

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
CARLOS EDUARDO ARTIAGA PAULA

**AS PRERROGATIVAS DO JUDICIÁRIO PARA A PROTEÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE EM SISTEMA DE
CRISE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 EM REFERÊNCIA
AO PERÍODO DE 1964 A 1979 DA DITADURA MILITAR BRASILEIRA**

Uberlândia - MG

2013

CARLOS EDUARDO ARTIAGA PAULA

**AS PRERROGATIVAS DO JUDICIÁRIO PARA A PROTEÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE EM SISTEMA DE
CRISE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 EM REFERÊNCIA
AO PERÍODO DE 1964 A 1979 DA DITADURA MILITAR BRASILEIRA**

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito “Professor Jacy de Assis” da
Universidade Federal de Uberlândia como
requisito parcial para a obtenção do título
de mestre no programa de mestrado em
direito público.

Área de concentração: Direitos e
garantias fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Garrido
da Silva.

Uberlândia - MG

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

P324p
2013

Paula, Carlos Eduardo Artiaga, 1987-

As prerrogativas do judiciário para a proteção dos direitos fundamentais de liberdade em sistema de crise na Constituição Brasileira de 1988 em referência ao período de 1964 a 1979 da ditadura militar brasileira. / Carlos Eduardo Artiaga Paula. - Uberlândia, 2013.
181 f.

Orientador: Alexandre Garrido da Silva.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Direitos fundamentais - Brasil - Teses. I. Silva, Alexandre Garrido da. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

CARLOS EDUARDO ARTIAGA PAULA

Carlos Eduardo Artiaga Paula

**As prerrogativas do Judiciário para a proteção dos direitos
fundamentais de liberdade em sistema de crise na Constituição brasileira de
1988 em referência ao período de 1964 a 1979 da ditadura militar brasileira**

Dissertação apresentada ao programa de mestrado em direito da Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos e garantias fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva.

Uberlândia-MG, 08 de novembro de 2013.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva

Prof. Dr. Roberto Bueno Pinto

Prof. Dr. José Ribas Vieira

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente e, sobretudo, a Deus e ao mestre Jesus pela realização desse trabalho, pois foi pela fé neles que foi possível realizá-lo.

Agradeço aos meus familiares, que incondicionalmente me apoiaram nessa tarefa.

Agradeço ao meu filhote, César Nunes Artiaga, nascido na vigência do mestrado e que me inspirou em aprofundar nos estudos e realizar esse trabalho. Caro César, busquei, por meio dessa dissertação de mestrado, inspirá-lo e incentivá-lo a sempre buscar pelos seus objetivos, sempre determinado, apesar das dificuldades.

Agradeço à minha amada e querida esposa Sabrina Nunes Vieira que sempre me apoiou e que durante esse período avocou para si muitas das responsabilidades do lar para que eu pudesse dedicar-me aos estudos. Amada Sabrina, sou grato a Deus por ter você em minha vida e, durante esse período de realização do mestrado, você conseguiu o impossível: que o meu amor por você, que já era infinito, tornasse-se ainda mais intenso.

Agradeço à minha mãe Iolanda Artiaga Gomes, que sempre, desde quando eu era criança, sonhou em realizar esse mestrado comigo. Mamãe, quantas vezes te liguei desanimado e sempre encontrei uma palavra de conforto; quantas vezes você me puxou pelo braço nos momentos de dificuldade e fragilidade. E como sempre você colocou os meus objetivos como prioridade, mesmo acima dos seus próprios. Com você, mãe, recebo constantemente um amor e carinho incondicional e, por isso, sou e serei eternamente grato. Agradeço à minha mãe também pela revisão da dissertação e também pelas contribuições, sobretudo as literárias, realizadas na dissertação.

Agradeço ao meu irmão Guilherme Henrique Artiaga Paula, à minha sogra Jalcira da Conceição Nunes Vieira e ao meu pai Wilmar Paula Rodrigues que sempre, de muito bom grado, ajudaram-se nessa jornada.

Agradeço à minha queria avó, Orávia Artiaga Moreira Gomes, que não se encontra mais conosco, mas cujo exemplo, amor e dedicação marcarão todos os dias de minha vida e que também foi fonte de inspiração para esse estudo.

Agradeço ao meu grande mestre, o Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva, que além de um exemplar trabalho de orientação, foi um amigo nos momentos difíceis, um motivador e um incentivador. Agradeço, também, na pessoa do Prof. Alexandre Garrido da Silva, ao grupo de fundamentos do direito, que também contribuiu para esse estudo.

Agradeço à equipe docente e discente do programa de mestrado em direito público, ressaltando o apoio dos professores doutores Roberto Bueno Pinto, Paulo Sérgio da Silva e

Alexandre Walmott Borges, cujas orientações e suporte concorreram para a realização desse trabalho. Agradeço à querida Isabel Aricê Koboldt de Almeida, secretária do programa de mestrado em direito, que, com muito carinho, apoiou incondicionalmente a realização desse estudo.

Agradeço à amiga Cilesia Aparecida Pereira que auxiliou sobremaneira na revisão minuciosa, detalhada e cuidadosa do trabalho, fornecendo ideias ímpares para o conteúdo, bem como para a revisão metodológica e literal do texto.

Agradeço ao Santana & Pioli Advogados, nas pessoas do Prof. Roberto Santana Pioli, Prof.^a Angela Cristina Pioli Santana, Taísa Carolina Freitas Machado, Aline Pioli Moura e Arthur de Freitas Arantes, que também sempre me apoiaram e me incentivaram. Agradeço, sobretudo aos Professores Roberto e Angela, que foram meus pais na advocacia e também no direito com quem aprendi não só a profissão, mas também exemplos de excelência, dedicação, esforço, estudo e trabalho.

Agradeço à Faculdade de Engenharia Química e ao curso de engenharia de alimentos, nos quais exerço meu trabalho como servidor público da Universidade Federal de Uberlândia, que em muito me apoiaram na realização desse estudo. Faço especiais agradecimentos à Prof.^a Dr.^a Michelle Andriati Sentanin e também à Prof.^a Dr.^a Valéria Viana Murata, que, sempre com muita compreensão, ajudaram-me com o horário especial no trabalho a fim de que eu pudesse realizar esse estudo.

Por fim, agradeço a todos que, de algum modo, concorreram para esse estudo, pois nenhum empreendimento é fruto de uma só ação, mas de um conjunto delas.

Novamente, muito obrigado!

RESUMO

O presente trabalho visa analisar se o Judiciário possui prerrogativas institucionais para assegurar, de modo eficaz, os direitos fundamentais de liberdade em sistema de crise, valendo-se, como parâmetro, do período de 1964 a 1979 da experiência ditatorial militar brasileira. Para tanto, observa-se que, na vigência do sistema de crise, compreendido como uma forma de legalidade extraordinária, não se permite suprimir direitos nem que seja convertido em uma ordem autoritária e, para tanto, é indispensável o controle jurisdicional para reprimir excessos e os ilícitos cometidos, sobretudo, pelos agentes do Estado. Contudo, valendo-se dos eventos ocorridos durante o regime autoritário de 1964, observa-se que o Judiciário foi utilizado como instrumento para apoiar a ditadura, pois foram cassadas as suas prerrogativas institucionais; os ministros da Corte Suprema foram paulatinamente sendo substituídos por apoiadores do regime e, ainda, o Judiciário não se opôs de forma direta à ditadura, mediante a declaração de inconstitucionalidade de seus atos institucionais. Após o período ditatorial, não houve a repressão criminal dos agentes estatais infratores e a busca pela verdade e o resgate à memória ainda se mostram incipientes. Esses exemplos fornecem indicativos que conduzem à conclusão de que, em sistema de crise, não haja apenas um aumento das prerrogativas do Executivo e do Legislativo, mas também do Judiciário para reprimir os atos estatais que extrapolarem as medidas de crise, concedendo aos Tribunais e também ao Ministério Público um maior poder investigativo. Outra hipótese conclusiva é a necessidade de se relativizar paradigmas, outrora sacralizados em período de normalidade, como a presunção de veracidade e legitimidade dos atos do Poder Público e, ainda, sejam mantidas abertas as vias de acesso à justiça, proibindo-se que as garantias processuais sejam suspensas. O estudo também indica que o Judiciário deve intensificar a fiscalização dos atos do Estado, exigindo dele informações transparentes sobre as medidas de crise e, sobretudo, punindo civil, criminal e administrativamente as ilegalidades cometidas pelos agentes estatais para demonstrar que violações extremas a direitos ou a supressão da ordem democrática não são aplicáveis na vigência do sistema constitucional de crise. Logo, o Judiciário tem capacidade para assegurar os direitos de liberdade em situações de crise, porém, para que esse controle seja eficaz são necessárias modificações legislativas para se aumentar as prerrogativas desse poder, bem como uma adaptação jurisprudencial, própria para realidade de crise.

Palavras-chave: sistema – crise – direito – Judiciário – ditadura.

ABSTRACT

This work aims to analyze whether the Judiciary owns institutional prerogatives to effectively ensure the liberty rights in a system of crisis, using, as a pattern, the experiences of Brazilian military dictatorship during the period of 1964 to 1979. For this, it is observed that, when is valid a crisis system, understood as a form of extraordinary legality, is not allowed neither to suppress rights nor that democracy be converted into an authoritarian order and, for that, it is essential the jurisdictional control to repress abuses and illegality, committed mainly by state agents. However, using as a pattern the 1964 Brazilian authoritarian regime, it is observed that the Judiciary was used as an instrument to support the regime, because its institutional prerogatives were annulled; the ministers of the Supreme Court were gradually being replaced by regime supporters and also the Judiciary did not oppose the dictatorship directly, by declaring the unconstitutionality of its institutional acts. After the dictatorship, there was no criminal prosecution of state agents, who committed infractions, and the search for truth and the redemption of the memory is still incipient. This historical example contributes to verify that, within the crisis system, should not only be increased the Executive and the Legislature prerogatives, but also the Judiciary's for the purpose of repressing state acts that extrapolate crisis measures, by providing the Courts and prosecutors a greater investigative powers. Another conclusive hypothesis is the necessity to relativize paradigms, once made sacred in times of normality, such as the presumption of veracity and legitimacy of the government acts and, moreover, the canals of justice access must be kept open, forbidding suspending procedural guarantees. This study also indicates that the Courts must intensify the supervision of the State acts, requiring the presentation of clear information about the crisis measures and, above all, they must punish, in civil, criminal and administrative instances, illegalities committed by agents of the state to demonstrate that extreme violations of rights or suppression of the democratic order are not applicable in the validity of the constitutional crises system. Therefore, the Judiciary has the capacity to ensure the freedom rights in crisis system, however, for the effectiveness of this control, legislative changes are required to increase the prerogatives of the Courts, as well as an adaptation of jurisprudence, adjusted to the reality of crisis.

Key words: system - crisis - law - Judiciary – dictatorship.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABI -	Associação Brasileira de Imprensa;
ADC -	Ação declaratória de constitucionalidade;
ADI -	Ação direta de inconstitucionalidade;
ADPF -	Arguição de descumprimento de preceito fundamental;
AI 01 -	Ato institucional número um de 1964;
AI 02 -	Ato institucional número dois de 1965;
AI 03 -	Ato institucional número três de 1966;
AI 04 -	Ato institucional número quatro de 1966;
AI 05 -	Ato institucional número cinco de 1968;
Art. -	Artigo;
CF/46 -	Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946;
CF/67 -	Constituição da República Federativa do Brasil de 1967;
CF/88 -	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;
CNBB -	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil;
DOI-	Destacamento de Operações de Informações - Centro de Operações de Defesa
CODI -	Interna;
DOPS -	Departamento de Ordem Política e Social;
LC -	Lei Complementar;
Min. -	Ministro(a);
MP -	Ministério Público;
n.º -	Número;
PCB -	Partido Comunista Brasileiro;
PCBR -	Partido Comunista Brasileiro Revolucionário;
STF -	Supremo Tribunal Federal;
STM -	Superior Tribunal Militar;
UNETI -	União Nacional dos Estudantes Técnicos Industriais;
UDN -	União Democrática Nacional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE E DE UMA ORDEM DE VALORES PARA O SISTEMA DO DIREITO	22
1.1 A superação inevitável de um modelo puro de positivismo jurídico – o exemplo nazista.....	26
1.2 A indispensabilidade dos valores de dignidade humana, igualdade e liberdade para a formação da ordem jurídica.....	42
1.3 O reconhecimento histórico e constitucional dos direitos fundamentais, com enfoque nos direitos de liberdade.....	51
1.4 Do acesso à justiça: prerrogativas institucionais do poder Judiciário que lhe conferem o status de guardião dos direitos fundamentais	59
2 SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....	69
2.1 Conjuntura social em crise: uma análise da pós-modernidade.....	77
2.2 Sistema de crise na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	82
2.3 Os princípios do sistema constitucional de crise	88
2.3.1 <i>Perpetuação e permanência da ordem jurídica originária</i>	91
2.3.2 <i>Princípio da comprovação fática da crise</i>	92
2.3.3 <i>Princípio da necessidade, também denominado de excepcionalidade ou ultima ratio</i>	93
2.3.4 <i>Princípio da legalidade</i>	94
2.3.5 <i>Princípio da publicidade</i>	95
2.3.6 <i>Princípio da temporalidade</i>	97
2.3.7 <i>Princípio da proporcionalidade</i>	98

2.3.8 <i>Princípio do controle</i>	98
2.3.9 <i>Princípio da proibição da derrogação</i>	99
2.4 Limites do sistema constitucional de crise – o Estado de Exceção	100
2.5 A ditadura brasileira no período de 1964 a 1979 – um exemplo de Estado de Exceção..	106
3 AS PRERROGATIVAS DO JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 PARA ASSEGURAR DE FORMA EFICAZ OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE EM SISTEMA DE CRISE: UM CONTRAPONTO COM A DITADURA MILITAR DE 1964.	117
3.1 Resposta segundo o critério marxista	121
3.2 Resposta segundo o critério pragmático	128
3.3 Resposta segundo o critério histórico	134
CONCLUSÃO.....	161
REFERÊNCIAS	170

INTRODUÇÃO

O Judiciário, ao lado do Executivo e do Legislativo, é um dos três poderes que compõe a União, tal qual dispõe o art. 2º da CF/88. Ademais, é um poder dotado de características peculiares, tais como o monopólio da jurisdição, a inércia, a definitividade de suas decisões e o devido processo legal. Em virtude desses predicados, é alcunhado como o “guardião da Constituição e das leis”, o “protetor dos direitos” e o “efetivador da justiça”. Na óptica de Cappelletti e Garth (2002), o Judiciário é um dos principais pilares que asseguram os demais direitos por meio do acesso à justiça, que, por sua vez, pode ser compreendido como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico¹ moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos.

Dentre os diversos direitos, suscetíveis de apreciação e proteção jurisdicional, destacam-se os direitos fundamentais de liberdade, também reconhecidos como os direitos de primeira dimensão, consistentes em uma limitação da conduta estatal, que em regra, são constitucionalmente previstos, possuem plena eficácia plena e não carecem de uma maior proteção, além do reconhecimento legislativo. Eles consistem na liberdade, igualdade, direitos-garantia, garantias institucionais, direitos políticos e posições jurídicas fundamentais em geral, estabelecidos na Constituição Brasileira de 1988, predominantemente no art. 5º e, dentre eles, destacam-se o de reunião (inc. XVI), associação (inc. XVII), sigilo de correspondência (inc. XII), propriedade (inc. XXII), liberdade (caput), inviolabilidade residencial (inc. XI), comunicação (inc. IX), locomoção (inc. XV), os quais podem ser objeto de restrições em sistema de crise.

Esse sistema extraordinário é instituído quando se depara com situação grave em que o direito ordinário é insuficiente, ineficaz ou incapaz de superar esse evento, o qual, em algumas situações, ameaça a existência e a permanência do Estado. Essas situações - nesse estudo nomeadas de críticas - consistem em calamidades de grandes proporções da natureza, comoção intestina grave, guerra externa ou ameaça armada estrangeira. Contudo, contemporaneamente, outras situações também reclamam pela legalidade de crise, como instabilidades financeiras, conflitos urbanos e o terrorismo.

Nessas situações de extrema crise, o Estado pode valer-se de meios provisórios, necessários, eficientes e adequados para restabelecer os padrões de “normalidade”

¹ O conceito de sistema adotado nesse estudo é o de Canaris (2002) compreendido como um conjunto de elementos distintos e ordenados que constituem uma unidade. O elemento que confere unidade e coesão ao sistema do direito é o valor de justiça, conforme abordado no capítulo 1, subcapítulo 1.2.

constitucional. Estes meios estão legitimados no próprio direito de necessidade do Estado que visa garantir sua sobrevivência, bem como a segurança de suas Instituições. No ordenamento constitucional brasileiro de 1988, a legalidade extraordinária está regulamentada nos arts. 136 a 141 da CF/88, que preveem o processo de instauração, os executores e fiscalizadores, o tempo de duração, áreas abrangidas, bem como os direitos a serem restringidos.

A Constituição brasileira admite dois subsistemas de crise: o estado de defesa e o de sítio. O primeiro é utilizado em situações de grave e iminente instabilidade institucional em que se admitem restrições ao direito de reunião, sigilo de correspondência e sigilo de comunicação telegráfica e telefônica. O estado de defesa também é utilizado em situações de calamidades de grandes proporções da natureza em que se possibilita a ocupação e o uso temporário de bens e serviços públicos.

O segundo sistema de crise – o estado de sítio – é utilizado em duas hipóteses: a primeira em situações graves de repercussão nacional ou quando as medidas implementadas no estado de defesa restam-se ineficazes. Nessa hipótese, só podem ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: obrigação de permanência em localidade determinada; detenção em edifícios não destinados a acusados ou condenados por crimes comuns; restrições relativas à inviolabilidade. Todavia, na segunda hipótese de estado de sítio – declaração de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira – a princípio, poderiam ser restringidos quaisquer direitos previstos em seu ato normativo instituidor.

Nas situações ora mencionadas, a restrição a direitos e garantias individuais é legítima e admissível, pois visa-se a defesa e a segurança do próprio Estado e das Instituições Democráticas. Todavia, os direitos não podem ser suprimidos ou suplantados, mas apenas restritos, pois estes, apesar de não serem absolutos, possuem plena eficácia. A ordem constitucional ordinária queda-se suspensa não de forma absoluta, mas de uma forma mínima.

O sistema de crise visa não somente o Estado, mas também a ordem democrática. Daí advém o Título V da Constituição brasileira: “Da defesa do Estado e das Instituições Democráticas” (grifos nossos). Portanto, os sistemas críticos devem observar os preceitos da necessidade, proporcionalidade, temporariedade, obediência irrestrita aos comandos constitucionais e também valores, inerentes ao ordenamento jurídico.

Contudo, embora formalmente, na Constituição de 1988, se estabeleça os estados de sítio e defesa como uma legalidade extraordinária, voltados para a superação da crise, estes, ao longo da experiência histórica, foram deturpados pelo próprio Estado para se instituir uma

outra ordem, marcada pelo autoritarismo², conforme concluem Rossiter (2002), Ferreira Filho (2007) e Bobbio et. al. (2000). Em outras palavras, o sistema de crise traz ínsito o risco de subversão da ordem e das instituições democráticas, existindo, portanto, uma dificuldade em se encerrar essa legalidade excepcional. Em outros casos, o próprio Estado, com o intuito de instituir uma nova ordem, cria uma situação, denominado-a como crítica, embora, na verdade, ela não o seja, apenas para se beneficiar da majoração de suas prerrogativas, sobretudo as do Executivo, que traz consigo o sistema de crise.

A fim de se amenizar essa possibilidade de que o sistema de crise deturpe a ordem democrática, a CF/88 traz formas de controle, realizado sobretudo pelo Legislativo e pelo Judiciário, fazendo-se crer que esse controle é juridicamente eficaz para se evitar abusos durante o sistema de crise e, com isso, haver o mínimo de riscos possível para a democracia.

Contudo, na ditadura de 1964, o Judiciário, ao invés de assegurar os direitos de liberdade, atuou no sentido de corroborar o sistema dominante de repressão social. Seus membros tiveram suas prerrogativas de inamovibilidade, vitaliciedade e imparcialidade suprimidas³. Criaram-se, ainda, tribunais de exceção, notadamente a Justiça Militar, para julgar os opositores do regime, mitigando e até eliminando a oposição⁴. Essas prerrogativas impossibilitavam que os instrumentos jurídicos de proteção das pessoas fossem eficazes, como foi o caso do Ato Institucional número 5, de 13 de outubro de 1968, que suspendeu a garantia jurídica do *habeas corpus*⁵.

