustrar melhor a situação, em razão da indisponibilidade dos direitos humanos e do princípio da irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente, não podem os Estados, sequer, denunciar os tratados referentes a essa matéria de maneira a deixar de se compor como partes da convenção ratificada, tampouco, poderão excluir de suas decisões judiciais a incidência de tais tratados, quando o litígio recair sobre a questão da dignidade humana. É o que inclusive demonstra Fábio Konder Comparato (2004, p. 65/66):

A consciência ética coletiva, como foi várias vezes assinalado aqui, amplia-se e aprofunda-se com o evolver da História. A exigência de condições sociais aptas a propiciar a realização de todas as virtualidades do ser humano é, assim, intensificada no tempo, e traduz-se, necessariamente, pela formulação de novos direitos humanos. É esse movimento histórico de ampliação e aprofundamento que justifica o princípio da irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente, isto é, do conjunto dos direitos fundamentais em vigor. Dado que eles se impõem, pela sua própria natureza, não só aos Poderes Públicos constituídos em cada Estado como a todos os Estados no plano internacional, e até mesmo ao próprio Poder Constituinte, à Organização das Nações Unidas e a todas as organizações regionais de Estados, é juridicamente inválido suprimir direitos fundamentais, por via de novas regras constitucionais ou convenções internacionais.

Uma das consequências desse princípio é a proibição de pôr fim, voluntariamente, à vigência de tratados internacionais de direitos humanos. Em particular, o Estado-Parte, num tratado que tenha como objeto, total ou parcial, a declaração de direitos humanos ou a regulação de garantias fundamentais, não pode denunciá-lo, nem mesmo com a aprovação do ato de denúncia pelo órgão ratificador. A exigência de aprovação parlamentar prévia da denúncia de um tratado internacional a ser feita pelo Chefe de Estado, embora não exigida pela generalidade das Constituições vigentes, nada mais é, afinal, do que a aplicação do princípio da paridade de forma para os atos de constituição e extinção de uma relação jurídica (convencional ou não). Ora, o poder de denunciar uma convenção internacional só faz sentido quando esta cuida de direitos disponíveis. Em matéria de tratados internacionais de direitos humanos, não há nenhuma possibilidade jurídica de denúncia, ou de cessação convencional da vigência, porque se está diante de direitos indisponíveis e, correlativamente, de deveres insuprimíveis.

Como extensão do princípio irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente, o ordenamento jurídico vigente deve observar também o princípio da

¹⁶⁹ Obra escrita por Gilmar Mendes em parceria com Inocêncio Martires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco.

complementaridade solidária dos direitos humanos, que obriga os Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, a promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais (COMPARATO, 2004, p.67).

Por isso a inegável importância dos tratados internacionais de direitos humanos como referência principal das decisões judiciais que envolvem essa matéria, já que seu caráter de supralegalidade, atualmente reconhecido pelo próprio STF, não poderia jamais ser excluído como o foi na decisão que indeferiu a ADPF 153.

Considerar os tratados internacionais de direitos humanos trata-se de critério essencial no proferimento das decisões judiciais, tanto pelo fato do reconhecimento de um direito supranacional que vai além da competência dos Estados para reger a matéria como também pela própria preocupação ética que o poder judicial deve prezar. Perante essa nova realidade, o magistrado não pode deixar de conceber determinados princípios, principalmente o da dignidade humana, de forma a contextualizar o caso em apreço às normas gerais do ordenamento vigente. Sobre aspecto, expõe Antonie Garapon (2001, p.238):

Os interesses da justiça não são mais, como antigamente, garantidos pelo juiz através da simples intermediação de uma regra de direito, mas sim mantendo com a realidade apresentada uma relação nova, mais concreta e preocupada com certos princípios. O juiz deve dar um sentido concreto aos princípios em cada situação.

A partir dessa perspectiva, não poderia os ministros do Supremo simplesmente se conformar com o entendimento original da lei de anistia, até porque, é imprescindível que nos tempos atuais, o juiz não se contente em apenas aplicar a lei, mas também, deve ele “verificar sua conformidade a um direito superior que esses princípios encerram” (GARAPON, 2001, p. 41).

Contudo, infelizmente, conforme se demonstrou no julgamento da ADPF 153, não é a realidade que se verifica no Brasil, cujas instituições corrompidas pelos interesses dominantes seguem a mesma lógica das demais oligarquias latino-americanas que, conforme ressalta Comparato (2004, p. 367), com um forte auxílio de propaganda, “têm manifestado nos últimos tempos grande proficiência na manipulação, em seu benefício, dos mecanismos formais do regime democrático”.

3.5.3 A imprescritibilidade dos crimes contra os Direitos Humanos

Conforme já mencionado anteriormente, no julgamento da ADPF 153 entre os fundamentos que foram utilizados para indeferir a demanda foi o reconhecimento de parte dos

ministros, dentre eles César Peluso, da prescrição punitiva dos delitos cometidos durante a ditadura militar pelos agentes da repressão. Entretanto, ao que parece, tal fundamentação não seria correta, posto que, sendo o Brasil signatário de inúmeros tratados internacionais, é irrefutável que o país estaria inserido “em diversos sistemas de proteção dos direitos humanos, os quais não estabelecem prescrição para os crimes contra a humanidade” (BARBOSA, VANUCHI, 2009, p.65).

Porém, para entender o significado da imprescritibilidade de tais delitos, deve-se antes compreender a definição do instituto jurídico da prescrição, que no âmbito civil, de acordo com o que ensina Fredie Didier Jr. (2009, p.557) “encobre a eficácia de determinada pretensão, em razão do não exercício dela em determinado lapso de tempo”, enquanto que na esfera penal corresponde à “perda do direito de punir pela inércia do Estado, que não o exercitou dentro do lapso temporal previamente fixado” (PRADO, 2002, p. 641).

Portanto trata-se de uma regra voltada ao direito material, que impede, no caso do âmbito penal, que o agente causador da conduta criminosa responda eternamente por aquilo que praticou, até porque, não seria correto que o Estado, depois de anos do cometimento do delito, privasse a liberdade de uma determinada pessoa, por algo que já não faz mais sentido punir.

No entanto, isso não quer dizer que todos os crimes sejam passíveis de prescrição, tendo em vista que a gravidade repulsiva da ofensa poderá impedir o esquecimento, por parte da sociedade, do delito praticado, o que por consequência irá gerar a necessidade de processar e julgar o agente criminoso, já que não se pode também permitir que seja criada uma sensação de impunidade diante da conduta contrária ao ordenamento vigente. A prova disso está na própria Constituição Federal de 1988, que no artigo 5º e incisos XVII e XLIV prevê como imprescritíveis os tipos penais provenientes da prática de racismo e de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático.

Além dessas possibilidades previstas expressamente pelo texto constitucional, cabe salientar, que outra modalidade de prática delituosa que deve ser considerada imprescritível são os denominados “crimes contra a humanidade”, que se caracterizam por serem condutas de alta gravidade cometidas em detrimento dos direitos humanos.

No âmbito do direito internacional a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade foi prevista pela primeira vez na Declaração de Moscou de 30 de outubro de 1943 e no Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945. Após a 2ª Guerra Mundial, com o receio de que as condutas praticadas naquele período tivessem sua punibilidade comprometida pela prescrição, foi adotada por meio da Resolução 2.391 de 26 de novembro de 1969 da

Assembléia Geral da ONU, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade.

Embora não tenha sido ratificada pelo Brasil, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade se consolidou no costume internacional, de maneira que mesmo o país não sendo signatário do tratado, estará obrigado a cumpri-lo, tendo em vista que o valor da dignidade humana estaria sobreposto, inclusive, à soberania dos Estados. Todavia, independentemente disso, deve-se ressaltar que o Estado brasileiro, em momento posterior, mais precisamente no ano de 2002, ratificou o Estatuto de Roma, que estabeleceu o Tribunal Penal Internacional, bem como a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade.

Diante desse contexto, torna-se claro que a fundamentação utilizada por parte dos ministros do STF, de que as condutas praticadas pelos agentes de repressão durante o regime militar estariam prescritas, parecem totalmente infundadas, haja vista que a sistemática do direito internacional, sendo uma complementaridade do direito interno, já reconheceu a imprescritibilidade de tais tipos penais.

Vale destacar, que os crimes praticados pelos agentes de repressão, durante o regime militar no Brasil, são inegavelmente crimes contra a humanidade, tendo em vista que se introduzem, indiscutivelmente, no rol de tipos penais dispostos no art. 7º do Estatuto de Roma, cuja previsão identifica quais modalidades delituosas se inserem nesse contexto. É o que disserta Ivan Luís Marques (2011, p. 143):

O conceito tipificado do crime contra a humanidade precisa descrever as condutas e, diante da gravidade de sua prática, as maléficas consequências daí decorrentes.

Também relevante o respeito ao princípio da legalidade, em especial a taxatividade. Conceitos, condutas e consequências, assim, formam o conjunto necessário para a existência, vigência e validade de um rol de crimes contra a humanidade no cenário jurídico.

Todos esses requisitos de atividade de construção de atos normativos em matéria penal podem ser encontrados no Estatuto de Roma. Os verbos localizam-se no art. 7º do Estatuto de Roma do TPI: “Art. 7º Crimes contra a humanidade. 1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘crime contra a humanidade’, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de *apartheid*; k) Outros atos

desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental".

Respeitando a melhor técnica legislativa do princípio da taxatividade, no item 2 do mesmo art. 7º, temos o conceito de cada uma das condutas explicitadas: (a) "ataque contra uma população civil" - qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política; (b) "exterminio" - sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população; (c) "escravidão" - o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças; (d) "deportação ou transferência à força de uma população" - deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional; e) "tortura" - ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas; f) "gravidez à força" - privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez; g) "perseguição" - privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa; h) "crime de *apartheid*" - ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime; i) "desaparecimento forçado de pessoas" - detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

Perante o rol supramencionado se verifica que fica fulminada qualquer objeção em relação a considerar os crimes praticados durante a ditadura como crimes contra a humanidade, posto que, poderiam, respeitada a devida razoabilidade e proporcionalidade, serem equiparáveis às práticas delituosas realizadas pelos mais brutais regimes totalitários, como o nazismo e o fascismo. Por consequência a imprescritibilidade dessas condutas também não poderia mais ser alegada, até porque, tal entendimento já está consolidado no ordenamento jurídico internacional.

Ainda que se considerasse que tais crimes cometidos pelos agentes da repressão não sejam crimes contra a humanidade (hipótese essa que se mostraria como uma verdadeira aberração jurídica), nota-se que muitos dos delitos praticados, como, por exemplo, o desaparecimento forçado de pessoas, se caracterizam como crimes permanentes, logo não se pode de forma alguma contabilizar a prescrição em tais hipóteses, uma vez que tal modalidade delitiva se prolonga no tempo e, enquanto perdurar, não se diz que a conduta foi finalizada.

Por essas razões, a fundamentação com base na prescrição como excludente da pretensão punitiva do Estado em relação aos agentes da ditadura mostra-se totalmente desconexa do previsto pelo ordenamento vigente, pois tal posicionamento se contrapõe a princípios básicos da ordem constitucional, bem como aos princípios que regem o direito internacional.

3.5.4 A problemática da irretroatividade da lei penal e o início da entrada em vigor dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil

Outro fundamento que se mostra totalmente infundado e que foi utilizado por uma parcela dos ministros do Supremo Tribunal Federal que indeferiram a ADPF 153, é que o Brasil mesmo tendo se tornado parte de tratados de direitos humanos que reconhecem a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade (como o Estatuto de Roma), não poderia utilizá-los para justificar a abertura de processos criminais contra os agentes da ditadura, posto que, o país somente se tornou signatário de tais Convenções depois do fim do regime militar, o que impediria que houvesse a retroatividade dos seus efeitos, posto que, não poderiam retroagir com o fim de prejudicar os réus.

A base dessa fundamentação estaria na previsão do art. 5º, XL da Constituição Federal que estabelece em seu texto que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Nessa mesma posição, foi defendido por parte dos pensadores da área jurídica, como por exemplo, Lauro Joppert Swensson Júnior (2010, p. 43) a impossibilidade de aplicação da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que esta, nos termos do Decreto nº 4.463, somente poderia incidir em relação aos fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

Acontece que em relação à irretroatividade da lei penal, deve-se lembrar que entre 1964 a 1985, quando ocorreram os crimes praticados pelo regime militar, já vigoravam na ordem jurídica internacional as previsões de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e, como se tratavam de normas oriundas do costume internacional, que são as chamadas normas de *jus cogens*, mesmo o Brasil não sendo formalmente parte desses tratados, já se submetia a eles, uma vez que por serem questões relativas a direitos humanos, nesse aspecto, se relativiza a soberania estatal. Logo não há que se falar em aplicação retroativa da lei penal, tendo em vista que já se encontravam em vigor à época dos crimes.

No que concerne aplicação dos efeitos da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, somente em relação aos fatos ocorridos após 10 de dezembro de 1998,

trata-se de outro argumento que não pode prosperar, já que mesmo tendo previsão expressa no Decreto nº 4.463, a base para a instauração de processos e a consequente condenação dos agentes da ditadura, está devidamente conferida em outros tratados vigentes na época dos fatos, como, por exemplo, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, cuja incidência se dá em razão do costume internacional.

Ressalta-se que o fato de o país se tornar signatário ou não de tratados internacionais de direitos humanos é mera formalidade, que não pode ser sobreposta ao interesse maior que é o respeito à dignidade humana. Diante disso, mesmo que o país ainda não tenha formalmente acordado o tratado, isso não justifica que possa desrespeitar qualquer regra atinente aos direitos humanos, sendo que se o fizer, deverá os responsáveis ser devidamente penalizados, após a instauração de processos com todas as garantias asseguradas¹⁷⁰.

Em face disso a inércia por parte de membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e das autoridades policiais, também poderia gerar a responsabilização perante os órgãos internacionais, já que possuem a responsabilidade de instaurar a persecução penal, nos mais variadas situações. Aliás, a própria inércia da defensoria pública poderia também provocar responsabilidade, tendo em vista que há precedente nesse sentido julgado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, como, por exemplo, o caso Roberto Moreno Ramos vs. Estados Unidos, em que a Corte declarou que o Estado não garantiu um juízo justo a vítima, na medida em que o advogado dativo designado pelo tribunal não esgotara todas as possibilidades de defesa (BERNARDES, 2004, p.151).