² Autoritarismo é um regime político caracterizado pela repressão à oposição política e ideológica do Estado e concentração de relevante parcela das prerrogativas institucionais em um só poder, notadamente o Executivo. O autoritarismo é um gênero no qual se inserem a ditadura e o totalitarismo. A ditadura admite certo grau de oposição e diversidade ideológica, ética e racial, mantendo-se a esfera individual. No totalitarismo, não se admite essa esfera individual em superação sobre a social, exaltando, tão somente, o corpo do Estado. Caracteriza-se por segregar e até eliminar os indivíduos que não se enquadram nos padrões ideológicos do regime. Diverso da ditadura, o totalitarismo possui uma altíssima capacidade de penetração, controle e mobilização social sem precedentes históricos.

³ Art. 14 do AI 02: Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por tempo certo. Parágrafo único - Ouvido o Conselho de Segurança Nacional, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos, removidos ou dispensados, ou, ainda, com os vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, desde que demonstrem incompatibilidade com os objetivos da Revolução.

⁴ Art. 8º do AI 02: O § 1º do art. 108 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação: “§ 1º - Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares.” § 1º - Competem à Justiça Militar, na forma da legislação processual, o processo e julgamento dos crimes previstos na Lei nº 1.802, de 5 de janeiro de 1963. § 2º - A competência da Justiça Militar nos crimes referidos no parágrafo anterior com as penas aos mesmos atribuídas, prevalecerá sobre qualquer outra estabelecida em leis ordinárias, ainda que tais crimes tenham igual definição nestas leis. § 3º - Compete originariamente ao Superior Tribunal Militar processar e julgar os Governadores de Estado e seus Secretários, nos crimes referido no § 1º, e aos Conselhos de Justiça nos demais casos.

⁵ Art. 10 do AI 05: Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Partindo-se desses pressupostos, que norteiam a pesquisa, valendo-se das informações obtidas nas fontes consultadas, especialmente as Constituições de 1967 e 1988, os relatórios que reproduzem depoimentos de prisioneiros e as bibliografias selecionadas que abordam a ditadura militar a partir de 1964, questiona-se: considerando a experiência histórica com a ditadura de 1964, são eficazes as prerrogativas do Judiciário para assegurar os direitos fundamentais de liberdade à pessoa em sistema de crise?

Diante do exposto, define-se como objetivo principal deste trabalho estudar e analisar as prerrogativas legais e institucionais do Judiciário contidas na constituição de 1988 e a sua possível atuação em sistemas de crise, para proteger de forma eficaz os direitos de liberdade da pessoa. Além desse, outros objetivos orientam o trabalho, tais como, analisar criticamente a indispensabilidade dos valores de dignidade humana, igualdade e liberdade para a formação da ordem jurídica e descrever o Judiciário e sua condição de “guardião dos direitos”, bem como explicitar as críticas inerentes a esse predicado. Além desses, visa-se analisar e caracterizar os sistemas de crise e sua terminologia, conceitos, natureza jurídica, decretação, fundamentos, requisitos e limites, bem como a atuação jurisdicional durante a ditadura militar no período de 1964 a 1979. Por fim, objetiva-se construir princípios norteadores, como a liberdade e temporalidade, bem como apontar indicativos para a eficácia jurídica do controle judicial do sistema de crise, fornecendo parâmetros prescritivos para que a sua instauração, permanência e término sejam circunscritos ao direito.

Com a finalidade de se alcançar os objetivos propostos, esclarece-se que, como o presente estudo se situa no âmbito da dogmática jurídica, analisou-se as prerrogativas do Judiciário, consideradas como direitos inerentes ao cargo para que a autoridade consiga exercer de forma plena as suas funções. Esses deveres são distintos de privilégios, os quais não trazem ínsitos a noção de um dever a ser cumprido.

A principal fonte de estudo e análise dessa pesquisa é o texto da Constituição de 1988, na parte que versa sobre o sistema de crise (arts. 136 a 141), mas valer-se-á de casos históricos ocorridos durante a ditadura militar brasileira para analisar a atuação do Judiciário na proteção dos direitos de liberdade em um regime de exceção. Destaca-se que há pontos de similaridade entre o sistema de crise na CF/88 (também denominado de ditadura constitucional por Rossiter (2002) e por Bobbio et. al. (2000)) com a ditadura de 1964 (embora sejam distintos), como concentração de poderes no Executivo e restrições a direitos de liberdade. Por isso, far-se-á referência à ditadura militar brasileira. É relevante destacar, ainda, que a principal diferença entre o sistema de crise e a ditadura de 1964 é que a primeira é temporária e visa assegurar e preservar a ordem democrática vigente, enquanto a segunda

rompeu com a ordem então vigente (Constituição de 1946), instituindo outra, sacrificando a democracia.

Adotou-se o período da ditadura de 1964 a 1979, pois foi nesse contexto em que se visualizou a fase mais repressora do Estado de Exceção⁶, já que a partir de 1979 entrou em vigência a Emenda Constitucional n.º 11 de 1978, revogando os atos institucionais, notadamente o AI 05, que foi o ato normativo mais severo do período ditatorial. Também em 1979 foi promulgada a Lei da Anistia e, após tal medida, várias outras providências foram tomadas para a lenta e gradual abertura democrática, conforme programa político da ditadura militar.

Ademais, foram escolhidos os direitos de liberdade, pois os regimes ditatoriais somente se mantêm com o controle das pessoas, inibindo-lhes de questionarem a legitimidade do poder (KRIELE, 2009). Esses direitos fundamentais permitem uma autonomia crítica e ativa em face do Estado e das ideologias por ele disseminadas, o que se busca evitar nos regimes autoritários. Por derradeiro, o poder Judiciário foi escolhido por ser o conhecido “guardião” desses direitos fundamentais (DWORKIN, 2003) e um dos principais pilares de controle e fiscalização das medidas de crise.

Também é válido destacar que o presente trabalho limita-se ao estudo da eficácia jurídica, compreendida como o potencial da norma em produzir efeitos satisfatórios no sistema do Direito, ou seja, se a norma é coerente com o ordenamento jurídico; se é dotada de um grau de clareza, precisão e objetividade e possui um caráter prospectivo amplo para abranger possíveis situações de lesões a direitos, com fundamento em experiências pregressas, o que é possível mediante o uso da lógica, da razoabilidade e da argumentação.

Não cabe verificar se as hipóteses conclusivas a serem definidas ao final dessa pesquisa serão ou não aplicáveis à realidade social, pois, primeiramente, não houve no âmbito da CF/88 um estado de sítio amplo a fim de testar empiricamente as hipóteses levantadas e, nas situações em que se aplicou o estado de defesa, não houve fontes jurisprudenciais suficientes para corroborar (ou afastar) as premissas conclusivas. Logo, essa presente pesquisa não abrange a efetividade ou eficácia social, compreendida como a efetiva aplicação das normas à realidade ou, segundo a concepção de Barroso (2004, p. 374),

⁶ Para fins desse estudo, o Estado de Exceção, redigido em letras maiúsculas, é uma forma de organização social e política, estabelecida com caráter permanente, caracterizada por um vazio de direito (ausência de normas jurídicas), concentração de poderes em um órgão, restrição ou abolição de direitos e perseguição da oposição. O estado de exceção, grafado com letras minúsculas, corresponde ao sistema constitucional de crise, conforme será analiticamente exposto no capítulo 2 desse estudo.

efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ele tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. O intérprete constitucional deve ter o compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, no limite do possível, sobre questões que refugiem no argumento da não-auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.

A relevância dessa pesquisa advém da atual conjuntura brasileira e mundial, caracterizada por situações de crises institucionais extremas cada vez mais frequentes que torna crível e possível a instituição de um sistema de crise a qualquer momento. Eventos, como catástrofes naturais e a ação intensa de grupos armados (como os conflitos armados no Rio de Janeiro), caso intensificados, podem reclamar por meios mais céleres e eficazes, previstos no sistema de crise, a fim de superar a situação de instabilidade social.

Conforme Rossiter (2002), a experiência histórica demonstrou que o Estado, aproveitando-se desta situação crítica e dos poderes a ele conferidos, impôs uma nova ordem autoritária, caracterizada por grave violação aos direitos fundamentais. Seguindo-se essa tradição histórica, observa-se que os meios institucionais para superar a crise podem ser usurpados pelo Estado a fim de subverter o sistema democrático, impondo uma nova ordem dominante, ainda que valendo-se da violação dos direitos e das garantias individuais.

É válido destacar, ainda, que, na atual sociedade, caracterizada pelo risco, insegurança e incerteza, está, cada vez mais, instituindo-se, no ordenamento jurídico ordinário, dispositivos outrora destinados apenas aos sistemas de crise. Destaca-se a utilização da medida provisória, prevista no art. 62 da CF/88, editada apenas pelo Presidente da República, com vigência imediata e com força de lei, cujo uso está sendo cada vez mais acentuado.

Ademais, o uso das forças armadas, em situações de normalidade, também está cada vez mais frequente, como ocorreu no combate às forças do tráfico de drogas no Rio de Janeiro que durou por mais de 1 (um) ano (ROUSSO, 2011). Em razão do crescimento vertiginoso de infratores envolvidos no tráfico, ameaçando a ordem pública, associada à ineficiência da polícia em superar a situação, foram empregadas as forças armadas, denominada de “força de pacificação”, que, por sua vez, valeu-se dos recursos de uma autêntica guerra, como fuzis e carros blindados, além do uso de táticas bélicas, como o isolamento e a ocupação territorial, sobretudo na conquista do conjunto de favelas do “Complexo do Alemão”, considerado como o “coração do mal” (ROUSSO, 2011). Tais conflitos tiveram forte resistência do tráfico, cujas

diversas facções, unindo forças, também reagiu de forma armada, culminando em mortes e ferimentos tanto dos infratores, quanto de membros do exército e de civis (LOPES, 2010).

Tratou-se de uma situação em que a população carioca se viu inserta em uma situação de terror, embora reconhecessem necessários os conflitos armados para o restabelecimento da normalidade e da ordem estatal (LOPES, 2010). Ademais, com os recentes movimentos populares de reivindicação de direitos, envolvendo, sobretudo, a copa mundial de futebol a ser sediada no Brasil em 2014, o Estado não rejeita a possibilidade de, novamente, fazer uso do Exército, conforme destaca Cirilo Júnior (2013).

Essa atuação excepcional das formas armadas é possível mediante o uso da prerrogativa constitucional prevista no art. 142, § 1º da CF/88, regulamentada pela Lei Complementar 97/1999, que possibilita ao Presidente da República, após esgotadas e frustradas todas as maneiras possíveis de garantir a ordem pública, a incolumidade física das pessoas e o patrimônio, acionar o Exército, a Marinha e a Aeronáutica (art. 15, § 2º da LC 97/1999). Em outras palavras, trata-se do reconhecimento formal de que as estruturas de segurança pública (notadamente a polícia) são insuficientes (ou inexistentes) para cumprir seu múnus constitucional (art. 15, § 3º da LC 97/1999). Logo, a atuação das forças armadas é outra forma de se instituir, no sistema jurídico ordinário, um dispositivo anteriormente utilizado em sistemas de crise, devendo, inclusive, o Presidente, ao determinar a atuação dessa Instituição, delimitar o modo, o local e o tempo de sua atuação (art. 15, § 4º da LC 97/1999), o que demonstra a proximidade desse instituto jurídico com o sistema de crise. Isso ocorre, pois eventos que, anteriormente eram considerados uma grave crise e tratados como excepcionalidade, hoje, são comuns.

Outros exemplos de dispositivos de exceção positivados no sistema jurídico brasileiro ordinário são a exacerbada criminalização de condutas, a exemplo, da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), que majora a repressão de crimes, os quais são possuem um critério legal bem definido. Além disso, têm sido, cada vez mais comuns, os crimes de perigo abstrato, ou seja, aqueles, cuja penalização não exige a existência de um dano, propriamente dito, mas apenas uma ameaça de dano. Essas características criminais são sintetizadas por Jakobs (2007) em sua teoria denominada “direito penal do inimigo”, que consiste em medidas jurídicas e políticas para combater a criminalidade, baseada na suspensão de garantias processuais, desproporcionalidade das penas, antecipação de punições (medidas preventivas ou profiláticas) e penalização mais severas a certas categorias de “infratores”, como terroristas, delinquentes organizados e traficantes.

Na seara administrativa, considerando a atual administração pública burocrática, rígida – pois baseada na regra jurídica – e ineficiente, está-se aderindo, cada vez mais, à tese do estado de necessidade administrativo que consiste em um princípio constitucional implícito que permite dispor contra as regras de direito, quando se está diante de situação excepcional, urgente e necessária, em respeito à supremacia do interesse público. Ela possui como fundamento os limites e a insuficiência do ordenamento jurídico em prever uma regra específica para cada situação⁷.

No âmbito internacional, há vários exemplos de situações críticas, como os ataques terroristas, sobretudo o ocorrido em 11 de setembro de 2001. Visando combater e prevenir a atuação terrorista, o Estado norte-americano impôs medidas drásticas de cunho altamente repressivo aos direitos fundamentais de liberdade, superando-se, em alguns casos, a distinção entre o direito normal e o excepcional. Com base em simples suspeitas, permitiu-se a detenção do indigitado; a censura às correspondências e aos meios de comunicação; perquirições em domicílio e quebra do sigilo bancário. Essas medidas anteriormente só eram possíveis depois de suspensas as garantias constitucionais pelo estado de sítio ou medida análoga. Em suma, permitiram-se graves violações aos direitos individuais, como liberdade, intimidade e privacidade em prol de um bem maior, qual seja, a “segurança social”.

Os ataques terroristas não se limitam apenas aos Estados Unidos, mas abrange outros países, como o recente ataque ocorrido em 22/09/2013 no shopping Westgate, em Nairóbi, no Quênia (África Oriental) cometido pelo grupo militante islâmico somali Al- Shabab em resposta à presença de tropas quenianas no sul do País para combater os militantes na região (VÍDEO MOSTRA..., 2013).

Destaca-se, ainda, os conflitos no Oriente Médio, que parecem distantes de uma solução final, sobretudo com o envolvimento dos Estados Unidos no combate bélico⁸. No âmbito econômico, crises são frequentes, a exemplo da recente recessão europeia, que gerou fortes movimentos sociais (TZORTZINIS, 2011).

Tais situações põem em cheque a tradicional concepção de democracia, permitindo questionar se, de fato, se vive e o que se compreende por uma ordem democrática. Enfrentando essa discussão, Arantes (2002) compreende que a aproximação com os institutos

⁷ Nesse sentido, é o nosso posicionamento (PAULA, KOBOLDT, 2012) e de MIRANDA (2010).

⁸ Os Estados Unidos da América em 2001 invadiram o Afeganistão e, em 2013, ameaçam invadir a Síria. Esse último fato encontra esteio nas notícias disponíveis em: <<http://g1.globo.com/revolta-arabe/noticia/2013/08/assad-diz-que-eua-irao-fracassar-se-tentarem-invadir-siria.html>>. Acesso em: 01 out. 2013. <<http://oglobo.globo.com/mundo/eua-franca-estao-prontos-para-intervencao-militar-na-siria-9712325>>. Acesso em: 01 out. 2013. <<http://oglobo.globo.com/mundo/decisao-final-sobre-ataque-siria-sera-de-congresso-americano-9769428>>. Acesso em: 01 out. 2013.

de crise faz ruir a ordem democrática, de modo que hoje vive-se em um Estado de Exceção permanente. Por outro lado, Rossiter (2002) observa esse envolvimento como algo natural, ou seja, como uma adaptação da ordem democrática a esses eventos que se tornaram ordinários. Este autor esclarece ainda, que deve o sistema democrático ser eficiente do ponto de vista da segurança e da proteção dos direitos.

Essa constatação nos permite ratificar a importância deste objeto de estudo. No entanto, esta abordagem se justifica apenas enquanto análise de situações de exceção observadas na atualidade. Contudo, esclarece-se que o objeto desse trabalho consiste na análise do sistema constitucional de crise, previsto na Constituição de 1988, tomando como referência à ditadura militar de 1964.

No afã de enfrentar a problemática proposta, levantam-se as seguintes questões norteadoras: as prerrogativas previstas na Constituição de 1988 são suficientes para se ter um controle juridicamente eficaz? Quando o poder constituinte⁹ instituiu a Carta de 1988, utilizou-se de forma ampla a experiência trazida com a ditadura para reforçar a proteção jurisdicional do cidadão em sistema de crise, bem como impedir a conversão desse sistema em uma ordem autoritária? Os valores de liberdade, igualdade e dignidade são válidos apenas em situações de normalidade constitucional ou também na hipótese de sistema de crise? Quais experiências advindas com a ditadura de 1964 podem ser utilizadas para verificar a eficácia das prerrogativas jurisdicionais, prevista para o sistema de crise na Constituição de 1988?

A fim de elucidar essas questões propostas, foram analisadas fontes documentais, como a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n.º 153, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2010; relatórios dos mortos e desaparecidos no período da ditadura (ARNS et. Al, 1995; CABRAL, LAPA, 1979); as conclusões do projeto Brasil Nunca Mais (ARNS, 1985)¹⁰; acórdãos do STF, prolatados no período da ditadura¹¹; os resultados parciais dos trabalhos empreendidos pela Comissão Nacional da Verdade, criada por intermédio da Lei 12.528/2011¹²; notícias publicadas na mídia, sejam atuais ou do período da ditadura. Para se obter informes do período da ditadura, foi utilizada a base de dados do

⁹ “O poder constituinte é uma faculdade originária da comunidade política soberana, designada para provê-la, em sua origem ou em suas transformações revolucionárias *ab imis*, da organização jurídica constitucional, para cuja criação esse poder constituinte não se acha limitado, em seus alcances nem em seu modo de exercício, por normas preexistentes de direito positivo, uma vez que seu caráter originário impede de submetê-lo a uma ordenação jurídico-positiva que, justamente, pressupõe um poder constituinte que cumpriu sua função organizadora do Estado” (ACCIOLY, 1981 apud VIEIRA, 1988, p. 49).

¹⁰ Base de dados digital disponível em: www.prr3.mpf.mp.br; www.armazemmemoria.com.br; www.documentosrevelados.com.br.

¹¹ Site: www.stf.jus.br.

¹² Disponível no site: www.cnv.gov.br.

arquivo nacional¹³; as informações contidas no site memórias reveladas¹⁴ e a biblioteca digital da câmara dos deputados e a do senado federal¹⁵.

Os documentos foram analisados considerando não apenas seu conteúdo (o texto propriamente dito), mas o autor, o contexto, a autenticidade, a finalidade e a confiabilidade da fonte. Em outras palavras, quando possível, será empregada a análise do discurso a fim de se conferir uma interpretação para além do texto, considerando o contexto histórico social, as condições de produção do documento e o autor. Frise-se, ainda, que se optou nesse estudo por não adotar apenas uma fonte documental paradigmática, mas diversas delas para se proporcionar uma análise e um debate mais amplo.

Concomitante aos documentos, utilizou-se da doutrina, artigos científicos, dissertações e teses que serviram de referencial teórico para o estudo, bem como constituíram um suporte argumentativo e um guia na organização do texto.

As referências foram organizadas de acordo com os temas trabalhados nos três capítulos, sendo as mais extensas e complexas resumidas e organizadas em fichas catalográficas. O mesmo foi realizado com os documentos. Após extensa análise, criou-se as três categorias ou critérios que são descritos no terceiro capítulo, compreendidas como modos pelas quais o problema desse estudo pode ser respondido. Essas categorias são: o marxista, o pragmático e o histórico, que foram sopesados na conclusão a fim de se construir possíveis respostas ao problema exposto.

Realizados esses apontamentos, o desenvolvimento do trabalho se divide em três partes: as duas primeiras visam construir um referencial teórico-dogmático para a terceira, que enfrenta o problema da pesquisa.

No primeiro capítulo, pretende-se demonstrar a relevância dos direitos fundamentais de liberdade como ordem de valores e porquê os valores são relevantes para o sistema do direito. Apresentar-se-á as características do Judiciário e sua condição de “guardião dos direitos”, bem como as críticas inerentes a esse predicado.