Por essas razões, torna-se imprescindível a instauração de processos penais capazes de promover a condenação dos membros que atuaram em favor do regime militar praticando inúmeras condutas delituosas, até mesmo porque, como bem ressalta Márcia Nina Bernardes (2004, p. 151) a obrigação de punir os perpetradores dessas transgressões toca diretamente em competências de atores jurídicos, que apesar de executarem funções essenciais a justiça, transformam-se eles próprios, diante suas inéncias, em violadores de direitos humanos.

¹⁷⁰ Apenas para exemplificar melhor essa situação, caso um país praticasse crimes contra a humanidade, como se verifica em determinadas ditaduras africanas e asiáticas, se a exigência a adesão formal aos tratados de direitos humanos fosse um requisito necessário para a punição dos agentes causadores dos crimes, nunca haveria a possibilidade de instauração de processos, tendo em vista que, os delitos praticados poderiam ser impedidos de condenação, pelo simples fato desses países não comporem essas Convenções. Seria a sobreposição de uma mera formalidade em detrimento da proteção à dignidade humana.

3.5.5 As normas de *jus cogens* e a sua supremacia na ordem internacional

Cumpre demonstrar que na ordem jurídica internacional, durante o período do governo militar, já vigorava a noção de imprescritibilidade de crimes contra a humanidade, o que compõe o chamado *jus cogens* internacional, uma vez que muitos dos referidos tratados de direitos humanos são anteriores aos fatos ocorridos (SANTOS, 2010, p.130).

Sendo normas de *jus cogens*, pode-se dizer que, a partir do costume internacional já vigoravam antes mesmo de o Brasil se tornar formalmente signatário. Observa-se ainda que as normas de *jus cogens* se caracterizam por estarem no ápice do direito internacional (MAZZUOLI, 2007, p.119) e, dessa forma, devem ser respeitadas, pois sendo peremptórias, não admitem que haja colisão de atos praticados com os seus preceitos.

Outrossim, é o que expõe TRINDADE (1999, p.417):

[...] as práticas de tortura e dos desaparecimentos forçados de pessoas, as execuções sumárias e extra-legais, e a denegação persistente das mais elementares garantias do devido processo legal, afrontam a consciência jurídica universal, e efetivamente colidem com as normas peremptórias do *jus cogens*.

Porém, o que torna interessante no julgado da ADPF 153 é que a partir das declarações dos ministros do STF, verifica-se uma posição adepta do dualismo jurídico, uma vez que ao negarem o reconhecimento de tratados internacionais de direitos humanos, como normas de *jus cogens*, capazes de vincular países, que inclusive não são signatários desses tratados, fundamentam sua decisão no sentido de declarar a impossibilidade de revisão da lei de anistia.

Essa premissa adotada pelo Supremo Tribunal Federal, de um ordenamento dualista, no qual a ordem internacional seria uma mera convencionalidade, na verdade se mostra mais antiquada do que o próprio sistema do monismo jurídico, uma vez que, deixa de reconhecer até mesmo o direito internacional, somente conferindo legitimidade, validade e eficácia ao direito no plano interno.

Ressalta-se que atualmente, o reconhecimento do direito internacional de direitos humanos sobrepõe à autonomia e a vontade dos Estados, de maneira em que as normas de *jus cogens* passam a prevalecer sobre as demais normas, sejam estas provenientes de outros tratados internacionais, como também as oriundas do direito interno de cada país.

Diante disso, o caráter imperativo concedido as normas de *jus cogens* de direitos humanos impede que seja afastada a sua incidência e, desse modo, por manifestar valores fundamentais de toda a comunidade internacional, não poderia jamais ter sido rejeitada no julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal, que preferiu adotar

uma postura contrária ao entendimento contemporâneo do reconhecimento ao direito internacional costumeiro, mantendo, assim, a validade integral de uma legislação extremamente anacrônica, cujas previsões são totalmente desconexas com os preceitos básicos de um Estado democrático.

3.6 A participação dos atores coletivos no processo de construção da justiça transicional

O processo de transição da década de 1980, apesar da reivindicação dos movimentos sociais pela democratização brasileira, não permitiu que houvesse uma atuação mais ampla dos setores que representavam as camadas populares, o que acabou por influenciar na decisão do julgamento da ADPF 153, que desconsiderou qualquer análise crítica no sentido de reconhecer que não houve pacto conciliatório na entrada em vigor da lei de anistia, mas sim uma imposição pelo regime fardado, que visava impedir a instauração de processos criminais contra seus agentes.

Não obstante isso se torna, porém, necessário a identificação desses movimentos, de modo a estabelecer parâmetros com a finalidade de expor à atuação relevante, no aspecto sócio-político que legitime tais grupos, como representantes, além da esfera institucional, dos interesses daqueles que se encontram as margens da sociedade na construção da democracia do país.

Tal fato deriva da própria sistemática oriunda de um processo democratizante legítimo em que se tem na participação dos movimentos sociais, os protagonistas de uma nova ordenação jurídica, que faz com o que se constate que sua abrangência provém da “dialética de sua historicidade, que constrói uma nova identidade coletiva”, e que, faz emergir uma “vontade comunitária” (WOLKMER, 1994, p. 125). No que concerne a essa questão, salienta Wolkmer (1994, p. 109):

O surgimento nas sociedades capitalistas (tanto centrais quanto periféricas) das múltiplas modalidades de ações coletivas de massa, bem como as inúmeras interpretações e a ampla literatura sócio-política dos anos 70 e 80 sobre a significação dos chamados “novos movimentos sociais” obriga de início, a fixar um parâmetro demarcador que permita uma real apreensão da especificidade do objeto analisado. Deste modo, para uma melhor precisão técnica, não se examinarão todas as manifestações tradicionais que possam ser qualificadas de movimentos sociais. Por consequência, opta-se por um certo tipo específico de movimentos sociais cunhados pelos modelos teóricos mais recentes de “novos movimentos sociais”. É sobre esses “novos movimentos sociais” (doravante denominados simplesmente como movimentos sociais) que se reconhecerá a capacidade de se tornarem novos sujeitos históricos legitimados para a produção legal não-estatal. Todavia, a singularidade de um recorte implica no estabelecimento objetivo e sistemático de características comuns e ideais. Um conjunto de características sobre os movimentos sociais, enquanto paradigma de uma nova cultura político-jurídica, deve

necessariamente passar, como assinala Claus Offe, pela apreciação de vários requisitos, como o “conteúdo”, “valores”, “formas de ação” e “atores sociais”.

Basta observar que as poucas e limitadas conquistas que se verificam na constituinte de 1988 derivam do debate público que permitiu, ainda que restrito, a propositura de emendas populares, de maneira em que, como bem explica Herkenhoff (2004, p. 136/137), “corporificaram as aspirações nacionais contemporâneas” e possibilitou concluir que tais previsões “apontam no sentido de uma cultura de Cidadania e dos Direitos Humanos”. Foram essas emendas que traduziram os grandes temas elencados pela Constituição, como os direitos ao idoso, os direitos da criança, o zelo pelos adolescentes, os direitos das mulheres, os direitos dos trabalhadores, entre tantas outras previsões que poderiam ser mencionadas (HERKENHOFF, 2004, p. 136).