Em seguida, na segunda parte do trabalho, enfrentar-se-á o tema do sistema de crise, delimitando sua terminologia, conceituação, natureza jurídica, princípios, características, decretação, requisitos e limites, relacionando-a com a ditadura militar brasileira de 1964. Essa segunda parte da pesquisa relaciona-se diretamente com a primeira, pois, com fundamento

¹³ Site: www.arquivonacional.gov.br.

¹⁴ Site: www.memoriasreveladas.gov.br.

¹⁵ Sites: <http://bd.camara.gov.br/bd/> e <http://www2.senado.gov.br/bdsf>.

nos valores e nos princípios jurídicos, se estabelecerão premissas orientadoras do sistema de crise, focando-se no controle realizado pelo Judiciário.

No derradeiro capítulo, valendo-se do marco teórico até então estabelecido, analisar-se-á o sistema constitucional de crise de 1988 à luz das fontes documentais colhidas da experiência ditatorial de 1964 a fim de se responder aos questionamentos norteadores inicialmente propostos.

Por fim, na conclusão desse trabalho, buscar-se-á avançar no debate proposto sobre a eficácia jurídica do controle jurisdicional pelo Judiciário em sistema de crise, fornecendo respostas possíveis de enfrentamento do problema.

1 A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE E DE UMA ORDEM DE VALORES PARA O SISTEMA DO DIREITO

Visa-se, nesse capítulo preambular, analisar, no âmbito da dogmática jurídica, a relevância do sistema de direitos calcado nos direitos fundamentais e em valores. Com fins a alcançar esse objetivo, esse capítulo segue a seguinte estrutura: primeiro, abordar-se-á a superação de um modelo formalista puro, mediante a construção teórica do regime nazista e seu conseqüente declínio. Em seguida, a necessidade de se incorporar valores no sistema do direito que são necessários para a construção dos direitos fundamentais, como os de liberdade. Por fim, relacionar-se-á o Judiciário com sua prerrogativa de “guardião dos direitos” e as críticas realizadas a esse poder, proferidas, sobretudo, por Maus (2000).

No afã de cumprir as metas propostas, é preciso esclarecer que vários modelos foram construídos, ao longo da história, para explicar e construir o direito. Um deles é o formalismo jurídico, nesse estudo denominado de puro, conforme descrito na “teoria pura do direito” (KELSEN, 1995). Esse modelo formalista se identifica com o positivismo jurídico, em sua versão forte (SILVA, 2006), que defende a separação radical entre o direito e a moralidade. Defende que, no direito, por razões de segurança jurídica, devem ser excluídos todos os elementos axiológicos de seu conceito. Outros autores, todavia, aderem ao positivismo em sua versão fraca que preceitua não haver nenhuma relação necessária entre o direito e a moral, embora essa correlação possa ser contingencial.

A utilização do modelo forte de positivismo, com a finalidade de fundamentar regimes autoritários, não pode ser identificado com o pensamento político de Kelsen (2000), que, em outras obras, como “a democracia”, revela seu cariz de defensor dos princípios de liberdade e de igualdade, pois, é a partir deles, que se constrói uma verdadeira democracia. O referido autor também se empenhou em um acurado estudo sobre a justiça, conforme se depreende das obras “o que é justiça”, “ilusão da justiça”, “o problema da justiça” e também de sua análise realizada a partir dos textos platônicos Górgias, Protágoras e A República.

Kelsen (1998) concluiu que o conceito de justiça somente é possível no âmbito individual, já que um comportamento é justo quando está em conformidade com as normas jurídicas. No âmbito do sistema jurídico, não é possível se ter um único conceito de justiça, pois os padrões que definem uma norma justa não são absolutos, mas sim relativos. Cite-se o seguinte exemplo:

a democracia é uma forma de regime justa, pois assegura a liberdade individual. Isso significa que a democracia é um regime justo somente sob a premissa de que a preservação da liberdade individual é o fim maior. Se, em vez da liberdade individual a segurança econômica for presumida como fim maior e ser for possível comprovar que ela não pode ser garantida sob um regime democrático, então uma outra forma de regime, não mais a democracia, deverá ser aceita como justa (KELSEN, 1998, p. 10).

Todavia, autores, como Costa Matos (2004) e Lisboa (2006), inferem, a partir do pensamento do mencionado autor, que a justiça kelseniana é a democrática, constituída a partir dos valores de relatividade, liberdade e tolerância. Relatividade por não se admitir um critério absoluto de justiça; liberdade porque o ser humano se submete à ordem jurídica por sua vontade e não por medo ou temor; e tolerância, que reclama pela aceitação do outro e por paz.

Kelsen (1998, p. 24) demonstrou, portanto, que Estado justo é aquele que garanta a paz pela tolerância, liberdade e democracia, privilegiando a manifestação de opinião pacífica em detrimento da violência, o que diretamente confronta com a visão autoritária do direito.

Desta forma, Santos (2010) conclui que o pensamento de Kelsen não se limita à teoria pura do direito, o que é ratificado pelo próprio histórico de vida do autor, marcado por oposição ao nazismo que, conforme será exposto, apoiou-se, em um primeiro momento, em um modelo de puro formalismo do direito. Kelsen, por sua cultura judaica e por suas posições ideológicas, foi de tal modo perseguido pelo nazismo que emigrou para os Estados Unidos da América (COELHO, 2010). Por isso, nesse estudo, ao se descrever a versão forte do positivismo jurídico, far-se-á referência à teoria exposta na “teoria pura do direito” e não ao posicionamento político de Kelsen, que sofreu alterações ao longo de sua trajetória de vida.

Também os conceitos autoritarismo, ditadura e totalitarismo precisam ser esclarecidos. Autoritarismo é um regime político caracterizado pela repressão à oposição política e ideológica do Estado, restrição a direitos (sobretudo os individuais e os políticos), utilização da força pelo Estado e concentração de relevante parcela das prerrogativas institucionais em um só poder, notadamente o Executivo. O poder político é exercido independentemente de limitações constitucionais ou da participação do povo na escolha ou das deliberações dos governantes.

O autoritarismo é um gênero no qual se inserem a ditadura e o totalitarismo. A ditadura implica em “toda a classe dos regimes não-democráticos especificamente modernos, isto é, dos regimes não-democráticos existentes nos países modernos ou em vias de modernização” (BOBBIO et. al., 2000, p. 372). Seu surgimento é propenso

numa sociedade não atingida pela modernização, mas na qual os valores e os imperativos do desenvolvimento econômico, social e político, que se irradiam dos centros-guias da história mundial, impelem uma pequena elite a impor do alto a industrialização e o desenvolvimento. Neste caso, a ditadura procura introduzir uma intensa e durável mobilização, apesar de defrontar-se, seguidamente, com limites muitos persistentes na estrutura da sociedade tradicional (BOBBIO et. al., 2000, p. 374).

A ditadura, conforme conceito trazido por Bobbio et. al. (2000, p. 273), surge em momentos de instabilidade, de crise e de profunda transformação social. Foi isso que aconteceu no Brasil a partir de 1964 quando a classe dominante, sentindo-se ameaçada com um suposto perigo comunista, recorreu ao regime autoritário como forma de superar a crise. Na história mundial, exemplos de ditadura ocorreram no declínio do império romano e na queda do regime absolutista, com a revolução francesa¹⁶.

O totalitarismo, por outro lado, designa os regimes políticos da Alemanha nazista e do Stalinismo soviético, caracterizados por: ideologia oficial (racista, eugenia e colonialista); partido único; concentração de poderes na mão de um soberano (uma só pessoa ou uma classe restrita); utilização maciça da tecnologia, dos meios de comunicação em massa e do terror. Agamben (2004) define o totalitarismo como o regime que institucionaliza a figura do *homo sacer*, que é aquela pessoa excluída da comunidade e que pode ser morto ou agredido impunemente, como ocorreu com os judeus no nazismo¹⁷.

A diferença entre a ditadura e o totalitarismo é que a primeira admite certo grau de oposição e diversidade ideológica, ética e racial, mantendo-se a esfera individual. No totalitarismo, não se admite essa esfera individual em superação sobre a social, exaltando, tão somente, o corpo do Estado. Caracteriza-se por eliminar a esfera individual, seja em seus direitos (ARENDT, 1989, p. 498), seja em sua moralidade (ARENDT, 1989, p. 500)¹⁸. Cria, assim, uma sociedade composta por uma massa uniforme. Diverso da ditadura, o totalitarismo

¹⁶ Compreende-se por revolução “um processo de mudança violenta e abrupta, por determinadas forças sociais, dos níveis de articulação entre as sociedades civil e política em determinadas condições históricas” (VIEIRA, 1988, p. 32).

¹⁷ A condição dos judeus na Alemanha nazista também pode ser denominada de vida nua, que é aquela desprovida de quaisquer direitos e de dignidade. Não se pode, contudo, afirmar que o homem judeu foi coisificado, que é um termo muito utilizado no direito do trabalho (BRITO FILHO, 2003) a fim de designar a condição do homem em reduzi-lo a um objeto de baixo curso. No nazismo, não importava a força de trabalho do judeu ou o proveito econômico que adviria dele. Visava-se, em nome de uma “pureza da raça”, o seu extermínio e exclusão na sociedade, conforme frisa Arendt (1989).

¹⁸ Nesse sentido: “quem aspira ao domínio total deve liquidar no homem toda a espontaneidade, produto da existência da individualidade, e persegui-la em suas formas mais peculiares, por mais apolíticas e inocentes que sejam” (...). “É da própria natureza dos regimes totalitários exigir o poder ilimitado. Esse poder só é conseguido se literalmente todos os homens, sem exceção, forem totalmente dominados em todos os aspectos da vida” (ARENDT, 1989, p. 507).

possuiu uma altíssima capacidade de penetração, controle e mobilização social sem precedentes históricos, de modo que Arendt (1989, p. 510) afirma ser objetivo do totalitarismo não “a transformação do mundo exterior ou a transmutação revolucionária da sociedade, mas a transformação da própria natureza humana”.

Embora a ditadura e o totalitarismo sejam distintos, houve, na ditadura brasileira de 1964, indícios de práticas de tortura nazista. Nesse sentido, Guerra (2012) destacou que opositores do regime ditatorial brasileiro foram incinerados no forno de uma usina no Rio de Janeiro, assim como ocorreu no nazismo. Também nesse sentido, a jornalista Rose Nogueira (GALHARDO, 2012), integrante do grupo Tortura Nunca Mais e ex-presa política, também comparou os métodos de tortura da ditadura com os aplicados durante o regime nazista.

Além dessas semelhanças, o regime totalitário nazista foi o berço da discussão sobre a aproximação entre o direito e a moral, sobretudo com o Tribunal de Nuremberg, instituído para punir os algozes do nazismo. Também foi com essa trágica experiência histórica que Radbruch (1962) modificou o seu posicionamento, antes positivista, para conceber a necessária relação do direito com aspectos axiológicos. Por meio das graves violações a direitos fundamentais ocorridas no nazismo, que foram mais severas que as da ditadura de 1964, visa-se, nesse estudo, demonstrar a problemática de se adotar um modelo de sistema de direito desprovido de valores e sem uma correspondência necessária com a realidade, o que deve ser evitado em sistema de crise. Objetiva-se demonstrar, ainda, que a exclusão dos valores pode servir para fundamentar esse sistema totalitário. Por fim, frisar a importância dos valores é relevante no capítulo 2 para o estudo do sistema de crise, no qual as autoridades executoras devem obedecer a parâmetros de natureza axiológica, postos na forma de princípios.

Feitos esses esclarecimentos, esse capítulo está organizado em quatro partes. A primeira apresenta críticas ao modelo forte de positivismo jurídico, sem correspondência necessária com os valores e com a realidade. Em seguida, será demonstrada a necessidade de se incorporar os valores de liberdade, igualdade e dignidade, pois, sem eles, é possível justificar um sistema de puro arbítrio. Em seguida, na terceira parte, será destacada a incorporação desses valores no sistema do direito na forma de princípios jurídicos, alguns deles denominados direitos fundamentais, sendo os de liberdade o foco desse estudo, pois eles são alvo de restrições em sistema de crise. Por fim, na derradeira parte, serão relacionados esses direitos de liberdade com a atuação e as prerrogativas institucionais do Judiciário.

1.1 A superação inevitável de um modelo puro de positivismo jurídico – o exemplo nazista

O positivismo jurídico, em sua versão forte, trata de uma corrente jusfilosófica que busca estudar o direito a partir das normas positivas. Surge, embrionariamente, com o pensamento de Hobbes (1974) em sua obra “O Leviatã” (BOBBIO, 1995, p. 34). Para Hobbes, o direito é aquele proveniente da lei que, por sua vez, trata-se de atos emitidos pelo soberano, que concentra os poderes e, inclusive, confunde-se com o Estado em alguns casos.

No século XIX, o positivismo, em sua versão forte, teve como um de seus principais precursores a Escola da Exegese que buscou sistematizar o direito na forma escrita por meio de códigos. Segundo essa vertente positivista, o direito se resumia e se limitava à lei, cujas disposições deveriam ser cumpridas a qualquer custo (*dura lex, sed lex*). Na verdade, a noção de lei injusta era inconcebível. Logo, o método de interpretação jurídica por excelência era o literal e o magistrado era apelidado de “boca da lei”, pois devia obediência estrita às disposições contidas no texto normativo.

Uma outra forma de se pensar o positivismo jurídico é observada no pensamento de Max Weber (1984). Para o autor, a força motriz da sociedade é a racionalidade, entendida como o direcionamento de condutas segundo uma coerência lógica e que leve de modo eficiente a um fim. Com fundamento nessa forte base racional, que orienta a sociedade, Weber (1984) concebe o direito como uma estrutura formal de disposições altamente precisas (regras), que permite se conhecer previamente o resultado de nossas ações. Portanto, o direito é previsível, confiável e sem conteúdo, pois exclui o valor, que é algo que o homem impõe ao mundo e, portanto, não é racionalmente cognoscível. O direito é uma técnica de dominação humana para que os dominados obedeçam à afirmação de autoridade dos poderes constituídos (WEBER, 1984, p. 33):

o positivismo jurídico tem avançado irresistivelmente, ao menos no momento presente. O desaparecimento das velhas concepções de direito natural acabou com toda possibilidade de se atribuir ao direito uma dignidade metafísica em virtude de suas qualidades imanentes. Na grande maioria de suas mais importantes disposições, tem sido ostensivamente desmascarado como resultado ou meio técnico de uma solução conciliatória entre interesses conflitantes (MORRISON, 2006, p. 337).

O direito, na visão weberiana, isola-se em procedimentos e estruturas, que prescindem de qualquer ideologia ou realidade social verificável. O direito pode, inclusive, criar sua própria realidade e impô-la ao mundo social.

Portanto, o direito é desprovido de significado. Logo, o paradoxo da humanidade é que ela cria e cultiva o conhecimento, a razão e o direito, mas nenhum deles pode revelar o significado dos atos ou da vida.

Apesar do prestígio da teoria de Weber, foi Kelsen (1995) na “teoria pura do direito” que conseguiu, por meio do pensamento positivista, sistematizar o direito como uma ciência autônoma, desvinculada das ciências sociais e da filosofia. Trata-se, portanto, de uma proposta epistemológica bem sucedida (apesar das críticas) em formular teoricamente uma ciência jurídica.

A “teoria pura do direito” possui um viés epistemológico¹⁹, porque busca construir as bases para se conhecer o direito, delimitando seu objeto (a norma jurídica e o ordenamento jurídico) e o modo pelo qual ele deve ser estudado e aplicado. Busca, também, analisar o direito como ele é (e não como deveria ser), apresentando, inclusive, os problemas que lhe são inerentes.

O grande objeto do direito, segundo a “teoria pura do direito”, é a norma jurídica, a qual é a célula do sistema jurídico. Assim como a sociologia estuda os fatos sociais e a axiologia estuda os valores, o direito tem como estudo primordial a norma. Isso não implica, contudo, que se rejeite a existência dos fatos sociais ou dos valores, mas, para fins de se conceber uma ciência do direito, esses fatores são desprezados, pois se faz um corte epistemológico a fim de se retirar, no estudo do direito, todo o fator extra ou metajurídico.

A norma jurídica, objeto central da ciência do direito, para ser instituída, ou seja, para ser vigente, necessita obedecer a requisitos de existência, validade e eficácia. Para existir, a norma deve ser instituída pela autoridade competente (que é o requisito de legitimidade segundo o positivismo em sua versão forte) e obedecer aos procedimentos previstos em lei, como o ato de publicação e a *vacatio legis*.

A norma também deve ser válida, que consiste na capacidade que possui de produzir efeitos na ordem jurídica. Esses efeitos consistem na sanção, que é uma resposta ou uma consequência da realização de um comportamento indesejado pelo direito. Trata de um elemento essencial à ordem jurídica, pois, por meio dela, o direito se impõe como obrigatório,

¹⁹ Pelo termo “episteme”, de origem grega, compreende-se ciência ou conhecimento. Já “logos” significa razão, palavra, fala, discurso, definição, princípios, entendimento. Mesclando os termos mencionados, conclui-se que epistemologia é o estudo do conhecimento e dos problemas inerentes a ele.

coercitivo e independente da vontade dos indivíduos²⁰. Na verdade, “o Direito é uma ordem coercitiva” (KELSEN, 2005, p. 27) e os deveres jurídicos postos pelo ordenamento devem estar ligados diretamente à sanção para se ter validade (KELSEN, 1995, p. 130)²¹. A sanção, segundo Kelsen, é organizada pelo Estado, compreendido como a própria ordem jurídica²², mediante o uso da força²³.

Porém, não basta haver consequências na ordem jurídica, pois a norma precisa causar seus efeitos na ordem social com a obediência e a adesão (ainda que mínima) de seus destinatários. Deve haver, ainda, um mínimo de condições materiais para que a norma seja aplicada. Cumprido este requisito, além dos de existência e validade, a norma jurídica torna-se plenamente vigente.

Lado outro, não existe Estado de direito que se mantenha com uma só norma, pelo contrário, ele é constituído de uma pluralidade delas. Essas diversas normas não permanecem soltas e desorganizadas, pelo contrário, devem manter-se ordenadas, constituindo uma unidade, ou seja, um sistema ou um ordenamento. Essa conexão e inter-relação entre as normas ocorrem em razão de uma escala de justificação hierárquica de modo que uma norma encontra o seu fundamento em outra e assim sucessivamente²⁴. Por exemplo: um contrato de locação encontra amparo na lei do inquilinato, que, por sua vez, apoia-se no código civil que tem o seu fundamento na Constituição Federal.

No entanto, surge a seguinte pergunta: qual seria o fundamento da Constituição Federal? Para responder a essa questão, a “teoria pura do direito” pressupõe uma norma, que é a base de todo o ordenamento jurídico. Trata-se de uma norma hipotética, que é construída mediante os recursos existentes na ciência do direito e, por isso, é denominada de “hipotética-

²⁰ Neste sentido: “Quando a sanção é organizada socialmente, o mal aplicado ao violador da ordem consiste numa privação de posses – vida, saúde, liberdade ou propriedade. Como as posses lhe são tomadas contra a sua vontade, essa sanção tem o caráter de uma medida de coerção” (KELSEN, 2005, p. 26).

²¹ Em conformidade com esse entendimento: “Se o Direito é concebido como ordem coercitiva, uma conduta apenas pode ser considerada como objetivamente prescrita pelo Direito e, portanto, como conteúdo de um dever jurídico, se uma norma jurídica liga à conduta oposta um ato coercitivo como sanção” (KELSEN, 1995, p. 129).

²² Nessa linha de raciocínio: “O Estado é aquela ordem de conduta humana que chamamos de ordem jurídica, a ordem à qual se ajustam as ações humanas, a ideia à qual os indivíduos adaptam sua conduta” (KELSEN, 2005, p. 272). “Existe apenas um conceito jurídico de Estado: o Estado como ordem jurídica, centralizada” (KELSEN, 2005, p. 272). O Estado é “a personificação de uma ordem jurídica” (KELSEN, 2005, p. 283).

²³ Conforme Kelsen (2005, p. 273): “O Estado é uma organização política por ser uma ordem que regula o uso da força, porque ele monopoliza o uso da força”.