É diante dessa perspectiva, que os atores sociais, representados por grupos e movimentos que defendem os interesses do povo, é que permitem o exercício do poder estatal em termos democráticos, sem que haja o prevalecimento de concepções autoritárias¹⁷¹, que obstaculizam a soberania popular.

Mais do que isso, os movimentos sociais, diante as experiências das condições históricas, reavivam e identificam os interesses comuns, de maneira que se constituem como “um agente ativo na formação social” e, mesmo sobre a “estrutura já dada” se produzem pela interação e luta de classes (SADER, 1988, p.44/45). Por essa razão que tais movimentos, não podem ficar reduzidos a um grupo de natureza puramente intelectual, tendo em vista que as idéias ali representadas correspondem tanto à manifestação como a produção de novos padrões de práticas coletivas (SADER, 1988, p.34).

A ausência uma participação mais ampla dos atores coletivos na transição brasileira, foi o que culminou na impossibilidade de punição dos agentes estatais, até porque, os sujeitos representativos dos interesses populares estavam extremamente fragmentados diante as perseguições constantes que ocorreram durante a ditadura.

Contudo, mesmo após a redemocratização, não houve grandes avanços no sentido de incluir os movimentos sociais mais representativos nas grandes decisões que envolvem o Estado, mesmo porque, isso envolveria a cessão de espaços de poder e o

¹⁷¹“Neste espaço de sociedades divididas em estratos sociais com interesses profundamente antagônicos, instituições político-jurídicas precárias, emperradas no formalismo burocrático e movidas historicamente por avanços e recuos na conquista de direitos, nada mais significativo do que constatar que o pluralismo dessas manifestações por “novos” direitos é uma exigência contínua da própria coletividade frente às novas condições de vida e às crescentes prioridades impostas socialmente” (WOLKMER, 1994, p.144).

rompimento com políticas tradicionais baseadas no clientelismo e no “cabresto”. Sobre esse aspecto pondera Pedro Jacobi (1987, p.15):

O incremento da participação popular pelos governos eleitos democraticamente é pouco significativo, sendo que a estrutura de relações de poder em quase nada se modificou. Este fato talvez encontre uma explicação mais perceptível se pensarmos nos processos de articulação social que definem as candidaturas dos prefeitos da grande maioria das cidades brasileiras e que tem como reflexo mais direto a despolitização da gestão e a manutenção das formas tradicionais de governo.

Inevitavelmente, a manutenção dessa estrutura retrógada tende a se manifestar não somente nas bases políticas parlamentares e executivas, uma vez que tal realidade se estende ao Poder Judiciário, que se torna o “principal porta voz” da perpetuação dessa lógica de controle social, mediante a prerrogativa de suas funções jurisdicionais. Perante esse contexto, conforme bem asseverou José Geraldo de Sousa Júnior (1996, p. 93/94), se originam dois aspectos paradoxais, nos quais, de um lado se tem “a emergência valorativa de uma concepção de direito, que se apóia na idéia do direito livre, isto é, na idéia de que não é o Estado que cria o direito, mas que é a sociedade que o produz” e, por outro lado, a visão do direito legal, proveniente da cultura legalista dos juristas que valorizou intensamente o plano das leis, de modo que se estabeleceu a prevalência da legalidade sobre a juridicidade.

Todavia, é com a idéia do “direito livre” que se consolida o viés democrático, pois é este direcionamento que “ressalta a relevância de se buscarem formas plurais de fundamentação para a instância da juridicidade, contemplando uma construção comunitária solidificada na plena realização existencial, material e cultural do ser humano” (WOLKMER, 1994, p. 144).

Essa nova fisionomia conferida à atuação dos movimentos sociais, por meio do reconhecimento ao direito livre, é imprescindível para a abertura do debate acerca da lei de anistia no Brasil, posto que, traz aos sujeitos coletivos a responsabilidade de liderarem um novo processo de construção democrática, cujo ponto de partida estaria na punição dos criminosos que atuaram sob o manto do poder estatal na ditadura militar.

Por derradeiro, para que a ampliação da discussão sobre a anistia se torne eficaz, não se pode entender que a contenda que tratou a ADPF 153 esgotou-se na instância judicial, - conforme tentou estabelecer determinados ministros do Supremo Tribunal Federal - , tendo em vista que a ausência de participação popular no debate expõe uma extensão do autoritarismo vigente nos anos em que os militares tiveram no poder. No entanto, é imprescindível que as lideranças dos movimentos sociais, que por sua vez se constituem como os principais atores coletivos da sociedade, estejam comprometidas com a causa de se revisar

a lei de anistia, não permitindo que suas demandas sejam separadas da necessidade de se processar e punir os agentes que atuaram, de forma criminosa, em favor do governo fardado.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto no presente trabalho, que não pretendeu esgotar o tema relacionado às políticas transicionais que ocorreram no Brasil durante a década de 1980, verifica-se a necessidade de se revisitar os critérios bem como as condicionantes e motivadores históricos que conduzem os métodos hermenêuticos da Lei 6.683/79, que, por sua vez, é interpretada no sentido de que teria concedido anistia tanto para aqueles que se opuseram ao regime militar, como também para aqueles que o apoiaram.

Diante disso, observa-se que o estudo realizado teve como intuito expor a construção de um novo modelo de políticas transicionais, que sejam capazes de romper de maneira definitiva com a herança autoritária deixada pelo regime ditatorial, mesmo após o retorno das eleições diretas ao país.

O ponto de partida dessa análise se dá com o julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal, que ao decidir pela improcedência da demanda, manteve na íntegra, a interpretação da lei de anistia, de maneira a beneficiar todas as autoridades que cometiveram crimes de natureza comum contra os opositores da ditadura militar.

A partir do julgamento da ADPF 153, até mesmo pelas razões técnicas totalmente infundadas apresentadas pelos ministros do Supremo, verifica-se que o Judiciário não se trata da via mais adequada para exaurir o debate da justiça transicional, tendo em vista que se configura como um Poder historicamente conservador e que sempre atuou em prol das elites.

No entanto, a importância do julgamento da ADPF 153 está na ampliação do debate acerca da lei de anistia e na demonstração real de como os poderes no Brasil sempre atuaram em favor dos grupos dominantes, uma vez que confirmou o processo histórico de transições ocorridas no país, que nunca romperam em definitivo com o sistema anteriormente imposto.

Considerando-se que a ditadura militar foi um regime estabelecido para o fortalecimento econômico e político dos grupos dominantes, a revisão da lei de anistia, necessariamente, esbarra na questão da luta de classes, o que implica no enfrentamento de certas demandas que ainda não foram devidamente debatidas, como por exemplo, o controle econômico de determinados grupos na condução das políticas estatais.

Nesse sentido, torna-se imprescindível que haja um envolvimento mais amplo dos mais variados setores populares nessa discussão, de forma em que os movimentos sociais

e os demais atores coletivos defendam a necessidade de se revisar a lei de anistia, haja vista que se trata de uma condicionante na consolidação da democracia brasileira.