²⁴ “O Direito regula a sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma” (...). “A norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segundo essa regulamentação é a inferior” (...). “A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma – a inferior – é determinada por outra – a superior – cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior, e de que esse *regressus* é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui a sua unidade” (KELSEN, 2005, p. 181).

fundamental”. Ela, por sua vez, pode ser sintetizada na seguinte proposição “devemos obedecer aos mandamentos previstos na Constituição”.

Em razão de se respeitar essa escala de justificação hierárquica, Kelsen (1995), na “teoria pura do direito”, denomina o ordenamento jurídico como dinâmico por ter “sido criada de uma maneira que é – em última análise – determinada pela norma fundamental” (KELSEN, 1995, p. 165).

Todavia, apesar do prestígio da teoria, várias críticas são realizadas a ela, sendo que a maioria delas, por extrapolar o objeto deste trabalho, não serão abordadas. Entretanto, ressalta-se que o direito, na forma posta na referida obra de Kelsen (1995), incorre em um formalismo desmedido, pois deixa de lado a análise e a consideração do conteúdo e o propósito das normas jurídicas.

Portanto, a teoria de Kelsen pode ser acusada de enfraquecer a imaginação da filosofia jurídica em face do poder social; transforma o jurista ou o advogado no dócil servo de qualquer ideologia política dominante (MORRISON, 2006, p. 382).

Por isso, denomina-se “pura” essa teoria, pois é desvinculada de qualquer conteúdo fático, moral ou ideológico²⁵. Frise-se que um dos preceitos rejeitados veementemente nessa forma de positivismo é a própria ideia de justiça. Ele afirma que uma ordem social justa é aquela que proporciona felicidade a todos os homens. Logo, “o anseio por justiça é o eterno anseio do homem pela felicidade” (KELSEN, 2005, p. 9). Porém, é “óbvio que não pode existir nenhuma ordem ‘justa’, ou seja, uma ordem que proporcione felicidade a todos” (KELSEN, 2005, p. 9). Logo, fundamentar o direito na justiça é uma auto-ilusão, uma tentativa do homem de justificar racionalmente seus atos emocionais (KELSEN, 2005, p. 12). Portanto, “a justiça é uma ideia irracional” (KELSEN, 2005, p. 19).

A norma jurídica, na teoria pura do direito, é formulada mediante um procedimento formal, desvinculada de qualquer conteúdo. Por isso, é admissível que seja instituído no ordenamento jurídico todo e qualquer ato normativo, desde que respeite os mencionados trâmites. Em outras palavras, é indiferente ao direito conhecer o conteúdo das normas jurídicas.

²⁵ “A teoria dominante na jurisprudência tradicional, segundo a qual um elemento de valor moral vai ínsito aos conceitos do ilícito e da consequência do ilícito e o ilícito tem necessariamente de significar algo de imoral e a pena algo de infamante, é insustentável – já mesmo pelo caráter altamente relativo dos juízos de valor tomados em conduta” (KELSEN, 2005, p. 125).

Não vem ao caso aqui saber qual o conteúdo dessa Constituição e do ordenamento jurídico estatal erigido em sua base, nem se esse ordenamento é justo ou injusto; tampouco importa que esse ordenamento jurídico garanta efetivamente uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ele constituída. No pressuposto da norma fundamental, não se afirma um valor transcendente ao direito positivo. (...) Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito (KELSEN, 1995, p. 204).

Admite-se, na “teoria pura do direito”, a existência de um ordenamento jurídico sem nenhuma correspondência à realidade social, já que o fundamento do sistema do direito é a norma hipotética-fundamental²⁶, desprovida de conteúdo. Admite, também, que o único requisito para se ter um sistema do direito é que ele seja coativo²⁷.

Outra crítica realizada à visão positivista pura do direito é observada no posicionamento de Schmitt (2007) para quem o cerne do sistema jurídico não é a norma, como na teoria pura do direito, mas a decisão, compreendida como o exercício incontestável da vontade e liberdade absoluta do soberano. À medida que o soberano decide, ou seja, manifesta sua vontade, ele, por consequência, cria a ordem normativa. Em outras palavras, não é a existência pura da norma que fundamenta o direito, mas sua ausência, que corresponde ao exercício pleno da vontade absoluta, que é a decisão. Esse posicionamento demonstra a visão política do ordenamento jurídico, segundo Schmitt (2007).

Outra divergência entre Schmitt e Kelsen referia-se a quem deveria ser o guardião e protetor da constituição que, segundo Kelsen (2007) deveria ser o Judiciário. Schmitt (2007) em evidente oposição a esse entendimento, afirmava que o guardião da constituição deveria ser o Executivo. Esse autor, um ferrenho crítico da democracia liberal, afirmava que o Estado para consolidar-se necessita de homogeneidade e que a heterogeneidade era uma barreira a ser eliminada, pois a pluralidade e a divergência de opiniões, inerente à democracia, destrói o respeito à Constituição e às leis, sendo que estas são compreendidas como “o respectivo acordo entre grupos hegemônicos heterogêneos” (SCHMITT, 2007b, p. 45; SCHMITT, 2007,

²⁶ “A procura do fundamento de validade de uma norma reporta-se, não à realidade, mas a outra norma da qual a primeira é derivável” (KELSEN, 1995, p. 162).

²⁷ “Existem várias ordem de tal tipo que não possuem caráter jurídico. Mesmo que limitemos o conceito de ordem ou organização a ordens relativamente centralizadas que instituem órgãos especiais para a criação e a aplicação da ordem, o Direito não é suficientemente determinado pelo conceito de ordem. O Direito é uma ordem que atribui a todo membro da comunidade seus deveres e, desse modo, sua posição na comunidade, por meio de uma técnica específica, prevendo um ato de coerção, uma sanção dirigida contra o membro da comunidade que não cumpre seu dever. Se ignorarmos esse elemento, não temos capacidade para diferenciar a ordem jurídica das outras ordens sociais” (KELSEN, 2005, p. 40).

p. 132). Essa heterogeneidade somente poderia ser superada mediante a atuação de um guardião da Constituição que seria ou um representante legislativo ou um monarca²⁸.

Na visão de Schmitt (2007), A democracia parlamentar liberal, na forma apresentada no início do século XX, apresentava inúmeras deficiências em proporcionar uma economia e um Estado estável na Alemanha – contexto no qual tanto o referido autor quanto Kelsen se inserem. Essa forma de representação democrática, aos olhos de Schmitt (2007), era ineficiente e enfraquecia o Estado²⁹. Isso não implica, contudo, que Schmitt (2007) era necessariamente contrário à democracia, pelo contrário, esse regime é possível na visão do autor, desde que haja homogeneidade no meio social, o que, na realidade, não se observava.

Esse conflito, advindo da heterogeneidade social, justificava a existência de um soberano que concentrava em si plenos poderes, sobretudo em situações de crise extrema, de urgência e de necessidade³⁰. Essa prática de plenos poderes foi reiteradamente utilizada no ordenamento jurídico alemão, com previsão legal no art. 48 da Constituição de Weimar³¹ de modo que Schmitt definiu como soberano aquele que “decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, 2006, p. 7).

O presidente do Reich, como guardião da Constituição, seria um quarto poder neutro “cuja tarefa era assegurar o funcionamento constitucional dos diversos poderes e salvaguardar a Constituição” (SCHMITT, 2007, p. 193). O soberano intermediaria os conflitos, inerentes à democracia, utilizando, conforme o caso, do voto “estatal neutro”. Ademais,

o motivo pelo qual eu creio que precisamos de um presidente reside, sobretudo, no fato de que, na Alemanha, diante da pluralidade das jurisdições, não podemos chegar à completa unidade sem o presidente. Temos também que ter alguém que cumpra deveres representativos, que mantenha relações com todas as partes do país, com todos os partidos e com todos os Estados estrangeiros e que represente uma grandeza intermediária entre o parlamento e o governo. Existe a possibilidade de que, no parlamento do Reich, não possa ser encontrada uma maioria e que, por conseguinte, não

²⁸ “A mais segura proteção da Constituição ou é a corporação legislativa (como representante de formação e posse) ou a cooperação entre monarcas hereditários e suas câmaras” (SCHMITT, 2007, p. 51).

²⁹ “A solução das dificuldades atuais não pode residir no fato de se continuar a enfraquecer o Estado, nem muito menos no de deixá-lo perecer em um *sauve qui peut* generalizado. A causa dos inconvenientes e da falta de imparcialidade e objetividade é exatamente a fraqueza resultante, em um Estado econômico, dos métodos pluralistas do instável Estado de coalizão partidário e não se pode remediar essa falta por meio de mais enfraquecimentos e cisões” (SCHMITT, 2007, p. 168).

³⁰ “A prática das leis de plenos poderes, especialmente em ambos os caso das leis do Reich (...), mostra que, no caso crítico, é possível um afastamento do parlamento” (SCHMITT, 2007, p. 169).

³¹ Assim dispõe o § 2º do art. 48 da Constituição de Weimar: Caso a segurança e a ordem públicas estejam seriamente ameaçadas ou perturbadas, o presidente do Reich (Reichspräsident) pode tomar as medidas necessárias a seu restabelecimento, com auxílio, se necessário, de força armada. Para esse fim, pode ele suspender, parcial ou inteiramente, os direitos fundamentais (Grundrechte) fixados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154 (CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR, 2004).

possa ser formado um governo. (...) Toda a questão presidencial não é nenhuma questão partidária, mas, sim, uma questão de técnica política e harmonia (SCHMITT, 2007, p. 202/203).

O presidente do Reich, diante das divergências, pode valer-se de seu voto “estatal neutro” (SCHMITT, 2007, p. 215) e somente pode tomar partido em casos emergenciais, ainda que prepare, “eventualmente, a paz forçada” (SCHMITT, 2007, p. 215). Diante disso,

o presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária. O ordenamento estatal do atual Reich alemão depende dele na mesma medida em que as tendências do sistema pluralista dificultam, ou até mesmo impossibilitam, um funcionamento normal do Estado legiferante (SCHMITT, 2007, p. 232).

Em contraposição aos argumentos de Schmitt, Kelsen (2007) afirma inconcebível concentrar os poderes de guardião à Constituição ao presidente do Reich, pois seria como “deixar as galinhas aos cuidados da raposa”, já que a atividade do Reich é inerentemente política e se envolve diretamente na forma do exercício do poder. Na verdade, são os poderes do presidente do Reich que precisam ser controlados. Kelsen (2007) acentua suas críticas à postura de Schmitt em concentrar no soberano os poderes emergenciais a ponto de torná-lo uma autoridade suprema e inquestionável (KELSEN, 2007, p. 246).

Por outro lado, a jurisdição constitucional, compreendida como “medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais” (KELSEN, 2007, p. 123/124), deve ser atribuída a um Tribunal Constitucional imparcial, dotado de garantias, como a inamovibilidade, cuja vantagem fundamental seria a sua não participação no exercício do poder e, por isso, não se colocando antagonicamente em oposição ao Parlamento ou ao Governo (KELSEN, 2007, p. 276).

Ora, quem é mais independente e neutro: o Tribunal ou o chefe de Estado? A resposta reside insofismavelmente no Tribunal, já que o presidente é extremamente suscetível de violar a Constituição, sobretudo quando faz uso de poderes emergenciais, realidade esta que, na visão de Kelsen, Schmitt, infortunadamente, recusa-se a visualizar (KELSEN, 2007, p. 292).

Prosseguindo no debate, Schmitt não se retrai às críticas de Kelsen. Argumenta, primeiramente, que é inviável reduzir todo um debate jurídico, que envolve argumentos pragmáticos com referência à realidade social, a um mero procedimento. Ademais, o Tribunal encontra-se indissociavelmente ligado à lei e dela não pode dispor. Logo, não é possível que uma lei se torne guardião de outra lei (SCHMITT, 2007, p. 60). Por fim, a atuação do

Judiciário fica “restrita a fatos típicos já concluídos e passados, enquanto os casos verdadeiramente interessantes da proteção constitucional permanecem fora da abrangência judicial” (SCHMITT, 2007, p. 40).

O posicionamento de Schmitt e o esposado na “teoria pura do direito”, embora pareçam, a princípio, dissonantes, convergem em um ponto comum – ambas teorias corroboram, de certo modo, para a instauração do estado totalitário alemão nazista³². À medida que Kelsen admite a produção do direito, dissociado da realidade social, de valores e da moral e, portanto, toda e qualquer norma pode ser instituída no ordenamento jurídico³³, Schmitt sustenta a concentração, nas mãos do presidente do Reich, de poderes emergenciais ilimitados, com respaldo legislativo no art. 48 da Constituição Alemã de Weimar. Podia o presidente do Reich, inclusive, fechar o parlamento³⁴.

Essa afirmação – de que a teoria positivista contribuiu para o regime totalitário – não é unânime na doutrina. Maus (2000) defende que, se os ideais disseminados pelo positivismo jurídico – como segurança, previsibilidade e estrita observância da regra jurídica – fossem observados na Alemanha, o nazismo não teria subsistido. “Como demonstrado de modo eloquente pelo regime nazista, o terror político aberto encontra no direito formal um obstáculo” (MAUS, 2000, p. 199).

Observa-se, portanto, a existência de duas vertentes - uma que defende que o positivismo jurídico, em sua versão forte, corroborou para o totalitarismo (RADBRUCH, 1962) e outra radicalmente contrária, que afirma que essa vertente positivista era estritamente contrária ao nazismo (MAUS, 2000). Todavia, nesse estudo, adota-se uma concepção intermediária. Compreende-se que a versão forte do positivismo jurídico³⁵ corroborou para a

³² Schmitt ostensivamente manifestou-se favorável ao regime nazista. Nesse sentido, confira-se os excertos da obra de Ferreira (2004) sobre a biografia do referido Pensador: “Schmitt atuou como defensor da causa do Reich perante a Suprema Corte em Leipzig e passou a ser identificado como advogado dos interesses do governo, o “Kronjurist” (“jurista coroado”) do governo presidencial” (FERREIRA, 2004, p. 27). “No mesmo mês da sua adesão ao nazismo, Schmitt atacou os intelectuais emigrados, afirmando jamais terem pertencido à nação alemã; justificou o massacre dos líderes das SA em 1934, num texto denominado “Der Führer schützt das Recht” (“O Führer protege a lei”); publicou o artigo “Der Verfassung der Freiheit” (“A Constituição da Liberdade”), defendendo as leis de Nuremberg de 1935, que legalizaram o anti-semitismo; na mira dos seus adversários dentro do partido e acusado de oportunismo, organizou, em outubro de 1936, um congresso sobre o “Judaísmo na Ciência do Direito” e pronunciou a conferência de encerramento, cujo título fala por si mesmo: “Der Deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist” (“A Ciência do Direito Alemã na Luta contra o Espírito Judaico”) (FERREIRA, 2004 p. 28).

³³ Neste sentido, Schmitt (2007b, p. 51): “A Constituição de Weimar tornou o processo legislativo neutro e indiferente a qualquer conteúdo”.

³⁴ “A prática das leis de plenos poderes, especialmente em ambos os casos das leis do Reich (...), mostra que, no caso crítico, é possível um afastamento do parlamento” (SCHMITT, 2007, p. 169).

³⁵ Há várias outras teorias positivistas além da descrita na “teoria pura do direito”. Contudo, somente esta é objetivo de análise nesse estudo.

instauração do nazismo, permitindo, em um primeiro momento, que o Führer³⁶ utilizasse das disposições de exceção – art. 48 da Constituição de Weimar – sem ter nenhum limite de cunho material. O início do totalitarismo alemão ocorreu de forma legal, mediante o uso dos dispositivos formais contidos no ordenamento.

Entretanto, após o uso reiterado do art. 48, observou-se que ele poderia ser utilizado para suprimir o ordenamento jurídico, instaurado pela Constituição de Weimar, o que de fato foi feito. A partir de então, deixou-se de aplicar os princípios positivistas para se instaurar um regime de inseguranças, incertezas e imprevisibilidade em que o Führer não estava vinculado nem às ordens que ele mesmo impunha, já que poderia apresentar, sem nenhum critério, comandos aleatórios e contraditórios³⁷.

Por isso, destaca-se que não se discorda do posicionamento de Maus (2000) de que o positivismo seria um empecilho à consolidação do nazismo, embora se reconheça que esta teoria contribuiu para a instauração desse regime totalitário, uma vez que não apresentava nenhum obstáculo material ao uso da disposição de exceção (art. 48 da Constituição de Weimar).

O totalitarismo nazista somente foi instaurado a partir do uso reiterado do referido dispositivo legal de modo que o presidente do Reich tornou-se “legislador ordinário do Reich”.

De tanto se decretar estado de sítio, durante a República de Weimar, a exceção estava praticamente virando norma. (...) O artigo 48 da Constituição de Weimar instaurou por doze anos um Estado de exceção programado para durar mil (ARANTES, 2002, p. 52).

As medidas emergenciais do art. 48 foram utilizadas, sobretudo, para regular matérias de abrangência econômico-financeira. Podia-se, inclusive, mencionar o Estado alemão como um autêntico “estado de exceção econômico” (BERCOVICI, 2004; SCHMITT, 2007, p. 173).

Ao presidente do Reich, também incumbia,

para o restabelecimento da segurança e ordens públicas, proceder a desapropriações livres de indenização, a fim de proporcionar o dinheiro necessário para o restabelecimento da segurança e ordem públicas, poderia ordenar confiscos e impor contribuições (SCHMITT, 2007, p. 185).

Podia ainda:

³⁶ Führer era o nome pelo qual era chamado o presidente do III Reich.

³⁷ Nesse sentido, Arendt (1989, p. 414 e 414).

emitir um ato singular, por exemplo, proibir uma assembleia, declarar ilegal e dissolver uma organização, tornando praticamente insignificante, por intermédio de seus atos, todo o sistema de salvaguardas jurídicas construído com engenhosidade para combater injunções do Executivo (SCHMITT, 2007b, p. 74).

Inclusive, os próprios direitos fundamentais do cidadão, como a liberdade e a propriedade, podiam ser suspensos com a instituição das medidas de exceção adotadas pelo Führer. Permitia-se, portanto, a instituição de uma segunda Constituição que independia de qualquer conteúdo, ou, nos termos de Schmitt (2007b, p. 83), uma Contraconstituição.

Essa plenitude de poderes, na óptica de Schmitt, jamais poderia ser identificada como uma ditadura, nem uma arbitrariedade, mas uma “relação profunda e internamente legal” (SCHMITT, 2007, p. 190). Correspondia, na verdade, a uma necessidade do Estado de executar medidas, impossíveis de serem praticadas por um parlamento pluralisticamente dividido. Ainda,

o direito econômico-financeiro de baixar decretos substitutivos de leis da atual praxe do artigo 48 permanece, analogamente, de acordo com a ordem existente e, diante de um pluralismo inconstitucional, procura salvar o Estado legiferante constitucional, cuja corporação legislativa está pluralisticamente dividida. A tentativa de produzir um antídoto e um movimento contrário só pode ser empreendida constitucional e legalmente pelo presidente do Reich, fazendo perceber, simultaneamente, que o presidente do Reich precisa ser visto como guardião de toda essa ordem constitucional (SCHMITT, 2007, p. 190).

Associada a todas as prerrogativas do Führer acima mencionadas, frise-se que a revogação das medidas emergenciais, compreendidas no art. 48 da Constituição de Weimar, não possuía nenhuma força retroativa e os fatos por ela regulamentados não podiam ser revogados por meio de lei.

Também merece destaque o fato de que a concentração de todos esses poderes nas mãos do presidente do Reich não foi, como soer imaginar, produto de uma revolução ou uma rebelião armada, mas foram utilizado os meios jurídicos e políticos existentes na época. Além de todo o amparo teórico-argumentativo, fornecido, sobretudo por Schmitt, o Führer teve um amplo e sólido amparo legal para instituir-se (SCHMITT, 2007, p. 188). Inclusive, os imensos poderes emergenciais obtiveram a anuência do governante de então, Hidenburgo, que

colocado sobre extrema pressão - concordou que o momento era de emergência nacional e atribuiu a Hitler, na condição de Reichskanzler,

poderes para governar por decretos de emergência. Esses poderes foram confirmados e consolidados por uma votação no Reichstag³⁸ no dia 24 de março, e desde então foram renovados a cada quatro anos pelo Reichstag nazista (MORRISON, 2006, p. 363).

Não obstante, a própria sociedade alemã apoiou imensamente o regime totalitário nazista³⁹, sem mencionar a igreja católica⁴⁰ e o próprio Judiciário⁴¹. Por meio de um sistema de intensa propaganda, a própria população tornava-se investigadora do governo e denunciava os judeus e demais “inimigos” declarados do estado nazista⁴². Tal Estado assemelhava-se à sociedade fictícia criada por Orwell (1977) em que todos eram suspeitos potenciais vigiados por uma entidade, denominada de Grande Irmão, que pretendia o controle absoluto das vidas humanas.

Todo esse conjunto de características da organização política e jurídica na Alemanha possibilitou a criação de um regime de governo caracterizado pelo terror.

Valendo-se das prerrogativas legislativas emergenciais, o recém-instaurado regime nazista proferiu uma enxurrada de decretos e medidas. Havia tanta flexibilidade na promoção de normas, em razão dos plenos poderes do Führer e de sua desvinculação de qualquer conteúdo material, que o uso do dispositivo de exceção (art. 48 da Constituição de Weimar) era desmedido. Vale notar que o regime nazista não se dignou a revogar a Constituição de Weimar, que consagrava um vasto elenco de direitos e garantias fundamentais, simplesmente a ignorava ou, ainda, mostrava um total desrespeito pela Lei maior do próprio Estado Alemão.

Após consolidado, o sistema do Reich proporcionava grande flexibilidade ao Führer. Evitava-se estabelecer parâmetros, definições e conceitos normativos⁴³, de modo que os atos normativos eram aleatórios e, inclusive, podiam retroagir para abranger fatos passados. Não

³⁸ Reichstag é o nome atribuído ao Legislativo alemão na época pré-segunda guerra mundial.

³⁹ “O que perturba os espíritos lógicos mais que a incondicional lealdade dos membros do movimento totalitário e o apoio popular aos regimes totalitários é a indiscutível atração que esses movimentos exercem sobre a elite e não apenas sobre os elementos da ralé da sociedade” (ARENDT, 1989, p. 376).

⁴⁰ “A igreja católica tinha firmado um acordo do Reich com Hitler em 1933” (SCHMITT, 2009, p. 75).

⁴¹ “Duas importantes decisões da Alta Corte de Justiça do Reich Alemão datadas de 05 de dezembro de 1931 (RGZ, 134, Anexo, p. 12 e 26), além de diversas decisões do Tribunal do Reich para causas cíveis e penais, bem como de todas as outras Cortes Supremas, conferiram uma sanção legitimadora a essa prática do art. 48, § 2º, por parte do Estado jurisdicional” (SCHMITT, 2007b, p. 71).

⁴² Uma das curiosas formas de publicidade nazista eram desenhos animados. Hans Fischerkoesen, conhecido como o Walt Disney nazista, mantinha estreitas relações com Joseph Goebbels, Ministro de Propaganda do regime totalitário a fim de que, com o uso de animações, transmitisse, de forma lúdica, a ideologia do nazismo (LOPES, 2013).

⁴³ “Exemplo disso é o pedido de Himmler, veementemente urgente, para que “não se emitisse nenhum decreto referente à definição do termo “judeu”; porque, “com todos esses compromissos idiotas, estaremos atando as nossas próprias mãos” (Documento de Nuremberg n.º 626, carta a Berger datada de 28 de julho de 1942, cópia fotostática no Centre de Documentation Juive) (ARENDT, 1989, p. 414).

havia vinculação com a razão, com a ciência nem com os dogmas que os próprios nazistas professavam. A lei mudava conforme a vontade do líder.

O governo do Führer subsistia em uma ampla base de “verdades produzidas”, que, de fato, não correspondia à realidade, pois era conveniente ocultar as decisões políticas do Reich⁴⁴. Para tanto, havia toda uma base administrativa que subsidiava esse sistema, notadamente a polícia “secreta”. Ela permitia a existência de duas ordens – uma formal, divulgada para a população e outra informal, efetivada às ocultas, sem suspeitos ou vestígios. Por exemplo, poder-se-ia dar uma ordem formal de homenagear um diretor de uma fábrica, mas, às ocultas, havia uma ordem de decretar a sua prisão. “A eficiência da polícia reside no fato de que essas tarefas contraditórias podem ser planejadas simultaneamente” (ARENDT, 1989, p. 476).

A crise de legalidade na Alemanha nazista teve como estopim a promulgação das leis de Nuremberg que baniram os judeus de todos os aspectos da vida social. E a evolução dessas medidas arbitrárias e restritivas foi o próprio extermínio dos judeus, ou, nos termos nazistas, a “solução final” para a questão judaica. Contudo, não eram apenas os judeus as vítimas desse regime totalitário, ceifava-se a vida de chineses, soviéticos, ciganos, deficientes físicos e mentais, enfim, não havia critério para justificar o extermínio⁴⁵. Permitia-se uma condenação sem qualquer processo ou acusação, ou seja, a vítima não sabia o porquê de estar sendo executada. Kafka (2005) demonstrou, por meio de uma estória narrativa, a forma como o processo e o direito podem ser utilizados como um fim em si mesmo, sem nenhuma correspondência a um fato ou uma realidade, levando, em alguns casos, à própria morte do acusado. Esse era o modelo adotado pelo Estado alemão nazista.

Em um estágio avançado do regime totalitário alemão, havia a perda de qualquer conceito lógico de inimigo de modo que as vítimas eram escolhidas aleatoriamente, sem a propositura de nenhum processo ou procedimento⁴⁶.

Havia, também, um completo abandono de todo o valor moral ou ético no nazismo, inclusive, na óptica de Agamben (2008, p. 30), o abandono de Deus por permitir que esse

⁴⁴ Os regimes totalitários, conforme Arendt (1989, p. 432) tinham uma “incomparável capacidade de estabelecer e proteger o mundo fictício por meio de constantes mentiras”. Ademais, “a única regra segura num Estado totalitário é que, quanto mais visível é uma agência governamental, menos poder detém; e, quanto menos se sabe da existência de uma instituição, mais poderosa ela é” (ARENDT, 1989, p. 453).

⁴⁵ “Os judeus da Alemanha nazista ou os descendentes das antigas classes governantes da União Soviética não estavam realmente sob suspeita de ação hostil alguma; tinham sido declarados inimigos “objetivos” do regime em decorrência da sua ideologia, e isso bastava para serem eliminados” (ARENDT, 1989, p. 474).

⁴⁶ “Somente neste último estágio inteiramente totalitário os conceitos de inimigo objetivo e do crime logicamente possível são abandonados; agora as vítimas são escolhidas inteiramente ao acaso e, sem mesmo terem sido acusadas, são declaradas indignas de viver” (ARENDT, 1989, p. 483).

regime de terror acontecesse. O horror causado pelo regime nazista causa grande repercussão até hoje, pois, em nome de uma ideologia de pureza da raça, houve um total de “55 milhões de mortos, aí incluídos 20 milhões de soviéticos, 15 milhões de chineses, 5 milhões de alemães e 3 milhões de poloneses não-judeus” (MORRISON, 2006, p. 354/355).

O regime nazista tornou-se especialista em criar um sistema fabril de cadáveres, cuja máquina produtora era denominada “campos de concentração”, sendo o mais famoso deles nomeado de *Auschwitz*. Neste local, as vítimas geralmente chegavam de trem, quando eram submetidas a uma seleção dos prisioneiros - alguns eram enviados para os trabalhos compulsórios, outros iam diretamente para a morte.

Os selecionados para o extermínio eram encaminhados para as câmaras de gás, cujas instalações eram subterrâneas. Primeiramente, os prisioneiros passavam por uma sala gigante, com capacidade de milhares de pessoas, para se despirem e deixarem seus objetos pessoais. Alegava-se, para evitar o pânico, que as pessoas passariam por uma higienização, consistente em uma ducha e um tratamento desinfetante e, em seguida, seus pertences seriam devolvidos. Tal alegação soava verossímil, pois, de fato, havia todo um sistema de encanamento e de duchas implantado na instalação subterrânea, porém, que jamais foram conectados à rede de água.

Em seguida, as pessoas se dirigiam a uma segunda câmara onde havia as duchas e as portas eram seladas. Contudo, ao invés de sair água, era expelido um gás tóxico que dizimava várias vítimas. Ato contínuo, os corpos eram encaminhados para um terceiro anexo, onde ocorria a cremação.

Aqueles que não eram enviados ao extermínio permaneciam sob trabalhos compulsórios nos campos de concentração. Não lhes era dada uma alimentação adequada, nem condições de habitação ou de vestimentas dignas. Viviam em uma condição desumana e não era rara a ocorrência de suicídios. O sistema de opressão no qual viviam os prisioneiros era, de fato, intenso. Aos desobedientes e àqueles que ousavam tentar a fuga, condenava-se a permanecer nu, ao céu aberto, sem nenhuma alimentação ou água. Pior, deixava-se o infrator à vista de todos, como exemplo de que, comportamentos dessa extirpe, não seriam admitidos.

Retirava-se, portanto, do prisioneiro todo o direito, toda a dignidade⁴⁷ e toda a individualidade de modo que o ser humano (a pessoa) podia ser denominada de não-homem e a vida era considerada “nua”, uma vez que era desprovida de direitos (AGAMBEN, 2008, p. 60).

⁴⁷ “Em Auschwitz, todos, de algum modo, haviam perdido a dignidade humana” (AGAMBEN, 2008, p. 66).

Tal situação, embora conhecida por alguns cidadãos, não podia ser mencionada. Tratava-se de uma questão “sigilosa”⁴⁸, pois buscava-se extirpar toda a prova de que esse extermínio ou imposição de condições desumanas havia ocorrido, ou seja, o regime nazista tinha a pretensão de negar a existência da morte⁴⁹. Por isso, correta a utilização do termo “fabricação de cadáveres”, pois não eram pessoas que morriam, mas não-pessoas, dado que eram destituídos de dignidade. Era tão absurda a violação a direitos que até os próprios prisioneiros passavam a duvidar que aqueles eventos estavam acontecendo com eles, porque o “horror compele ao esquecimento” (ARENDT, 1989, p. 493). Ainda,

não há paralelos para comparar algo com a vida nos campos de concentração. O seu horror não pode ser inteiramente alcançado pela imaginação justamente por situar-se fora da vida e da morte. Jamais pode ser inteiramente narrado, justamente porque o sobrevivente retorna ao mundo dos vivos, o que lhe torna impossível acreditar completamente em suas próprias experiências passadas. É como se o que tivesse a contar fosse uma história de outro planeta, pois para o mundo dos vivos, onde ninguém deve saber se ele está vivo ou morto, é como se ele jamais houvesse nascido. Assim todo paralelo cria confusão e desvia a atenção do que é essencial. O trabalho forçado nas prisões e colônias penais, o banimento, a escravidão, todos parecem, por um instante, oferecer possibilidade de comparação, mas, num exame mais cuidadoso, não levam a parte alguma (ARENDT, 1989, p. 494).

O falecimento não era realizado mediante um ritual solene, seja um enterro ou um crematório; a vida, que as vítimas um dia tiveram, não era celebrada por colegas, amigos, familiares ou meros admiradores; não havia certidão, documento ou uma lápide para se fazer recordar do seu período de vivência. As vítimas em *Auschwitz* não eram nada; não eram homens ou mulheres, não eram pessoas, ou seja, seres instituídos de dignidade. Eram, simplesmente, peças cadavéricas produzidas por intermédio de um racional e organizado processo fabril. Em outras palavras, o nazismo conseguiu matar a própria morte.

Os campos de concentração, tornando anônima a própria morte e tornando impossível saber se um prisioneiro está vivo ou morto, roubaram da morte o significado de desfecho de uma vida realizada. Em certo sentido, roubaram a própria morte do indivíduo, provando que, doravante, nada – nem a morte – lhe pertencia e que ele não pertencia a ninguém. A morte apenas selava o fato de que ele jamais havia existido (ARENDT, 1989, p. 503).

⁴⁸ “O verdadeiro segredo – os campos de concentração, esses laboratórios onde se experimenta o domínio total – os regimes totalitários ocultam dos olhos do seu próprio povo e de todos os outros povos” (ARENDT, 1989, p. 487).

⁴⁹ “Nos países totalitários, todos os locais de detenção administrados pela polícia constituem verdadeiros poços de esquecimento onde as pessoas caem por acidente, sem deixar atrás de si os vestígios tão naturais de uma existência anterior como um cadáver ou uma sepultura” (...). “A operação da polícia secreta, ao contrário, faz com que a vítima simplesmente jamais tenha existido” (ARENDT, 1989, p. 485).

A forma como era conduzida a morte no sistema nazista conseguia concretizar um feito extraordinário – fazer com que a vítima jamais tivesse existido. É, portanto, uma forma muito mais grave de homicídio – é um assassinio da alma, essência e dignidade do ser humano. Um assassino deixa um corpo e, com isso, não pode apagar do mundo dos vivos a memória da vítima. Já no regime nazista, a vítima era tida como inexistente.

A experiência dos campos de concentração demonstrou que um homem sem dignidade ou direitos pode tornar-se um não-homem, cujo resquício de humanidade era apenas uma memória fragmentada. Tudo perdia o sentido e a importância nos campos de concentração⁵⁰ e até o próprio direito de resistência era eliminado, pois o não-homem simplesmente quedava-se inerte à situação que lhe era imposta. Valendo-se da analogia de Kafka (1965), a pessoa entregava-se a uma passividade total de modo a transformar-se em uma “barata”, ser inerte e passivo⁵¹, em razão das condições que lhe era imposta.

Tal característica não abrangia apenas os prisioneiros ou os assassinados, mas abarcava, inclusive, os algozes – aqueles que executavam as ordens de extermínio proferidas do Führer (AGAMBEN, 2008). Eles não podiam resistir ao sistema nazista e entregavam-se a uma passividade total, evitando, assim, agravar a situação de horror a qual se submetiam.

O sentimento predominante entre os algozes, conforme Agamben (2008), era de extrema vergonha por estarem impossibilitados de agir contra um fato que eles repudiavam realizar. É como se passassem a agir sem consciência, a suportar situações que racionalmente poderiam levar o ser humano à loucura. Negavam a reconhecer que tais crimes eram atos do próprio eu.

Um dos “algozes” mais famosos, Eichmann, idealizador da “fábrica de cadáver”, demonstrou essa mesma repulsa pelos atos de extermínio dos nazistas, conforme descrito por Arendt (1999). Embora tenha presenciado por poucas vezes as cenas de extermínio, nas ocasiões que assim o fez, ele demonstrou grande repulsa e desânimo por aquilo que fazia, senão vejamos:

⁵⁰ Agamben (2008), em sua obra, cita depoimentos de muçulmanos, notadamente de Karol Talik: “Quem não tiver sido muçulmano por algum tempo não poderá imaginar quão profundas são as transformações psíquicas sofridas por um homem. A própria sorte tornava-se tão indiferente que já não se queria mais nada e em paz se esperava a morte. Não se tinham mais nem a força nem a vontade de lutar pela sobrevivência cotidiana; nos bastava o hoje, a gente se contentava com a ração ou com o que encontrasse no lixo...”.

⁵¹ Vale destacar que Kafka (1965) jamais utilizou o termo “barata” em sua obra para designar o homem que passou pela metamorfose. Contudo, a descrição realizada pelo autor leva-nos a crer que a “barata” é o ser assumido pelo homem passivo, uma vez que tinha preferências por lugares escuros e por esconder-se.

em vez de câmaras de gás, usavam-se caminhões de gás. Isto foi o que Eichmann viu: os judeus estavam numa grande sala; recebiam ordens de se despir; então chegava um caminhão, parava bem na entrada da sala, e os judeus nus recebiam ordem de entrar nele. As portas eram fechadas e o caminhão partia. “Não sei dizer [quantos judeus entraram], eu mal olhei. Não consegui; não consegui; para mim bastava. [...] eu fiquei muito perturbado, conforme contei depois a Müller, quando lhe fiz o relatório; meu relatório não serviu para muita coisa. Depois, segui de carro atrás do caminhão, e vi a coisa mais horrível que já havia visto na vida. O caminhão estava indo para um buraco aberto, as portas se abriram e os corpos foram jogados para fora, como se ainda estivessem vivos, tão moles estavam os seus membros. Eram jogados no buraco, e ainda consigo enxergar um civil extraíndo dentes com um boticão. E fui embora – saltei para o carro e não abri mais a boca. Depois dessa vez, podia ficar sentado durante horas ao lado de meu chofer sem trocar uma palavra com ele. Ali, me bastou. Eu estava acabado. Só me lembro que um médico de avental branco me disse para olhar por um buraco do caminhão enquanto eles ainda estavam lá dentro. Eu recusei. Não podia. Tinha de desaparecer (ARENDT, 1999, p. 103).

O fato de se visualizar, no Reich alemão, os algozes na condição de vítima ficou evidente como o julgamento de Eichmann, que foi capturado pelos judeus israelenses logo após o término da Segunda Guerra Mundial. Ele foi condenado à morte por aquilo que muitos julgavam ser uma virtude – a obediência. Ele, pessoa de pouca inteligência e dotada de conhecimentos medíocres, cumpria estritamente o que determinavam seus superiores, atingindo todas as metas que lhe foram impostas, estando ávido, inclusive, a mandar matar seu próprio pai se isso lhe fosse exigido (ARENDT, 1999, p. 54), ou seja, ele repudiava o resultado, mas não o trabalho em si. Eichmann podia ser considerado culpado em relação à moral e aos valores, mas jamais em relação ao direito, pois sempre cumpriu estritamente as determinações legais. Logo, Eichmann foi condenado por um crime “legal”.

Esse exemplo do nazismo demonstrou que a corrente positivista, respeitada por ter sistematizado a ciência jurídica, apresentava drásticas falhas, que foram utilizadas para subsidiar um regime de terror. Demonstrou, ainda, como o uso de prerrogativas legais, autorizadas e permitidas pelo direito, foram usadas para instituir um regime de Exceção. Esse é justamente o perigo que o sistema de crise traz consigo, conforme também destaca Meelo (1980 apud VIEIRA, 1988, p. 97):

dessa forma, a Constituição de Weimar como a Carta [brasileira] de 1937 e a Emenda [à Constituição Brasileira de 1967 de] n.º 11, de 1978, em tudo semelhantes, dispõem das cláusulas mais extremas de emergência e de restrições a liberdades jamais adotadas por um Estado democrático, em tempos de paz.

Desta forma, era necessária uma reformulação dessa corrente de pensamento ou, nas palavras de Radbruch (1962, p. 41) era fundamental a superação do positivismo em sua forma pura.

1.2 A indispensabilidade dos valores de dignidade humana, igualdade e liberdade para a formação da ordem jurídica

As insuficiências do pensamento positivista em captar valores morais e as atrocidades dos regimes totalitários fizeram os estudiosos do direito repensar suas teorias. Um claro exemplo dessa modificação de pensamento foi Radbruch (1962; 2006) que, na primeira fase de sua vida acadêmica, adotou uma postura extremamente positivista em que se voltava para a segurança jurídica como um preceito inafastável e superior ao próprio ideal de justiça⁵².

Contudo, o autor modificou radicalmente o seu posicionamento, voltando-se contra o positivismo para incrustar, no direito, aspectos morais. Por moral, compreende-se:

o conjunto de normas não-impostas por qualquer autoridade, vigentes em um grupo social, observadas espontaneamente, não podendo ser exigidas pelo governo (...), que estabelecem o que é lícito ou ilícito, bom ou mau, justo ou injusto (SANTOS, 2001, p. 163).

Já os valores são “símbolos integradores e sintéticos de preferências sociais permanentes” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 345). A ideologia, em outro viés, “organiza os valores, hierarquizando-os, constituindo uma pauta de segundo grau que lhes confere um uso estabilizado. A ideologia é, então, uma espécie de valoração última e total, que sintetiza os valores” (FERRAZ JÚNIOR, 2004, p. 346).

Em outras palavras, o valor é uma determinada preferência social de caráter permanente. O valor supremo, que organiza todos os demais valores, chama-se de ideologia. Por fim, o conjunto de valores em determinada sociedade e num período histórico é a moral. Fazendo-se uma analogia com o pensamento positivista kelseniano, o valor seria a norma jurídica; a ideologia a Constituição e a moral, o ordenamento jurídico.