Para isso, é indispensável que se construa um novo paradigma de processo transicional em que haja o preenchimento pleno de todas as dimensões voltadas à justiça de transição e, sobretudo, ao resgate da verdade e da memória, de forma a cristalizar o posicionamento favorável a instauração da persecução penal contra os agentes de repressão.

Em relação às dimensões da justiça de transição, ainda que se verifique a possibilidade de parte delas serem preenchidas, não parece apropriado que as demais não sejam desenvolvidas, tendo em vista que caso somente fossem trabalhadas parcialmente, isso, inevitavelmente prejudicaria a construção de um processo transicional apto a consolidar novos preceitos democráticos.

Do mesmo modo, a construção da memória e da verdade exige um método adequado que consiga ao mesmo tempo resgatar os arquivos da ditadura e construir uma memória social justa, capaz de romper com as chamadas estruturas herdadas de percepção mediante o desenvolvimento das memórias heterogêneas, pelas quais todos aqueles excluídos da justiça transicional passam também a serem considerados, até mesmo porque, não se pode afastar do espaço público os sujeitos diretamente vitimados pela ditadura. Apesar de algumas medidas terem sido tomadas no Brasil nesse sentido, como por exemplo, a criação da Comissão Nacional da Verdade pela lei 12.528 de 2011, tal processo ainda se mostra incipiente, porquanto está eivado de limitações que impedem uma construção mais ampla da verdade e da memória acerca dos fatos ocorridos durante o regime militar.

Infelizmente, o Brasil encontra-se extremamente atrasado em relação aos países vizinhos, como Chile, Uruguai e, sobretudo a Argentina, no que tange ao desenvolvimento de uma justiça transicional mais ampla, com capacidade de resgatar a memória e a verdade e simultaneamente instaurar processos em detrimento dos agentes de repressão. O motivo técnico disso encontra-se em uma forte resistência ao reconhecimento da aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos para fundamentar a persecução penal contra os membros da ditadura.

Todavia, conforme lembra Santos (2010, p. 293), há uma posição pacificada do sistema universal e do sistema interamericano de direitos humanos de considerar que as leis de autoanistia são violadoras de tratados internacionais, o que as tornam incompatíveis com a construção de um regime democrático. Em consequência disso, é inevitável que o ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que não tenha aderido formalmente aos tratados de direitos humanos durante a ditadura, reconheça a incidência do direito internacional, de

maneira a estabelecer a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade cometidos pelo regime militar, bem como a punição dos seus agentes.

O reconhecimento da incidência de tratados internacionais de direitos humanos no julgamento da ADPF 153 decorre do fato de que tais elementos normativos se situam no ápice do direito internacional, uma vez que se tratam de normas de *jus cogens*, isto é, são normas oriundas do costume internacional, que devem ser reconhecidas independentemente do país ter formalmente se tornado parte ou não do tratado. Por essa razão, não se deveria jamais entender que a punição dos agentes da ditadura violaria a disposição constitucional do art. 5º, inciso XL, que estabelece a irretroatividade da lei penal menos benéfica ao réu, haja vista que, os tratados de direitos humanos já vigoravam no plano internacional durante o período do regime militar, não podendo, portanto, serem descartados.

Considerando que os tratados de direitos humanos relativizam a soberania estatal, não pode o Supremo Tribunal Federal se esquivar da sua responsabilidade em aplicar tais dispositivos, mediante a alegação de que somente seria válido, ao caso em estudo, o direito interno. Tal entendimento prejudica a proteção do cidadão e, por consequência, gera insegurança jurídica, uma vez que vai a contraposição ao ordenamento internacional, cuja finalidade maior deve ser de garantir a segurança do individuo contra os abusos da autoridade estatal.

Além disso, não seria correto entender que a lei de anistia seria extensiva aos agentes da ditadura, tendo em vista que estes não praticaram crimes políticos ou conexos a estes, mesmo porque os delitos dessa natureza são analisados preponderantemente pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da denominada teoria objetiva ou objetivista, na qual para se configurar o crime político é necessário analisar o objeto legal lesado, que inclui a ordem institucional. Ademais, torna-se necessário averiguar a chamada preponderância das atrocidades dos meios, em que se descharacteriza o crime político, quando este implicar em violência e crueldade extrema.

No caso dos agentes de repressão, o objetivo da violência promovida por eles, tinha como único intuito manter os privilégios de um governo golpista no poder e as práticas violadoras de direitos humanos por si só, manifestadas pelas mais variadas atrocidades, já descharacterizam qualquer possibilidade de cometimento de crimes políticos, pois o que ocorreram foram práticas deliberadas de delitos comuns, passíveis de punição, uma vez que tais modalidades delitivas não foram contempladas pela lei de anistia.

Na realidade, com o indeferimento da ADPF 153, o Supremo Tribunal Federal, negou a própria legalidade instituída, que com base na Constituição atual está embasada,

textualmente, pelos direitos e garantias fundamentais e acima de tudo pela dignidade humana, que se reflete tanto por aquilo que está positivado nas disposições constitucionais como também pelos tratados internacionais. Tal fator se torna ainda mais evidente, quando se verifica que a lei 6.683/79 trata-se de um regramento plurissignificativo ou polissêmico, ou seja, que é passível de mais de uma interpretação, tendo em vista que diante essa hipótese a interpretação da norma deve ser aquela que está mais alinhada ao texto constitucional.

A manutenção da interpretação original da lei de anistia reforça os traços autoritários construídos pelo regime militar e que até os dias atuais se mostram presentes nas instituições e na própria sociedade brasileira. Do mesmo modo expõe a conveniência por parte do Judiciário em se apresentar como um Poder avançado em relação às mudanças de paradigmas legais voltados aos costumes, e ao mesmo tempo ser extremamente retrógado, sempre em que os privilégios dos grupos dominantes são ameaçados.

Na realidade, pode-se concluir, que o julgamento da ADPF 153 apenas manteve a trajetória de transições políticas e institucionais ocorridas no Brasil, em que se modificam os sistemas políticos, sem que haja mudanças profundas nas correlações de força e na própria estrutura social, que se mantém, por meio da perpetuação dos grupos dominantes de poder.

Tal modelo compromete a construção de um processo democrático típico das sociedades burguesas mais avançadas, mesmo porque a estrutura autoritária se mantém, mas não com uma repressão intensa e sim por meio de uma aparelhagem institucional que visa à homogeneidade da sociedade a partir da construção de valores unificados que se identifiquem com os interesses das elites.

Nesse processo o direito caracteriza-se como peça fundamental, uma vez que se instrumentaliza na repressão de todos aqueles que não se encaixam nos parâmetros do sistema, de forma em que a lei, embora mantenha uma aparência democrática, na prática se manifesta como reflexo do autoritarismo estatal.

O ponto nevrálgico que fortalece a manutenção do caráter autoritário do Estado, mesmo após o retorno do governo civil ao poder, está na lei 6.683/79, que ao anistiar quem participou da ditadura mediante a prática de delitos, endossou as condutas realizadas pelo regime, de forma a blindar também, todos aqueles que financiaram e criaram condições para a manutenção do governo fardado no controle estatal, durante o período em que os militares estiveram no poder.

Diferentemente do que expôs Eros Grau no julgamento da ADPF 153, o não processamento dos agentes da repressão viola gravemente o direito a verdade e a memória e

de forma inevitável prejudica qualquer ação estatal direcionada a reconstrução história, tendo em vista que se perdeu com esse julgado, uma grande oportunidade de firmar de maneira sólida uma justiça transicional que fosse digna dessa denominação.

Ao que parece, a decisão do Supremo Tribunal Federal, de certa forma, preferiu adotar a chamada “teoria do mal menor” em que para impedir uma transição conflituosa e evitar a instabilidade, deve-se escolher pelo esquecimento dos crimes cometidos no passado (SANTOS, 2010, p.84). Ocorre que, conforme muito bem elucidou Hannah Arendt (apud SANTOS, 2010, p.84) “que aqueles que escolhem o mal menor esquecem muito rapidamente que escolheram o mal”.

O que se conclui ao final é que, em termos jurídicos, a decisão do Supremo Tribunal Federal foi contra toda a lógica democrática, tão reivindicada pela sociedade brasileira, haja vista que negou a milhares de vítimas e aos seus familiares, o direito de verem encerrada uma triste fase da história do Brasil, por meio da punição aos culpados e à recuperação da memória de todos aqueles que lutaram contra um regime cruel, até porque, ainda que queiram desaparecer com a verdade, o que não desaparece, como profetizou Luís Fernando Veríssimo (apud GINZBURG, 2009, p.561), são os desaparecidos.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação. In: ABRÃO, Paulo; SANTOS, Boaventura de Sousa; SANTOS, Cecília Macdowell; TORELLY, Marcelo D. (org.). **Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro: Estudos sobre o Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal.** Brasília: Ministério da Justiça – Comissão de Anistia. Coimbra – Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010.

_____. As dimensões da justiça de transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça. In: ABRÃO, Paulo. PAYNE, Leigh A.; TORELLY, Marcelo D. (org.). **A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada.** Brasília: Ministério da Justiça – Comissão de Anistia. Oxford: Oxford University – Latin American Centre, 2011.

ADRIASOLA, Gabriel. El proceso uruguayo de la dictadura a la democracia. Luces y sombras del derecho penal de transición em matéria de violación a los derechos humanos ante los organismos internacionales. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Crimes da Ditadura Militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

AFFONSO, Beatriz. KRSTICEVIC, Viviana. A importância de se fazer justiça: Reflexões sobre os desafios para o cumprimento da obrigação de investigar e punir os responsáveis em observância à sentença da Corte Interamericana na Guerrilha do Araguaia. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Crimes da Ditadura Militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

AGRA, Walber de Moura. TAVARES, André Ramos. Justiça Reparadora no Brasil. In: KISHI Sandra Akemi Shimada; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.): **Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático Brasileiro.** Belo Horizonte: Forum, 2009.

AGUIAR, Roberto A. R. **Direito, poder e opressão.** 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1990.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2 ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Murilo Naves. SANTOS, Harrisson Fernandes. Danos ricochetes ou reflexos dos parentes e pessoas próximas das vítimas da ditadura militar no Brasil. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Revista do Direito Brasileira.** Florianópolis/SC, v.4, p.99-120, jan./abr.2013.

ARANGO, Rodolfo. Constitucionalismo, Estado Social de Direito e realização integral de direitos. In: ORTIZ, Maria Elena Rodrigues. **Justiça Social: uma questão de direito.** Rio de Janeiro: Fase/DP&A editora, 2004.

ARANTES, Paulo Eduardo. 1964, o ano que não terminou. In: SAFATLE, Vladimir. TELES, Edson. **O que resta da ditadura.** São Paulo: Boitempo, 2010.

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo.** Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. **Eichman em Jerusalém:** um relato sobre a banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **A condição humana.** Trad. Roberto Raposo. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARNS, Paulo Evariso (org.). **Brasil:** nunca mais. 24 ed. Petrópolis: Vozes, 1990.

ARTHUR, Paige. Como as “transições” reconfiguram os direitos humanos: uma história conceitual da justiça de transição. In: REÁTEGUI, Felix (org.). **Justiça de transição:** manual para América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça / Nova York: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOSA, Marco Antônio Rodrigues; VANUCHI, Paulo. Resgate da memória e da verdade: um direito de todos. In: KISHI Sandra Akemi Shimada; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Memória e Verdade:** A Justiça de Transição no Estado Democrático Brasileiro. Belo Horizonte: Forum, 2009.

BASTOS. Lúcia Elena Arantes Ferreira. A anistia brasileira em comparação com as da América Latina: uma análise na perspectiva do direito internacional. In: SANTOS, Cecília Macdowell; TELES. Edson; TELES; Janaína de Almeida (org.). **Desarquivando a ditadura:** Memória e Justiça no Brasil. São Paulo: Hucitec. 2009, vol. II.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva; 2009.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.** Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constitucacao_democracia_e_supremacia_judicial_11_032010.pdf> Acesso em 19 de maio de 2012.

BERCOVICI, Gilberto. O Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo permanece: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: SAFATLE, Vladimir. TELES, Edson. **O que resta da ditadura.** São Paulo: Boitempo, 2010.

BERGEL, Jean Louis. **Teoria geral do direito**. 2 ed. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BERNARDES, Márcia Nina. Sistema interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. In: **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Rede Universitária de Direitos Humanos, v.1, n.1, jan. 2004, p. 134-156.

BETTI, Emílio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática. Trad. Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Polis UNB, 1989.

_____. **As ideologias e o poder em crise**. 4. ed. Trad. João Ferreira; revisão técnica Gilson César Cardoso. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BOFF, Leonardo. **1964: Golpe Militar a serviço do Golpe de Classe. Carta Maior**. Disponível em: http://www.cartamaior.com.br/templates/colunaMostrar.cfm?coluna_id=5617. Acesso em: 21 jul. 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 9^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001a.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros; 2001b.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Martires. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Decreto 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Regula a prescrição quinquenal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm>. Acesso em 18 mai. 2013.

_____. Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 02 fev. 2013.

_____. Lei 9.140, de 4 de dezembro de 1995. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9140compilada.htm>. Acesso em: 20 mai 2013.

_____. Lei 9882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 4 ago. 2013.

_____.Lei 10.559, de 13 de novembro de 2002. Regulamenta o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10559.htm>. Acesso em: 20 mai 2013.

_____.Lei 12.528, de 18 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm>. Acesso em: 09 abr. 2013.

_____.Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: 1104731 / RS. Relator: Ministro Herman Benjamin. T2 – Segunda Turma. Data do Julgamento: 05/03/2009. Data da Publicação: 05/11/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=PRESCRI%C7%C3O+RESPONSABILIDADE+CIVIL+DO+ESTADO+DITADURA+MILITAR&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em 23 de junho de 2012.

_____.Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153. Relator: Min. Eros Grau. Data do Julgamento: 29/04/2010. Data da Publicação: 06/08/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em 23 de junho de 2012.