⁵² “O operador jurídico está a serviço da forma, não do objetivo, da justiça (...). No direito não há espaço para personalidades geniais como senso de justiça imperioso” (RADBRUCH, 2006, p. 227). “O direito injusto não é inútil, que mediante sua vigência ele já cumpre sua finalidade: a da segurança jurídica. Essa finalidade deve ser agarrada com emoção por aquele que quiser reconciliar-se com a ciência do direito. A segurança jurídica exige um duplo: que as disposições jurídicas sejam aplicadas a todos os casos, e somente àqueles casos para os quais valem; a segurança do direito de um lado, segurança perante o direito por outro; de um lado ordem, do outro, liberdade. Não é tanto senso de justiça, e mais senso de liberdade ou senso de ordem, que consegue estabelecer o elo interno com a ciência do direito” (RADBRUCH, 2006, p. 228).

Radbruch (1962) percebeu que, embora a moral não se confunda com o direito, ela é parte essencial no pensamento jurídico por dispor sobre o bem, os deveres do homem social e os costumes. Logo, o pensamento positivista era insuficiente por não reconhecer no direito nenhuma limitação de ordem moral ou social⁵³; por desprezar os valores que influenciam diretamente os comportamentos sociais; por utilizar a sanção como forma de conformar e não de aprimorar a sociedade; por compreender o sistema do direito como completo, quando, na verdade, não o é.

Sob o ponto de vista metodológico, o positivismo limita-se à interpretação literal que, por vezes, não é suficiente para revelar o conteúdo da norma, pois outros critérios hermenêuticos devem ser analisados na interpretação e, sobretudo, deve-se considerar a realidade social. Somente com a análise simultânea entre o texto normativo e o fato concreto é que o verdadeiro conteúdo normativo se revela. Na óptica de Neves (1967), “não o ‘direito’ e o ‘facto’, mas, e simultaneamente, o ‘direito’ do ‘facto’ e o ‘facto’ do ‘direito’, pois (...) ‘o facto e o direito existem enquanto coexistem’” (NEVES, 1967, p. III, sic.).

O positivismo, em sua vertente forte, fecha os olhos para outras fontes, extremamente influentes no direito, como o costume, pois se limita à análise da lei, que deve ser inquestionavelmente obedecida. Esse dogma da “obediência inquestionada” foi um dos pilares do regime nazista e torna-se evidente com o depoimento de Eichmann que mataria o próprio pai, se isso lhe fosse ordenado (ARENDT, 1999, p. 54).

Em contrapartida à teoria positivista, Radbruch (1962) compreende o direito como uma obra humana impregnada de valor que visa regular a sociedade. Esses valores confluem em uma ideologia, que é a noção de justiça, que deve estar inter-relacionada com a realidade social⁵⁴. Observa-se, portanto, que Radbruch (1962) rompe com uma estrutura formal de valores, defendida por Stammler (apud LARENZ, 1997, p. 132), pois é relevante ao sistema jurídico o conteúdo e o significado dos valores relevantes ao Direito⁵⁵.

⁵³ “El principio “la ley es la ley” no conoció por el contrario ninguna limitación” (RADBRUCH, 1962, p. 21). Também neste sentido, Salgado (2007, p. XVI): “não se pode retirar da lei o seu conteúdo valorativo (...) com relação à razão e à justiça, pois, então, qualquer disposição pode ser lei” (...) “o conceito da lei está necessariamente ligado ao de direito e de justiça, não se podendo separar a vontade (*voluntas*) que põe a lei, da razão (*ratio*) que lhe dá conteúdo de justiça, segundo a tradição romana”.

⁵⁴ Também nesse sentido, Larenz (1997, p. 133/134): “A realidade em si mesma é sempre para Radbruch um dado livre de sentido e de valor; enquanto categoricamente ordenada, constituirá “o reino da natureza”. Só a consciência valorativa liga às coisas um valor ou desvalor. Donde resulta que o homem conforma a realidade da perspectiva dos valores a que aspira. Assim aparece a cultura “como o dado que tem o sentido, a significação, de realizar valores”. Radbruch, seguindo a terminologia do neokantismo, chama um último e irredutível valor de “ideia”. Enquanto “fenômeno cultural”, o Direito é para aquele “dado que tem o sentido de realizar a ideia do Direito”.

⁵⁵ Neste sentido, Larenz (1997, p. 134): “O Direito, para Radbruch tal como para Lask, não é uma simples “matéria” categoricamente conformada, mas uma realidade que significa alguma coisa”.

Dentre os diversos valores apreendidos pelo direito, o valor central (ou uma ideia, conforme concepção neokantista) é a justiça. Logo, o direito é uma realidade que tem como fim servir à justiça. Essa justiça assume três facetas: ora é tratada como um critério de igualdade de tratar de forma igual os semelhantes e desigual os diferentes na medida de sua desigualdade⁵⁶. Também a justiça é a finalidade de todo o ordenamento jurídico que é proporcionar o bem de todos. Nessa segunda faceta, a justiça se resume a uma categoria ética em apreender os comportamentos mais benéficos ao sistema social. Por fim, a justiça também consiste em uma ideia de segurança jurídica de tratamento igualitário e de respeito pelo ordenamento às próprias normas que impõe. Nessa última acepção, observa-se a importância da doutrina positivista em fornecer instrumentos, como os textos normativos, para a estabilidade jurídica.

Logo, na concepção de Radbruch a ciência do direito é uma construção teleológica e axiológica. Teleológica, pois busca compreender e expor os institutos jurídicos singulares em conformidade com outros fins mais gerais e superiores até se chegar a um fim último ou supremo. Axiológica, pois o objetivo supremo é a ideia de justiça, cujo significado se torna mais claro com a consagração de direitos humanos, que merecem ser respeitados e considerados. Esses direitos e a justiça, como fins do sistema jurídico, são supremos e se sobrepõem, inclusive, à segurança jurídica⁵⁷. Desta forma, Radbruch (1962) abandona radicalmente sua postura positivista, evidenciada no início de vida acadêmica.

Endossando o pensamento de Radbruch, Kriele (2009) afirma que a norma hipotética fundamental, na forma concebida pelo positivismo jurídico, é alvo de acentuada crítica. O referido autor assevera que nenhum sistema de Estado se mantém mediante o simples e puro uso da força, mas é indispensável o apoio popular. Porém, não é necessário que todo o povo ou a maioria dele apoie o regime de opressão. Basta apenas que aqueles – que constituem a cúpula de governo do Estado e que detêm a força – sejam favoráveis ao regime⁵⁸.

Essa assertiva é fácil de ser visualizada no Reich alemão em que a elite forneceu um incondicional apoio ao totalitarismo⁵⁹. Inclusive, quando havia sinais nítidos de que a guerra

⁵⁶ Canaris (2002, p. 18) compartilha com esse entendimento.

⁵⁷ “Nosotros apelamos a los derechos humanos que están por encima de toda norma escrita, al inalienable e inmemorial derecho que niega validez a las órdenes delictivas de los tiranos inhumanos” (RADBRUCH, 1962, p. 31).

⁵⁸ “Ora, a ditadura também carece de um grau de legitimação, ainda que mínimo. Essa legitimação implica que, pelo menos dentro do aparelho estatal, o Ditador tenha o respaldo dos agentes públicos para forçar o restante dos cidadãos à obediência. Ou seja, a ditadura deve ser justa, pelo menos, entre a polícia e o exército, pois, sem eles, a ditadura não pode funcionar” (KRIELE, 2009, p. 36).

⁵⁹ “O que perturba os espíritos lógicos mais que a incondicional lealdade dos membros do movimento totalitário e o apoio popular aos regimes totalitários é a indiscutível atração que esses movimentos exercem sobre a elite e não apenas sobre os elementos da ralé da sociedade” (ARENDT, 1989, p. 376).

se findaria com a derrota da Alemanha, a população ainda acreditava veementemente no governo do Führer⁶⁰.

Essa adesão da população às normas promanadas pelo governo do Reich não é uma questão normativa, mas moral. Ora, a base do positivismo é a norma hipotética fundamental, cujo sentido subsume-se na proposição “devemos obedecer às disposições previstas na Constituição”. Daí, questiona-se, “por que se deve obediência à norma fundamental?” A resposta a esta questão não é jurídica, por estar fora do ordenamento jurídico (por isso a norma é hipotética e pressuposta) e sim moral e social. Em outras palavras, a base de todo o sistema do direito não é uma norma jurídica, mas sim um preceito externo ao sistema do direito, situado no âmbito da sociedade e da moral.

Isso não implica que o direito seja idêntico à moral. Na verdade, são bastante distintos. Porém, não estão dissociados, mas vinculados em uma relação de complementação. Até nas hipóteses em que se reconhece uma lei como injusta, mas, ainda assim, ele é obedecida, age-se por uma razão moral – pela confiança de que o ordenamento, como um todo, é justo. “Quando um juiz católico divorcia um casal, ainda que contrário à sua moralidade, ele assim o faz por acreditar no ordenamento jurídico como todo. Ele relativiza sua própria convicção moral em prol de outras convicções morais” (KRIELE, 2009, p. 41).

Os valores passam, assim, a ser essenciais à validade do direito e indissociáveis à norma jurídica. Porém, não há uma cisão total com o positivismo, uma vez que admite ser indispensável ao ordenamento a segurança jurídica⁶¹. Conforme preceitua Larenz (1991, p. 46), a segurança também se trata de um elemento essencial para se considerar uma norma justa, pois o cidadão deve ter a certeza que haverá uma aplicação igualitária e previsível das regras de direito. Logo, parece correta a postura de Barroso (2007, p. 22) ao afirmar que, no sistema do direito, não se pode abandonar nem o positivismo (segurança jurídica), nem os valores (a justiça).

A noção de moralidade relacionada ao direito também se encontra em consonância com o pensamento de Larenz (1997) para quem a ciência do direito e seus métodos são orientados a valores. Esses (valores) são indispensáveis ao direito, pois lhe confere coesão e sentido, bem como permite uma aplicação do direito, não mais limitado apenas à subsunção, mas em uma aplicação coordenada de valores (LARENZ, 1997, p. 132).

⁶⁰ “A esmagadora maioria do povo alemão acreditava em Hitler – mesmo depois do ataque à Rússia e da temida guerra em dois fronts, mesmo depois de os Estados Unidos terem entrado na guerra, na verdade mesmo depois de Stalingrado, da derrota da Itália, e dos desembarques na França” (ARENDT, 1999, p. 114).

⁶¹ “Hay que tener presente que el orden sin justicia no es orden, y que la justicia sin orden no es verdadera justicia” (RADBRUCH, 1962, p. 18).

Assim, uma grave deficiência do positivismo é considerar o ordenamento jurídico como simples disposições normativas “postas” e não como possíveis respostas aos problemas provenientes das relações humanas na sociedade, orientados pela ideia de justiça e de segurança (LARENZ, 1997, p. 337). O positivismo torna imutável o direito ao afirmar que as situações concretas são solucionadas por meio da simples análise literal do texto normativo, quando, na verdade, o texto da lei por si só não oferece uma resposta aos problemas concretos. É necessário que a ciência do direito (ou Jurisprudência⁶²) não apenas identifique o texto aplicável, mas analise também os valores que fundamentam e justificam essas respostas. Somente com a análise dos valores, que revelam o conteúdo de justiça e sua concretização em diversos contextos, é que a ciência do direito torna mais claro o conteúdo da justiça.

Dois discípulos de Radbruch – Robert Alexy e Ronald Dworkin – absorveram, em suas teorias, a importância da moralidade para o sistema do direito. Na obra “teoria dos direitos fundamentais” de Alexy (2006), o resgate à moralidade fica evidente logo na introdução na qual consta que a teoria dos princípios é uma teoria essencialmente axiológica, que visa resgatar a “tão depreciada teoria valorativa dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2006, p. 29).

Diante dessa importância, conferida aos valores por Alexy (2009), que ele compreende um ordenamento jurídico como válido quando observa três elementos: a eficácia social, a correção material e a legalidade conforme o ordenamento que, correspondem, respectivamente, aos conceitos sociológico, ético e jurídico do direito. Quanto ao aspecto ético de validade, o direito deve observar os preceitos de moralidade que lhe são intrínsecos, como a justiça e a equidade:

o objeto do conceito ético de validade é a validade moral. Uma norma é moralmente válida quando é moralmente justificada. Um conceito de validade moral subjaz às teorias do direito natural e do direito racional. A validade de uma norma do direito natural ou do direito racional não se baseia em sua eficácia social nem em sua legalidade conforme o ordenamento, mas unicamente em sua correção material, que deve ser demonstrada por meio de uma justificação moral (ALEXY, 2009, p.103).

A correção material, portanto, equivale à justificação moral, que se baseia em um discurso racionalmente fundamentado, ou seja, na argumentação jurídica baseada na razão. Logo, Alexy (2009) afasta-se de concepções de moral universal para afirmar que os aspectos axiológicos são apurados mediante um método ou um procedimento, que é a argumentação jurídica racional. Alexy (2009, p. 37-42) frisa, ainda, que, na verdade, é a pretensão à

⁶² Kelsen (1995) designa a ciência do direito como Jurisprudência.

correção que é necessária e, por ser uma pretensão, pode ser distinta da realidade. Logo, segundo Alexy (2009, p. 37-42) o que difere uma corja de larápios de um sistema de dominadores é que, embora ambos obedeçam a requisitos mínimos de dignidade, liberdade e igualdade, no primeiro admite-se que o sistema foi instituído para impor a opressão de uma minoria sobre uma maioria, enquanto que, no segundo, almeja-se um fim superior, como o desenvolvimento do povo, embora esse ideal não corresponda à realidade. Portanto, somente esse último é um sistema jurídico, já que observa a pretensão à correção.

Contudo, quando esse sistema, mesmo observando a pretensão à correção, seja, de fato, extremamente injusto, ele perde a sua validade⁶³ (ALEXY, 2009, p. 110). Logo, Alexy (2009) admite a existência de normas injustas, mas o ordenamento como um todo não pode sê-lo. Inclusive, é possível sustentar o ordenamento jurídico baseado apenas em uma ordem de valores (embora seja preferível um sistema de princípios, o qual suscita menos interpretações divergentes que os valores) (ALEXY, 2006, p. 146). Na óptica individualista, a relevância dos valores também está presente, pois, diante de um problema concreto, que deve ser solucionado, utilizam-se os juízos de valor de forma racionalmente fundamentada (ALEXY, 2006, p. 36).

Trazer os valores para o âmbito do direito, positivados na forma de princípios, tem como escopo reconhecer a dignidade humana como pressuposto de uma existência racional. Implica, ainda, na consagração de um rol de direitos inalienáveis e postos em face do Poder Público e do próprio Direito.

Ainda, implica em se ter um direito popular em conformidade com a realidade social, pois o sistema jurídico não se legitima por um seletivo grupo que detém o poder. Logo, nenhum órgão estatal pode se valer do direito para praticar um discurso incompatível com a realidade social, como o extermínio de parte da população⁶⁴.

Já Dworkin (2003) compreende que somente existe uma autêntica democracia, como governo do povo, quando este compartilha a mesma moralidade, ou seja, “quando todos os membros da comunidade são seus membros morais” (DWORKIN, 2003, p. 36). Logo,

os judeus alemães não eram membros morais da comunidade política que tentou exterminá-los, muito embora tenham votado nas eleições em que Hitler chegou à chancelaria; assim, o Holocausto não foi um ato de autogoverno por parte deles, mesmo que a maioria dos alemães o tenha aprovado (DWORKIN, 2003, p. 36).

⁶³ Nesse sentido, Gargarella (1999) defende que as normas jurídicas, quando extremamente injustas, passam a ser consideradas inválidas e, portanto, passíveis de serem desobedecidas.

⁶⁴ Também nesse sentido Rawls (2010).

Diante disso, Dworkin (2003) propõe em sua obra aquilo que denomina de leitura moral, consistente em uma forma especial de “ler e executar a Constituição política” de modo que todos os cidadãos (incluindo-se, sobretudo, juízes e advogados) interpretem e apliquem os amplos e abstratos direitos dos indivíduos com referência a princípios morais de decência e justiça. “A leitura moral, assim, insere no próprio âmago do direito constitucional” (DWORKIN, 2003, p. 2).

A análise moral do direito, no entanto, traz alguns inconvenientes. “Ela parece eliminar a importantíssima distinção entre direito e moral, pondo o direito na dependência dos princípios morais que por acaso são adotados pelos juízes de determinadas épocas” (DWORKIN, 2003, p. 5). Ainda, “a moralidade política é extremamente incerta e controversa” (DWORKIN, 2003, p. 2), posto que cada pessoa tem a sua própria leitura moral sobre os eventos sociais.

Dimoulis (2007) enfatiza a crítica à argumentação moral, pois, primeiramente, o que vincula o aplicador e intérprete do direito não é o valor, propriamente dito, mas a disposição constitucional positivada, ainda que faça alusão a um aspecto axiológico. Segundo, os aspectos morais são altamente relativos, pois cada uma tem a sua visão do que é justo e bom. Logo, não passam de palavra vazia, sobretudo em uma sociedade pluralista como a atual.

Por fim, o recurso a argumentos morais são extremamente difíceis de serem aplicados e operacionalizados no direito. Exige, ademais, um grande esforço teórico-argumentativo do aplicador, que, em alguns casos, necessita recorrer a dados empíricos. O juiz, na fundamentação moral, passa a ser visto como um héracles ou um profeta que realiza o “milagre” de extrair do direito “a verdade moralmente correta”, o que parece irrazoável. O argumento moral, outrossim, torna muito ampla a discricionariedade do julgador que, valendo-se desse pressuposto, pode interferir na sociedade e na política, em uma postura evidentemente ativista, o que também é criticado por Maus (2000). O intérprete e o aplicador passam, portanto, a afastar-se de sua função objetiva para envolver-se em visões subjetivas, o que prejudica a segurança jurídica e a previsibilidade.

As críticas de Dimoulis não podem ser ignoradas, pois, se a ausência dos valores no sistema do direito é algo a se evitar, um modelo de direito baseado, tão somente, na moral traz severos inconvenientes. Contudo, os valores demonstram sua relevância, sobretudo, na discussão a respeito do sistema de crise em que há o risco do sistema jurídico ser total ou parcialmente suspenso. O resgate à moralidade permite uma ligação entre o sistema de crise e as disposições constitucionais suspensas por essa legalidade extraordinária, a fim de se evitar

disposições extremamente injustas e reprimir infratores. Por isso, a fim de se evitar os problemas inerentes à moral, opta-se, nesse estudo, por um modelo de sistema baseado em princípios jurídicos, positivados no âmbito da Constituição na forma de direitos fundamentais, conferindo ao poder Judiciário a autoridade de interpretá-los.

Contudo, Dworkin (2006, p. 8/9) bem assevera que a positivação de valores, na forma de direitos fundamentais, não lhes retira do âmbito da moralidade. Quando positivados, esses preceitos passam a denominar-se de “princípios morais constitucionais” (DWORKIN, 2003, p. 16), pois, na solução de casos difíceis, que não podem ser resolvidos por meio do método positivista da subsunção, o texto normativo dos princípios, por ser geral e abstrato⁶⁵, é insuficiente para resolver a controvérsia. Logo, sempre se recorre a preceitos extra ou meta jurídicos para a solução de controvérsia.

Portanto, tanto Dworkin (2003, p. 272) quanto Ferraz Júnior (2003, p. 356), compreendem que a ideologia do direito é a justiça, o que coaduna com o pensamento de Canaris (2002), o qual compreende que o valor supremo de justiça, compreendido por uma noção de igualdade ou equidade, confere unidade ao sistema do direito.

Toda essa exposição da importância dos valores também está presente no pensamento de Canaris (2002). O referido autor incorporou, em sua teoria do direito, a importância dos valores para o ordenamento jurídico. Para ele, o direito é um sistema e, por isso, caracterizado pela unidade e pela ordenação. O elemento que confere unidade ao ordenamento jurídico é um princípio básico ou um valor supremo que é a justiça, que é compreendida por uma noção de igualdade ou equidade que é “tratar de modo igual os semelhantes e de modo desigual os desiguais na medida de sua desigualdade”. Já a ordem é compreendida por coerência e hierarquia. A primeira característica (coerência) corresponde à validade material ou simplesmente “validade”, que é necessidade do ordenamento de evitar “contradições” ou “antinomias”, ou seja, é a necessidade de inexistir conteúdos que se excluam. A segunda característica é a validade formal ou simplesmente “vigência” que é a necessidade de se hierarquizar as normas jurídicas em escalas de modo a se evitar contradições. Logo, para Canaris (2002), assim como para Radbruch (1962), o direito é uma ordenação teleológica e axiológica; teleológica, pois busca um determinado fim, que é a justiça e axiológica, pois seu fundamento é um valor, que é a justiça.

⁶⁵ Muitos dos dispositivos da declaração de direitos “estão vazados de uma linguagem moral excessivamente abstrata” (DWORKIN, 2006, p. 10). “Segundo a leitura moral, esses dispositivos (os princípios constitucionais) devem ser compreendidos da maneira mais naturalmente sugerida por sua linguagem: referem-se a princípios morais abstratos e, por referência, incorporam-nos como limites aos poderes do Estado” (DWORKIN, 2006, p. 10). “A declaração de direitos só pode ser compreendida como um conjunto de princípios morais” (DWORKIN, 2006, p. 18).

Justamente por essa importância dada aos valores que o ordenamento jurídico para Canaris (2002) é aberto, diverso do entendimento de Kelsen (1995) e Luhmann (1983), que compreendem o sistema como fechado. Diz-se aberto porque o ordenamento jurídico é receptivo a influxos de outros sistemas sociais, admitindo a inserção de elementos extra ou meta jurídicos que são os valores, a moral e até a política. Essa noção de abertura é assente no ordenamento jurídico brasileiro com o fenômeno da “mutabilidade constitucional” em que o texto da norma constitucional é preservado, embora haja a modificação na interpretação de seu conteúdo. Inclusive, as cláusulas pétreas são suscetíveis a reforma, desde que seja para a ampliação de seu alcance. A abertura do sistema jurídico se dá por meio dos princípios do direito que são valores positivados na ordem jurídica e que permitem o aprimoramento e a adequação da ordem jurídica às novas aspirações sociais. Ela possui como primordial justificativa a insuficiência da ciência humana e também a necessidade de adequação do ordenamento jurídico às mudanças da ordem social.

Além de aberto, o sistema do direito é predominantemente móbil por possuir cláusulas gerais ou abertas que permitem ao julgador, diante de um determinado caso concreto, solucionar conflitos de interesses de forma justa, ainda que extrapolando o âmbito descritivo da norma. Diz-se que o sistema é predominantemente móvel, porque nele há partes móveis e outras imóveis, com a predominância das primeiras. No sistema móvel, as normas não são rígidas, inflexíveis, nem possuem uma interpretação pré-determinada, mas são passíveis de serem adequadas por meio de cláusulas gerais. Já um sistema imóvel é aquele em que as normas impõem resultados jurídicos de forma inflexível ou tarifado, sem qualquer espaço para ponderações em conformidade com o caso concreto.

Diante de todas essas características do sistema jurídico, é indispensável que ele consagre valores, sobretudo o de justiça, pois eles são o preenchimento da estrutura fornecida pelo positivismo jurídico. Sem a moralidade, há a predominância de atos de arbitrariedade, que geram a revolta, o inconformismo e, no caso alemão, o terror.

Por isso, para fins do presente trabalho, o ordenamento *jurídico* observa necessariamente conteúdos valorativos de justiça e de igualdade. Semelhantemente, a norma jurídica também respeita conteúdos morais. Ainda que a norma, singularmente analisada, seja imoral ou indiferente à moral (ou seja, amoral), ela, quando considerada em relação a todo o sistema jurídico, observa ou, ao menos, respeita aspectos axiológicos de igualdade, liberdade e dignidade. Logo, o regime nazista e a ditadura militar brasileira não consistiam em uma ordem *jurídica*, embora, de fato, fossem uma rígida e bem organizada ordem social.

Em razão desse posicionamento e da aproximação com os valores e com os princípios, o presente estudo enquadra-se no pensamento pós-positivista ou neoconstitucionalista do direito, tal como os pensamentos de Alexy, Dworkin e Canaris (SARMENTO, 2009). Esses autores enquadram nessa categoria por reconhecerem e defendem algumas características peculiares do direito contemporâneo, tais como: a) a relevância dada aos princípios jurídicos, reconhecidos como autênticas normas jurídicas; b) utilização de métodos mais abertos de interpretação e aplicação do direito, como a ponderação, a tópica e a teoria da argumentação; c) influxos do direito constitucional nos demais ramos do direito que passam por uma releitura a partir da Constituição, dos valores, dos direitos fundamentais e da dignidade humana; d) aproximação entre o direito e os valores; e) reforço das prerrogativas institucionais do Judiciário que passa a influenciar diretamente na política e nas relações sociais.

Essas características encontram-se presentes nessa pesquisa, sobretudo a aproximação com os valores de dignidade, igualdade e liberdade para a construção do sistema do direito, conforme foi e será exposto ao longo desse trabalho.

1.3 O reconhecimento histórico e constitucional dos direitos fundamentais, com enfoque nos direitos de liberdade

Os valores de dignidade, liberdade, igualdade e fraternidade, conquistados mediante duras lutas históricas, foram positivados, ao longo do tempo, na forma de direitos fundamentais, instituídos nas Constituições e também em tratados internacionais (art. 5º, § 2º da CF/88). Esses direitos têm como escopo assegurar ao homem condições mínimas de uma vida plena e de uma convivência social igualitária e livre. Esses direitos fundamentais encontram-se previstos na ordem interna de cada país, enquanto os direitos humanos encontram-se no âmbito internacional. Ambos direitos – fundamentais e humanos – têm como principais características a universalidade, a indisponibilidade, a irrenunciabilidade e a inalienabilidade (nesse sentido, Sarlet, 2005).

Esses direitos fundamentais positivam-se na ordem interna brasileira na categoria de autênticos princípios jurídicos, cujas características destoam das regras. Estas (regras) são “mandamentos de definição”, ou seja, normas que devem ser aplicadas não na medida do possível, mas nos termos exatos de suas prescrições. Assim, usa-se a lógica do “tudo ou nada”, já que não há meio termo - ou a regra é cumprida ou não é. O método predominante para a aplicação da regra é a subsunção, que se utiliza do silogismo jurídico, que compreende

o uso de uma premissa maior (norma), outra premissa menor (fato) e a conclusão que consiste no enquadramento do fato à norma.

Ávila (2009) e Freitas (2005)⁶⁶ criticam esta posição, pois há situações em que a regra, apesar de violada, ainda é aplicada por incidência dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade⁶⁷, particularidade esta que, a nosso ver, não desvirtua o referido entendimento geral sobre as regras. Frise-se que uma compreensão ampla admite exceções particulares. Na concepção de Ávila (2009), as regras são normas predominantemente descritivas, retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e de abrangência. Sua aplicação envolve a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Por outro lado, os princípios são “mandamentos de otimização”, ou seja, normas que ordenam que algo seja cumprido na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. O princípio é uma norma jurídica que não possui uma medida exata do seu cumprimento, ou seja, pode ter o seu âmbito de incidência maior ou menor, conforme as circunstâncias em que será aplicado. Logo, o princípio possui um peso ou uma aplicação relativa e não absoluta, por depender de um caso concreto e também da análise de outras normas jurídicas – princípios ou regras – envolvidas na situação concreta. Na óptica de Ávila (2009), os princípios são normas que estabelecem, de modo imediato, um fim ou um estado ideal de coisas a ser atingido e têm a intenção de ser complementado pela atuação dos agentes públicos. A aplicação dos princípios relaciona o estado de coisas a ser promovido e os efeitos das condutas necessárias à sua promoção. Os princípios são preponderantemente aplicados pelo método da ponderação, também chamado de sopesamento ou ponderamento. Ponderar implica em atribuir um critério de ordenação dos princípios, em razão de fatores normativos e fáticos para aplicá-los, preferencialmente, de forma simultânea.

Ávila (2009) afirma que deixar de aplicar ou infringir uma regra é muito mais grave do que se estivesse diante de um princípio, pois aquela é muito mais específica e possui um grau de concretude maior. Porém, é plenamente possível sobrelevar um princípio em detrimento das regras e tal modo de aplicação normativa é referendado por nossos Tribunais. Contudo, tal ato depende de uma ampla motivação e fundamentação por parte do aplicador que não deve se olvidar de ouvir e considerar a posição de todos os interessados.

Em razão dessas características específicas, é que os direitos fundamentais são elevados à categoria de princípios jurídicos. Canaris (2002) também consigna que são os princípios os

⁶⁶ “Não se aplica, em parte alguma do direito, a limitada e limitante lógica do tudo-ou-nada, sequer no plano das regras” (FREITAS, 2005, p. 322).

⁶⁷ Marques (2004) defende o entendimento do “diálogo das fontes” que rejeita a tese do tudo-ou-nada das regras.

elementos que tornam perceptíveis a unidade interna e a ordenação do sistema jurídico, pois ocupam o ponto intermediário entre o valor e a regra - é mais concreto que o valor e mais abrangente que a regra, além de possuir as seguintes características: a) os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; b) os princípios não têm pretensão de exclusividade, ou seja, uma mesma consequência jurídica, característica de um determinado princípio, também pode ser conectada a outro. Assim, os princípios não devem fundamentalmente ser colocados em um grau de exclusividade; eles não devem, portanto, ser formulado segundo a proposição “só quando... então”; c) os princípios ostentam o seu sentido próprio numa combinação de complementação e restrição recíprocas, ou seja, o entendimento de um princípio é sempre, ao mesmo tempo, o dos seus limites; d) os princípios para a sua realização necessitam de uma concretização através de subprincípios e valores singulares, com conteúdo material próprio.

Embora se discorde da última característica disposta por Canaris (2002), pois os princípios não dependem necessariamente de uma complementação para serem aplicados, o referido autor frisa a relevância dos princípios para proporcionar coesão e unidade ao sistema do direito. Por isso que os direitos fundamentais são elevados à categoria de princípios. Contudo, esses direitos diferem-se dos demais princípios em razão de sua característica de essencialidade.

Na concepção de Ferrajoli (2008), são três os critérios que determinam certos princípios como fundamentais. O primeiro deles é que tais direitos são condição necessária para assegurar a paz, conforme disposto na própria declaração universal de 1948. Em um âmbito internacional e estatal, esses direitos encontram-se indissociavelmente vinculados à autodeterminação dos povos e à liberdade de autogestão de cada Estado. Segundo, trata-se de um critério de igualdade de condições pessoais, sociais e de oportunidades. Visam assegurar a isonomia das pessoas frente às demais, o que implica, por consequência, na proteção das minorias (negros, indígenas, homossexuais, idosos, deficientes físicos, menores, mulheres etc.), bem como na consagração de certos direitos, voltados para a redução das desigualdades materiais. Por fim, há o critério dos direitos fundamentais como voltados à proteção dos mais fracos em face dos mais fortes física, política ou economicamente. Implica, ainda, na rejeição da ideia de que a maioria, por gozar de maiores condições de representatividade, pode tomar as decisões que melhor lhe aprouver. Na verdade, os direitos fundamentais garantem que ninguém, por menor que seja a sua classe econômica, social, étnica e humana, estejam desacobertados de proteção jurídica e estatal.

Os direitos fundamentais irradiam seus efeitos por toda a sociedade e por todo o ordenamento jurídico, por serem autênticas normas jurídicas, norteados pelo valor e pelo supraprincípio da dignidade da pessoa, compreendido pela

qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a teia da vida (SARLET, 2011, p. 51).

Na verdade, “a dignidade da pessoa humana guarda relação com a noção do conteúdo dos direitos fundamentais” (SARLET, 2011, p. 69).

Por serem fundamentais, esses direitos gozam de certas características que os tornam únicos e peculiares, notadamente o “máximo alcance”, a “máxima força jurídica”, a “máxima importância” e a “máxima indeterminação” (ALEXY, 2003, p. 32/33). Por máximo alcance, compreende-se que os direitos fundamentais são dispostos na Constituição, que, por sua vez, é a norma superior do ordenamento jurídico. Logo, toda norma incompatível com esses direitos deve ser extirpada do ordenamento jurídico pela aplicação do critério *lex superior derogat inferiori*.

Já a característica da máxima força jurídica implica que esses direitos vinculam o Estado (em seus poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) e os próprios particulares, que não podem se abster de respeitá-los. Implica, ainda, que esses direitos são tuteláveis por intermédio do poder Judiciário. Os direitos fundamentais também gozam da máxima importância, pois são os fundamentos nos quais se apoiam uma sociedade e as demais normas do ordenamento. Ora, é por meio da livre-iniciativa, do valor ao trabalho, da liberdade contratual e da propriedade que se apoia a economia; é por meio da liberdade de expressão e de imprensa que se apoia a comunicação social; é por meio do direito à família, à honra e à liberdade religiosa que se apoia a base ética da sociedade e assim sucessivamente.

Finalmente, os direitos fundamentais usufruem da máxima indeterminação, pois são dispostos por meio de textos normativos sucintos e vazios, cujo significado e conteúdo é formulado mediante um esforço interpretativo, realizado, sobretudo, por um Tribunal Constitucional.

Tais direitos fundamentais, embora tidos como universais e atemporais, somente foram reconhecidos ao longo de um lento e gradativo processo histórico, caracterizado por árduas lutas, batalhas, guerras e revoluções, que tiveram como gérmen a necessidade de se proteger a pessoa face ao arbítrio do poder estatal.

Na visão de Bobbio (1992), para fins didáticos, os direitos fundamentais podem ser organizados em gerações (ou, melhor, dimensões⁶⁸), conforme a categoria de direitos e o momento histórico em que foram consagrados. A primeira categoria são os chamados direitos de liberdade, advindos do pensamento liberal-burguês do século XVIII. São eles: o direito à vida, à propriedade, à igualdade perante a lei, à liberdade e seus consectários, como liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação; os direitos de participação política, como direito de candidatar-se e de votar e as garantias de acesso à justiça, como o devido processo legal, o *habeas corpus* e o direito de petição. No sistema brasileiro, tais direitos estão predominantemente (e não totalmente) positivados no art. 5º da Constituição Federal.

No decorrer do século XIX, tornou-se imperiosa a consagração de outra classe de direitos, voltados a proporcionar um bem-estar social, ou seja, condições materiais mínimas para que a pessoa tenha uma vida digna e plena. Esses direitos são a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, os quais, no ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se consagrado no art. 6º da CF/88.

Os direitos de primeira dimensão são chamados de “defesa” e os de segunda são os “prestacionais”. Os primeiros são uma limitação da conduta do Estado, que deve abster-se de interferir na vida da pessoa. Em regra, esses direitos têm eficácia plena; sua proteção é abstrata, ou seja, exaurem sua eficácia com a disposição normativa; são previstos constitucionalmente e independem de recursos econômicos. Lado outro, os direitos sociais, ou “prestacionais”, exigem uma atuação positiva do Estado, consistente em uma ação fática ou normativa. Eles proporcionam uma liberdade por intermédio do Estado e não em face dele,

⁶⁸ Sobre a terminologia das dimensões ou gerações dos direitos fundamentais, assim consigna Sarlet (2005, p. 53): “Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo “gerações” por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. (...) Além da imprecisão terminológica já consignada, [o termo “gerações”] conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento”.

como ocorre nos direitos de defesa. Tais direitos demandam uma proteção concreta, já que exigem uma manifestação na realidade fática; dependem de recursos econômicos e o seu conteúdo é mais bem definido mediante disposições infraconstitucionais.

Deve-se destacar que as características acima mencionados são regras gerais, pois os direitos sociais “prestacionais” também impõe uma restrição estatal, ou seja, se o Estado deve garantir o direito à saúde, ele deve, também, não prejudicá-la. Ademais, os direitos de defesa, em certas hipóteses, carecem de uma atuação estatal, pois, quando violados, carecem de todo um aparato jurisdicional que os assegure. Ainda, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o mandado de injunção 715 (BRASIL, 2007), versando sobre o direito de greve (art. 37, inc. VII da CF/88) – um típico direito de liberdade – concluiu que se trata de norma de eficácia limitada que, portanto, carece de uma atuação legislativa infraconstitucional.

Por isso que as características dos direitos de defesa e de prestação servem como diretrizes orientadoras e complementares da taxinomia das dimensões dos direitos fundamentais, ou, na concepção *weberiana*, são tipos ideais que nem sempre correspondem à integralidade das situações práticas.

Reconhece-se nesse estudo a grande relevância dos direitos fundamentais sociais, embora, para fins didáticos, limitar-se-á o estudo apenas aos direitos de liberdade. Denninger (2000) confere tanta importância aos direitos sociais de modo que, com base neles, propõe uma releitura nos tradicionais direitos de liberdade, igualdade e fraternidade, propondo, em substituição, o tripé segurança, diversidade e solidariedade.

Esse autor afirma, com razão, que a tríade, disseminada na revolução francesa sustentou-se de modo formal, ou seja, com base na Lei, o que, em muitas situações, não correspondia à realidade, ou seja, esses ideais eram fictícios. Até o ideal de fraternidade teve apenas uma modesta repercussão, compreendida apenas como uma orientação genérica para o bem comum (DENNINGER, 2000, p. 507). Na verdade, somente eram iguais aqueles com condições financeiras e posses consideráveis.

A preocupação atual não é com o reconhecimento jurídico formal desses direitos e sim com a sua implementação, conforme já consignado por Bobbio (1992) e por Sarlet (2005). As pessoas estão mais preocupadas com a consagração de condições materiais, pois somente assim os direitos de liberdade e igualdade são proporcionados.

Por isso, é ilusório afirmar a existência do direito de liberdade, havendo, na sociedade, elevados índices de criminalidade e com um sistema de segurança pública ineficiente, que torna a pessoa prisioneira em sua própria residência.

Security no longer means first and foremost the certainty of the individual citizen's liberty, but rather the prospect of unlimited and unending state-sponsored activity for the sake of protecting citizens from social, technical, and environmental dangers, as well as from the dangers of criminality (DENNINGER, 2010, p. 515).

Semelhantemente, em nada adianta conferir liberdade de ir e vir se a pessoa não possui condições de custear as despesas decorrentes de seu deslocamento, com transporte, estadia, alimentação etc. A igualdade também é alvo de severas críticas, já que hoje busca-se, na verdade, o reconhecimento da desigualdade, ou “equal rights to inequality” (DENNINGER, 2000, p. 510). Visa-se com esse paradigma proporcionar condições materiais de igualdade, pois, somente essas amenizariam situações de discriminação.

Ao invés da fraternidade, compreendida como uma ideia abstrata disseminada pela burguesia, propõe-se a solidariedade, cuja carga valorativo é muito mais forte e, com isso, a repercussão prática e social é mais intensa. Com fundamento na solidariedade, propõe-se um maior apoio e respeito em relação ao outro que não deve estar descoberto em situações de necessidade. Implica, ainda, em proteção nas hipóteses de acidentes e catástrofes, bem como no apoio a minorias, como na hipótese de violência doméstica. Ainda, confere e impõe ao Estado a prerrogativa de agir de ofício a fim de garantir os direitos de outrem, responsabilizando-o socialmente, caso não o faça. Jellinek (2005, p. 258) endossa esse posicionamento ao defender que o Estado deve manter uma estreita relação com a solidariedade humana, que é efetivada mediante a consagração e efetivação de direitos.

Logo, a proposta “segurança, diversidade e solidariedade” propõe uma reformulação do direito constitucional, mais preocupado com a realidade e com programas de ação prática.

This combination of constitutionalized goals for government policy with constitutionalized expectations addressed to the citizenry, and the concomitant attempt to link promises concerning performance to a concrete social function or situation, brings about at the level for the constitutional system a transition: from a “limiting” system of rules – resting for the most part on a separation of morality from legality – to a permanently dynamic, teleologically-oriented, and morally-demanding system of norms (DENNINGER, 2000, p. 514-515).

Com esse posicionamento, Denninger (2000) reforça a ideia de liberdade em face do Estado, típico do modelo liberal burguês, para a liberdade por meio do Estado, já que “the state is there for the sake of man, not man for the sake of the state” (DENNINGER, 2000, p. 516).