BUENO. Cássio Scarpinella. **Direito processual civil** - Procedimento comum: procedimento ordinário e sumário. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BURGOS, Marcelo Baumann. CARVALHO, Maria Alice Rezende de. MELO, Manuel Palacios Cunha. VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

CAMARGO, Ana Maria de Almeida. Os arquivos e o acesso à verdade. In: SANTOS, Cecília Macdowell; TELES. Edson; TELES; Janaína de Almeida. (org.). **Desarquivando a ditadura: Memória e Justiça no Brasil**. São Paulo: Hucitec. 2009, vol. II.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6ª ed.. Coimbra: Almedina, 1993.

_____.**Estado de direito**. 1 ed. Lisboa: Gradiva Publicações/Fundação Mário Soares, 1999.

CARVALHO, Aline Vieira de. FUNARI, Pedro Paulo A. A importância da arqueologia forense na construção das memórias perdidas nos períodos ditoriais latino-americano. In: KISHI Sandra Akemi Shimada; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.): **Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático Brasileiro**. Belo Horizonte: Forum, 2009.

CARVALHO, Lucas Borges. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In WOLKMER. Antônio Carlos (orgs.). **Pluralismo Jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia.** São Paulo: Brasiliense, 1981.

_____. **Convite à Filosofia.** 9. ed. São Paulo: Ática, 1997.

CLÉVE, Clémerson Mérlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COIMBRA, Maria Natércia. O dever de não esquecer como o dever de preservar o legado histórico. In: ABRÃO; Paulo; SANTOS, Boaventura de Sousa; SANTOS, Cecília Macdowell; TORELLY, Marcelo D. (org.). **Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro: Estudos sobre o Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal.** Brasília: Ministério da Justiça – Comissão de Anistia. Coimbra – Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Comentário ao artigo 1º. In: CASTRO, Reginaldo Oscar de. **Direitos Humanos: conquistas e desafios.** Brasília: Letraviva, 1999.

_____. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COMTE, Auguste. **Discurso sobre o Espírito Positivo.** 1ª ed. Trad. Maria Ermantina Glavão G. Pereira. Revisão da Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um exame crítico-deliberativo da legitimidade da nova ordem econômica internacional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CUPERTINO, Fausto. **A concentração da renda no Brasil:** o bolo está mal dividido. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira;

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIDIER JR., Freddie. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2009, v. 1.

DILMA COBRA MAIS RESULTADOS DO TRABALHO DA COMISSÃO DA VERDADE. **O Globo.** Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/dilma-cobra-mais-resultados-do-trabalho-da-comissao-da-verdade-7977685>>. Acesso em: 09 abr. 2013

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** Tradução de J. L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

FAORO, Raymundo. Transição e Constituinte. **Folha de São Paulo.** São Paulo: 31 dez. 1985.

_____. **Os donos do poder:** formação do patronato político brasileiro. 4 ed. São Paulo: Globo, 2008.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada.** 1 ed. 4^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERNANDES, Florestan. **A ditadura em questão.** 2 ed. São Paulo: T. A. Queiroz, 1982.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno.** Trad. Carlo Cocciali; Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ, Lucas. MOTTA, Severino. OAB INGRESSARÁ COM NOVA AÇÃO NO SUPREMO PARA REVER LEI DE ANISTIA. **Folha de São Paulo.** São Paulo: 19 out. 2013.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **A retórica da revisão de anistia** – um exercício aristotélico. **Observatório da Imprensa.** Disponível <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/a_retorica_da_revisao_da_anistia_um_exercicio_aristotelico>. Acesso em 11 mar. 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** história da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramalhete. 39 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

FRANCISCO WEFFORT: “O PT SE DESNATUROU COMPLETAMENTE”. **Revista Época.** Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Brasil/noticia/2013/03/weffort-o-pt-se-desnaturou-completamente.html>>. Acesso em 28 mai 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina.** Trad. Galeno de Freitas. 8^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia:** o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro Revan, 2001.

GARLAND, David. **A cultura do controle:** crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GINZBURG, Jaime. **A ditadura e a literatura brasileira:** tragicidade, sinistro e impasse. In: SANTOS, Cecília Macdowell; TELES, Edson; TELES, Janaína de Almeida (org.). **Desarquivando a ditadura:** Memória e Justiça no Brasil. São Paulo: Hucitec. 2009, vol. 2.

GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? In: CICOGNA, Marcelo Augusto. THOMAZ, Adriano. **Revista de Direito.** Valinhos: Anhanguera Educacional, Volume XII, 2009, p. 07-20.

_____. Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Crimes da Ditadura Militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRAMSCI, Antônio. **Cadernos do cárcere**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Marco Aurélio Nogueira e Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, v.6.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II.

HART, Hebert L. A. **O conceito de direito**. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direito e Cidadania**. São Paulo: Uniletras, 2004.

HIRSCH, Joachim. **Teoria Materialista do Estado**. Trad. Luciano Cavini Martorano. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

HOBSBAWM, Eric J. **Os Trabalhadores**: Estudos sobre a história do operariado. Tradução: Marina Leão Teixeira Viriato de Medeiros. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

_____. **Era dos Extremos**. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

JACOBI, Pedro R. Do autoritarismo à transição. In: SADER, Emir. **Movimentos sociais na transição democrática**. São Paulo: Cortez, 1987.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**, México D.F.: FCE, 2000.

KUSHNIR, Beatriz. **Cães de guarda**: jornalistas e censores, do AI-5 à Constituição de 1988. São Paulo: Boitempo, 2004.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Délcio Monteiro de. **Os senhores da direita**. Rio de Janeiro: Antares, 1980.

LIMITES A CHÁVES. **Folha de São Paulo**. São Paulo: 17 fev. 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos do direito. Trad. Bruno Miragem. Revisão: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. 15^a reimpr. da 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MALUF, Sahid. **Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1977.

MARQUES, Ivan Luís. O princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e sua aplicação no Brasil. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.).

Crimes da Ditadura Militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS FILHO, João Roberto. Tortura e ideologia: os militares brasileiros e a doutrina da *guerre révolutionnaire*. In: SANTOS, Cecília Macdowell; TELES, Edson; TELES, Janaína de Almeida. (org.). **Desarquivando a ditadura:** Memória e Justiça no Brasil. São Paulo: Hucitec, 2009, vol. I.

MARX, Karl. **O capital:** crítica da economia política. 26 ed. Trad. Reginaldo Sant'Anna. Livro I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, v. 1.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **Filosofia do direito.** São Paulo: Atlas, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** São Paulo: RT, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Imprescritibilidade dos crimes de tortura. In: KISHI Sandra Akemi Shimada; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.); **Memória e Verdade:** A Justiça de Transição no Estado Democrático Brasileiro. Belo Horizonte: Forum, 2009.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público.** 7 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, v. 2.

_____. **Direitos humanos e conflitos armados.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MÉNDEZ, Juan E. Processos judiciais e outras medidas de justiça. In: REÁTEGUI, Felix (org.). **Justiça de transição:** manual para América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça / Nova York: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro - a anistia e suas consequências:** um estudo do caso brasileiro. São Paulo: Associação Editorial Humanitas; FAPESPE, 2006.

_____. Anistia de 1979: o que restou da lei forjada pelo arbítrio? In: SANTOS, Cecília Macdowell; TELES, Edson; TELES, Janaína de Almeida. (org.). **Desarquivando a ditadura:** Memória e Justiça no Brasil. São Paulo: Hucitec, 2009, vol. II.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo:** bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTECONRADO, Fabíola Girão; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; ZILLI, Marcos. A Justiça de Transição no Brasil: Um caminho ainda a percorrer. In AMBOS, Kai; MONTECONRADO, Fabíola Girão; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; ZILLI,

Marcos. **Anistia, Justiça e Impunidade:** Reflexões sobre a Justiça de Transição no Brasil. Belo Horizonte: Forum; 2010.

MORAES, Mário Sérgio. Memória e cidadania: as mortes de V. Herzog, Manoel F. Filho e José F. de Almeida. In: SANTOS, Cecília Macdowell; TELES, Edson; TELES, Janaína de Almeida. (org.). **Desarquivando a ditadura:** Memória e Justiça no Brasil. São Paulo: Hucitec. 2009, vol. I.

MORIN, Edgard. **O método 6:** Ética. Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2007.

NABUCO. Joaquim. **Agradecimento aos Pernambucanos.** 2. ed. Londres: Abraham Kingdon Newham Impressores. Acervo Digital Fundação Joaquim Nabuco, 1891.

NEIRA. Karinna Fernández Neira. La jurisprudencia de la Corte Suprema Chilena, frente a las graves violaciones contra los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Crimes da Ditadura Militar:** Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NINO, Carlos Santiago. **Radical evil on trial.** New Haven and London: Yale University Press, 1996

_____. **Un país al margen de la ley.** 1^a ed. Buenos Aires: Ariel, 2005.

OLSEN, Frances. Legitimidad, pobreza y resistencia. In: GARGARELLA, Roberto. **El derecho a resistir el derecho.** Buenos Aires: Mino y Dávila Editores, 2005.

PAIVA. Tatiana Moreira Campos. Memórias de uma herança: a experiência de filhos de exilados brasileiros da ditadura militar. In: SANTOS, Cecília Macdowell; TELES, Edson; TELES, Janaína de Almeida. (org.). **Desarquivando a ditadura:** Memória e Justiça no Brasil. São Paulo: Hucitec, 2009, vol. I.

PASTANA, Débora Regina. **Justiça Penal no Brasil contemporâneo:** discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Ed. UNESP, 2009.

PIG APOIOU DITADURA: AS MANCHETES DO GOLPE DE 64. **Conversa Afiada.** Disponível em: <<http://www.conversaafiada.com.br/pig/2013/04/01/pig-apoiou-ditadura-as-manchetes-do-golpe-de-64/>>. Acesso em: 02 abr. 2013.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias. In **Revista Tempo Social.** USP, Vol. 09, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Lei de Anistia, Sistema Interamericano e o caso brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Crimes da Ditadura Militar:** Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Larissa Brisola Brito. SOARES, Samuel Alves. O processo político da anistia e os espaços da autonomia militar. In: SANTOS, Cecília Macdowell; TELES, Edson; TELES, Janaína de Almeida. (org.). **Desarquivando a ditadura: Memória e Justiça no Brasil**. São Paulo: Hucitec, 2009, vol. II.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v.1.

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

QUINALHA, Renan Honório. SOARES, Inês Virgínia Prado. A memória e seus abrigos: considerações sobre os lugares de memória e seus valores de referência. **Revista Anistia: política e justiça de transição/Ministério da Justiça**. N-4 (jul./dez. 2010). – Brasília: Ministério da Justiça; 2011.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho**. Traducción de Wenceslao Roces. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1951.

RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Crimes da Ditadura Militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REÁTEGUI, Felix. As vítimas recordam: notas sobre a prática social da memória. In: REÁTEGUI, Felix (org.). **Justiça de transição: manual para América Latina**. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça / Nova York: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

RIBEIRO JR., Amaury. **A privataria tucana**. São Paulo: Geração Editorial, 2011.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica**. 5^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SADER, Eder. **Quando novos personagens entraram em cena: experiências, falas e lutas dos trabalhadores da Grande São Paulo**. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

SAFATLE, Vladimir. Do uso da violência contra o Estado ilegal. In: SAFATLE, Vladimir. TELES, Edson. **O que resta da ditadura**. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. As neodemocracias. **Carta Capital**. São Paulo: 03 abr. 2013, p.46.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3^a ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Roberto Lima. **Crimes da Ditadura Militar: Responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação aos direitos humanos**. Porto Alegre: Nuria Fabris; 2010.

SANTOS JR., Belisário. A advocacia nos anos de chumbo. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Crimes da Ditadura Militar: Uma análise à luz da**

jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Alexandre Garrido da. **Minimalismo, democracia e expertise.** Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 12, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOLON, Ari Marcelo. Atenas à brasileira. **Crítica do Direito.** Disponível em:<<http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-1-volume-3/atenas-a-brasileira>>. Acesso em 16 de mai. de 2013.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Novas sociabilidades, novos conflitos, novos direitos.** In: DINIS, Melillo; PINHEIRO, José Ernanne; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; SAMPAIO, Plínio de Arruda. Ética, Justiça e Direito: Reflexões sobre a reforma do judiciário. Petrópolis: Vozes, 1996.

STF REDISCUTE ANISTIA SE FOR PROVOCADO, DIZ MARCO AURÉLIO. **Estadão.** Disponível em: < <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,stf-rediscute-anistia-se-for-provocado-diz-marco-aurelio,1088112,0.htm>>. Acesso em 4 nov. 2013.

SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert. **Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate.** In: DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Antônio. SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert. **Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilização e Verdade.** São Paulo: Saraiva, 2010.

TATE, C. N., VALLINDER, T. (Ed.). **The global expansion of Judicial Power.** New York: New York University Press, 1997.

TELES, Janaína de Almeida. **Os familiares de mortos e desaparecidos políticos e a luta por “verdade e justiça” no Brasil** In: SAFATLE, Vladimir. TELES, Edson. **O que resta da ditadura.** São Paulo: Boitempo, 2010.

TENTANDO APAGAR A HISTÓRIA DA DITADURA, POR VLADIMIR SAFATLE. **Carta Capital.** Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/vladimir-safatle-tentando-apagar-a-historia-da-ditadura/>> Acesso em 10 jul. 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRINDADE. Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, v. 2.

VALENTIM, Veit. **História Universal**. 6. ed. São Paulo: Martins Ed., 1964, t I.

VALLE, Maria Ribeiro. **1968: o diálogo é a violência – movimento estudantil e a ditadura militar no Brasil**. Campinas/SP: Unicamp, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck. O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In: OLIVEN, R. G. RIDENTI, M. BRANDÃO, G. M. **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: ANPOCS, 2008.

VIEIRA, José Ribas. **O autoritarismo e a ordem constitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

YACOBUCCI. Guillermo J. El juzgamiento de las graves violaciones de los derechos humanos em la Argentina. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Crimes da Ditadura Militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WALDRON, Jeremy. **O judicial review e as condições da democracia**. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2009.

WEFFORT, Francisco. **O populismo na política brasileira**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

_____. **Qual democracia?** 2^a reimp. São Paulo: Companhia das letras, 1996.

WOLKMER. Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito**. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

_____. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: SAFATLE, Vladimir. TELES, Edson. **O que resta da ditadura**. São Paulo: Boitempo, 2010.