Embora com prestígio a teoria de Denninger (2000), ele se aproxima de forma muito intensa dos direitos fundamentais sociais, o que encontra oposição por parte da doutrina. Muñoz (2009) apresenta uma crítica a essa grande relevância que se dá aos direitos sociais, olvidando-se, muitas vezes, dos direitos de liberdade. Segundo o autor, a experiência histórica demonstrou que focar-se demasiadamente nesses direitos, como ocorreu no *Welfare State*, tornou o Estado como um fim em si mesmo, rígido em seus trâmites burocráticos, que impediu o dinamismo social e dos direitos (MUÑOZ, 2009, p. 41). O estado de bem-estar social “es un modelo de Estado de intervención directa, asfixiante, que exige elevados impuestos y, lo que es más grave, que va minando poco a poco lo más importante, la responsabilidad de los individuos” (MUÑOZ, 2009, p. 46). Nesse Estado a pessoa

se convierte en una pieza de la maquinaria de producción y en una unidad de consumo, y por donde se ve privado de sus derechos más elementares si no se somete a la lógica de este Estado, quedando arrumbados su libertad, su iniciativa, su espontaneidad, su creatividad, y reducida su condición a la de pieza uniforme en el engranaje social, con una libertad aparente reducida al ámbito de la privacidad (MUÑOZ, 2009, p. 50).

É conveniente, na ótica de Muñoz (2009), uma coexistência harmônica entre os direitos de liberdade e os sociais, cujo parâmetro de equilíbrio seria a dignidade humana.

Apesar das críticas, é relevante o posicionamento de Denninger (2000), embora nesse trabalho se mantenha como objeto de estudo “direitos de liberdade”, os quais são alvo de restrições em sistema de crise. Logo, visa-se proteger a pessoa em face de abusos por parte Estado em sistema de crise, mediante o uso de prerrogativas institucionais eficientes.

A outra categoria de direitos fundamentais, na visão de Sarlet (2005), são os de terceira dimensão, advindos com o impacto tecnológico a partir do século XX. Esses direitos são os denominados de “fraternidade” ou de “solidariedade”, caracterizados por desvincular-se de uma visão individualista do homem para uma proteção coletiva e grupal. São eles os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e à comunicação. Esses direitos encontram-se em fase de consagração e efetivação, embora, no Brasil, já sejam consagrados por meio do código de defesa do consumidor (Lei 8.078/90), do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), do estatuto do idoso (Lei 10.741/2003), dentre outros.

Há outros doutrinadores, que utilizando-se de taxonomia própria, elenca outras dimensões dos direitos fundamentais, vinculadas à globalização e à universalização dos

direitos fundamentais. Bonavides (1997) posiciona-se no sentido de que os direitos de quarta dimensão são aqueles vinculados à democracia, à informação e ao pluralismo, que têm como decorrência os direitos à manipulação e à mudança genética. Sarlet (2005) por outro lado, vincula estes dois últimos direitos como de terceira dimensão.

Aparte as discussões doutrinárias, hoje, o maior desafio dos direitos fundamentais não é compreendê-los, classificá-los, nem ao menos classificá-los em um âmbito teórico-dogmático, mas aplicá-los, pois exortações abstratas e fadadas ao limbo são perfunctórias. É uma assente preocupação pública e privada a consagração e aplicabilidade fática dos direitos fundamentais, que estão sofrendo uma crise de efetividade (Sarlet, 2005).

Essa atual preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais é seguida no presente estudo que se centra nos direitos de primeira dimensão na vigência de um sistema constitucional de crise, muito embora sejam graves os problemas dos direitos fundamentais sociais, que envolvem, em sua aplicação, conceitos complexos, como a reserva do possível, a aplicabilidade das normas programáticas e a necessidade de interposição legislativa e de políticas públicas.

Contudo, conforme já frisado, são esses direitos de liberdade os objetos de maior restrição na vigência do sistema constitucional de crise, consoante consta nas disposições constitucionais. No art. 136 da CF/88, o decreto que instituir o estado de defesa pode prever restrições ao direito de reunião (ainda que no seio das associações), bem como ao sigilo à correspondência, à comunicação telegráfica e telefônica. Há, previsto, ainda, a restrição ao direito de propriedade pela ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos.

Na vigência do estado de sítio, são os direitos de liberdade os objetos de restrição, que é mais severa que no estado de defesa. Prevê-se, no art. 139, a possibilidade de impor à pessoa a permanência em localidade determinada; a detenção em edifício não ocupado por condenados por crimes comuns; a suspensão do direito de reunião; a intervenção nas empresas de serviços públicos e a requisição de bens.

Observa-se, portanto, que os direitos fundamentais de liberdade, já amplamente reconhecidos, são aqueles que mais sofrem interferência pelo sistema constitucional de crise e, por isso, eles são objeto desse estudo.

1.4 Do acesso à justiça: prerrogativas institucionais do poder Judiciário que lhe conferem o status de guardião dos direitos fundamentais

O Judiciário é um dos três poderes da União, ao lado do Legislativo e do Executivo (art. 2º da CF/88), cuja missão é declarar, aplicar e defender a Constituição e o Direito. Como “guardião da Constituição”, o Judiciário é o poder que mais intervém nos demais, pois exerce o controle de legalidade, razoabilidade e de proporcionalidade das medidas legislativas e administrativas. Logo, a função do Judiciário, sobretudo a dos Tribunais Superiores, é inerentemente política de interpretar e aplicar os princípios do Direito, notadamente os direitos fundamentais, altamente gerais e com elevada carga axiológica.

Há, por isso mesmo, uma judicialização da política, das relações sociais, cenário em que passam a ter significativa importância as ações coletivas que asseguram a participação da sociabilidade no processo de aplicação do direito (CARVALHO, 2004, p. 660).

Não obstante essa função de controle dos demais poderes, incumbe ao Judiciário solucionar os litígios, assumindo uma função de pacificação da sociedade, já que é proibido aos indivíduos fazer justiça com as próprias mãos⁶⁹. Esse poder também tem como atribuições controlar o arbítrio do Estado, bem como assegurar a concessão de direitos e o cumprimento das obrigações.

A fim de cumprir seus objetivos, o Judiciário possui características que lhe diferenciam dos demais poderes que são: o monopólio da jurisdição; a inércia; a definitividade de suas decisões e o devido processo legal. A primeira característica (monopólio da jurisdição) implica que a atividade jurisdicional é exclusiva e inafastável, ou seja, o Judiciário não pode deixar de apreciar lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inc. XXXV da CF/88).

Essa característica é diretamente vinculada à inércia, compreendida como a necessidade que o Judiciário possui de ser provocado para poder agir. Sem essa provocação, é, em regra, defeso ao Judiciário atuar, conforme brocardo do *nemo iudex sine actore*⁷⁰. Já a definitividade implica que as decisões do Judiciário são definitivas e, portanto, não podem ser revogadas ao arbítrio do Poder Público. Por fim, deve o Judiciário obedecer ao devido processo legal (art. 5º, inc. LIV da CF/88), compreendido como o instrumento para efetivar e realizar o direito, pois não basta criar órgãos e declarar direitos, é necessário criar meios probos e efetivos de concretizá-los. Somente com o devido processo legal, “o processo se transforma de simples instrumento de justiça para garantia de liberdade” (GRINOVER, 1973, p. 60).

⁶⁹ Nesse sentido, confira-se o disposto no código penal (Decreto-Lei 2.848/1940): Art. 350 - Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder: Pena - detenção, de um mês a um ano.

⁷⁰ No direito processual penal, o princípio da “verdade real” é uma permissão para que o Judiciário aja de ofício.

Além das características e funções do poder Judiciário, os magistrados gozam de garantias para assegurar-lhes a autonomia, a independência e a dignidade, preservando-os da ingerência dos outros poderes e até dos particulares, tudo no fito de que possam exercer um julgamento justo e imparcial. Consistem essas garantias na vitaliciedade – adquirida após dois anos de efetivo exercício – a qual estabelece que o magistrado somente pode perder o cargo após decisão judicial transitada em julgado; a inamovibilidade a qual significa que a remoção do magistrado somente pode ocorrer com a sua concordância ou por interesse público em hipóteses taxativamente previstas em Lei e, por fim, irredutibilidade de subsídios que implica em rendimentos fixos, estabelecido na Constituição, bem como segurança no plano de carreira e nas promoções.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) compreende que qualquer ingerência de outros poderes no Judiciário é ilegal, conforme súmula 649: “é inconstitucional a criação, por Constituição estadual, de órgão de controle do poder Judiciário do qual participem representantes de outros poderes ou entidades”. Por outro lado, no intuito de assegurar a plena execução dos objetivos do Judiciário, veda-se ao magistrado exercer outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber custas ou participação em processo, bem como empenhar-se em atividades político-partidárias.

Hodiernamente, o Judiciário está, cada vez mais, angariando apoio e prestígio junto à população que vê, nesse poder, o último instrumento de solução dos seus problemas. Embora ainda alvo de severas críticas e assolado com diversos problemas⁷¹, dentre eles a morosidade e a ineficiência, o Judiciário está cada vez mais próximo da sociedade, sobretudo com a intensificação da mídia televisiva no Supremo Tribunal Federal. Esse poder é alcunhado de “guardião da Constituição” e “protetor dos direitos da minoria”, ou seja, trata-se, na concepção de muitos, de um autêntico agente de modificações sociais. É o

poder que assegura direitos, aplaca dissídios, compõe interesses, na diuturna aplicação da lei e de sua adaptação às mutáveis condições sociais, econômicas e políticas. É o poder que enfrenta e deslinda dramas humanos, ouvindo queixas, reivindicações e protestos. É o poder onde explode o ódio das vítimas e dos condenados, a revolta dos oprimidos, e a arrogância dos opressores. É o poder que reclama de seus membros serenidade e bravura,

⁷¹ Nesse sentido: “The judicial system has been widely discredited for its venality, inefficiency, and lack of autonomy. It is deficient in every respect: material resources are scarce; judicial procedures are excessively formalistic; judges are insufficiently trained; and too few judges oversee too many cases. Because of these obstacles, courts often frustrate plaintiffs. Many judges have been impotent to prosecute cases of organized crime, and some have even been linked to drug trafficking. In most countries of the region, the investigative capacity of the police is very limited, and only a low percentage of investigated cases reach the courts. In general, the way the courts function is intimately linked to the hierarchical and discriminatory practices that mark social relationships” (PINHEIRO, 1999, p. 11).

paciência e desassombro, humildade e altivez, independência e compreensão. Poder tão próximo do dia-a-dia do Homem e da sociedade, é natural o interesse dos cidadãos e das instituições pelo seu destino (HORTA, 1987, p. 184).

Esse prestígio e relevância do Judiciário é uma evidência histórica recente e remonta o final do século XVIII tendo como causa, sobretudo, o desgaste e a ineficiência do Legislativo. Antes desse período, no contexto das revoluções liberais burguesas (séculos XVII a XVIII), os magistrados eram considerados “boca da lei”, cuja função limitava-se a reproduzir literalmente as disposições normativas. Caso houvesse dúvidas ou divergências interpretativas, o caso era remetido ao Parlamento que se pronunciava sobre a questão.

Naquela época, predominava o modelo que aqui denominamos de supremacia do parlamento ou legislativa. Conforme este modelo, todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos mediante o sufrágio da maioria da população. Logo, compreendia-se que as normas editadas pelo Parlamento correspondiam à manifestação da vontade do povo.

Esse sistema caracteriza-se por leis, sem qualquer hierarquia, e que podiam ser editadas e revogadas, conforme a vontade do Legislativo. Portanto, este órgão era supremo e incontestável, justamente porque ele podia alterar a forma de organização do sistema jurídico como bem entendia, sem estar vinculado ou limitado por qualquer disposição.

Contudo, a supremacia parlamentar apresentou severos problemas. Primeiro, porque o Parlamento não impediu o surgimento de regimes ditatoriais ou totalitários, os quais, conforme já mencionado, foram caracterizados por graves violações a direitos, a exemplo da chacina aos judeus na Alemanha⁷². Por meio desse sistema político, foi autorizado ao Legislativo sobrestar os direitos dos cidadãos judeus, submetendo-os a tratamentos desumanos e cruéis. Nos Estados Unidos, esse modelo não obistou a existência de violações aos direitos dos colonos americanos, o que também foi o estopim para a independência norte-americana em 1776⁷³.

⁷² “O fracasso óbvio e catastrófico do modelo de supremacia legislativa do constitucionalismo em evitar tomadas de poder totalitaristas, bem como a avalanche de violações a direitos humanos antes e durante a Segunda Guerra Mundial, resultaram na adoção dos elementos essenciais do polarmente oposto modelo norte-americano, quase sem exceção, sempre que surgia a oportunidade para um país ter um novo começo e promulgar uma nova Constituição. Para proteger e expressar de forma efetiva seu compromisso para com os direitos e liberdades humanas fundamentais, os países abandonaram, um após outro, a supremacia legislativa, mudando para uma declaração de direitos petrificada com status de lei suprema que fosse judicialmente (ou quase judicialmente) aplicada” (GARDBAUM, 2010, p. 168).

⁷³ “A Constituição dos Estados Unidos da América foi, é claro, tanto produto de uma revolução bem-sucedida quanto uma revolução bem-sucedida por si própria – no constitucionalismo e no pensamento constitucional. Ela foi projetada, acima de tudo, em contraste direto à Constituição britânica que, quaisquer que fossem os méritos gerais de suas alegações de proteger a liberdade adequadamente, era condenada pelos ex-súditos coloniais norte-

A fim de superar esses inconvenientes trazidos pelo modelo de supremacia parlamentar, alguns países adotaram outro sistema, que passou a ser mundialmente predominante a partir de 1945. Nele, adotou-se o império da Constituição e do Judiciário, ou seja, não era mais o Parlamento e sim o Judiciário que daria a última palavra sobre a interpretação da lei, com referência ao disposto na Constituição.

Nesse novo modelo, as normas sobre organização do Estado, a distribuição dos poderes, o sufrágio e, sobretudo, os direitos foram consagrados em uma norma superior, que é a Constituição com *status* jurídico mais elevado que as demais normas do ordenamento.

As normas constitucionais eram protegidas, pois, para alterá-las, exigia-se um procedimento mais árduo de aprovação para as demais normas. Ademais, havia normas que jamais podiam ser suprimidas, que, no Brasil, chama-se de cláusulas pétreas, previstas nos art. 60, § 4º da CF/88⁷⁴. Algumas Constituições, como a brasileira, adotavam limitações temporais e circunstanciais. Todas as normas infraconstitucionais deveriam também ser compatíveis e não violar o conteúdo da Constituição. Essa proteção da Carta Magna era realizada pelo poder Judiciário, que controlava as normas editadas pelo Legislativo, por meio do denominado controle de constitucionalidade.

Ocorre que esse controle sofreu variações históricas quanto ao modo pelo qual é realizado, advindo duas espécies – o sistema norte-americano e o europeu. Enquanto no sistema norte-americano, o controle de constitucionalidade é realizado em qualquer processo judicial, proposto por qualquer cidadão, que tem efeitos em um determinado caso concreto, no modelo Europeu, há um órgão superior que realiza esse controle, o qual é suscitado por legitimados específicos. O controle é realizado de modo abstrato sem vinculação com qualquer situação concreta.

Atualmente, no Brasil, adota-se o modelo de supremacia constitucional ou judiciária, revelando um Judiciário robusto, participativo, extremamente politizado e que exerce influência direta na sociedade e no Estado, cuja função, sobretudo, é a proteção dos direitos fundamentais.

Essas características do Judiciário, existente não apenas no Brasil, mas em vários outros países, como a Alemanha e os Estados Unidos, encontram forte oposição doutrinária, a

americanos por ter deixado de proteger seus direitos e liberdades garantidos pelo direito consuetudinário. Rejeitando direta e conscientemente a fundamental teoria constitucional britânica da soberania do Parlamento, os novos Estados Unidos criaram um sistema de governo baseado na noção de que o poder Legislativo é juridicamente limitado e, em seguida, concederam poder aos tribunais para aplicar tais limites” (GARDBAUM, 2010, p. 164).

⁷⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

exemplo do pensamento de Maus (2000), segundo o qual esse poder é extremamente deficiente em razão de sua característica antidemocrática. Na verdade, “não haveria como analisar a existência do que se conhece como controle jurisdicional da constitucionalidade das leis sem submeter tal ideia a parâmetros de uma perspectiva radicalmente democrática” (MAUS, 2000, p. 184), diverso do que ocorre na atual postura dos Tribunais. Esse viés antidemocrático do Judiciário é vista por ela como um retorno à monarquia imperialista, ou seja, como uma regressão social (MAUS, 2000, p. 187).

Na realidade, a autora atribui à admiração que hoje se observa em relação ao Judiciário como irracional, do mesmo modo que se dá a uma figura religiosa ou a de um Pai. Os magistrados, na consciência popular, são comparados a figuras de “profetas” ou “deuses olimpo do direito” (MAUS, 2000, p. 185), pois, decisões justas, somente podem ser tomadas por uma personalidade justa, formada mediante uma sólida base de educação ética e moral.

Considerar o Judiciário como o guardião da moral, que recorre a princípios generalíssimos do direito, sendo alguns, inclusive, implícitos, torna incontestável qualquer decisão proferida por este poder, postura essa demasiadamente arriscada, pois o uso de tão amplos e abstratos parâmetros podem ser usados para embasar uma decisão contrária ou desfavorável a uma determinada pretensão. O discurso moral, portanto, encobre um decisionismo judicial. Ademais, torna o Judiciário imune a qualquer forma de controle.

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social (MAUS, 2000, p. 187).

Decisões baseadas em valores, em princípios gerais ou implícitos, em cláusulas gerais, como “má-fé”, “boa fé”, “censurável” e “sem consciência”, previstos ou não na Constituição, abrem amplo espaço para um ambiente de incertezas, insegurança e decisões altamente conflitantes, em que não há ampla previsibilidade do resultado das ações judiciais. Com isso, abre-se amplo espaço por parte do Estado para a interpretação e aplicação das leis, olvidando-se da mais basilar garantia estatal, que é o primado da legalidade e do Direito.

Com base nessa concepção, Maus (2000) aproxima-se do positivismo jurídico, apregoando a necessidade de segurança jurídica, da previsibilidade das ações sociais, sobretudo as do Estado, e da precisão das disposições legais. Logo, “o poder de interpretação

dos tribunais em face das leis deve ser o mais limitado possível” (MAUS, 2000, p. 188) e os juízes, ante a incerteza legal, devem recorrer à interpretação autêntica do Legislativo, que é o único órgão democraticamente legitimado para tomar decisões dessa extirpe.

Maus (2000) enfatiza que foi o formalismo e o positivismo jurídico, que, com êxito, conseguiram conter os poderes ilimitados do monarca no período absolutista mediante a disposição de regras claras e específicas que continham o arbítrio e a discricionariedade. Contudo, curiosamente, na contemporaneidade, essas doutrinas, que outrora serviram de barreira ao autoritarismo, passam a ser alvo de severas críticas, sobretudo por parte do Judiciário, que nega frontalmente sua vinculação à legalidade, com o esteio em sua independência e imparcialidade.

Desta maneira, o juiz torna-se o próprio juiz da lei – a qual é reduzida a “produto e meio técnico de compromisso de interesses” –, investindo-se como sacerdote-mor de uma nova “divindade”: a do direito suprapositivo e não-escrito. Nesta condição, é-lhe confiada a tarefa central de sintetizar a heterogeneidade social (MAUS, 2000, p. 196).

A fim de subsidiar seu posicionamento, Maus (2000) cita como exemplo o Judiciário alemão que se despiu de todo o conteúdo normativo em prol de uma ideologia unitária ou um valor superior que não deveria estar limitado a disposições legais.

O juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo”. As “Cartas aos Juízes” também tinham em vista a elite judiciária, quando advertiam acerca de não se utilizar servilmente “das muletas da lei”, sustentando também que o juiz era visto como “auxiliar direto da condução do Estado (MAUS, 2000, p. 197).

Logo, uma teoria com base na certeza, na segurança jurídica, no positivismo e no formalismo jurídico seria uma barreira óbvia ao regime nazista e também à ampla discricionariedade do Judiciário, que hodiernamente se observa.

Um exemplo claro dessa ampla margem de arbítrio do Judiciário é o Tribunal Federal Constitucional bávaro que afirmou ter fundamentado suas decisões não com base na Constituição, mas além dela: “O Tribunal Federal Constitucional reconhece a existência de direitos suprapositivos que também vinculam o legislador constitucional, e se declara competente nestes termos para controlar o teor de constitucionalidade do direito vigente” (MAUS, 2000, p. 191).

Assim, a “competência” do TFC – como de qualquer outro órgão de controle de constitucionalidade – não deriva mais da própria Constituição, colocando-se em primeiro plano. Tal competência deriva diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer “competência” constitucional. O TFC submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais (MAUS, 2000, p. 191-192).

Com isso a Constituição deixa de ser um texto escrito, promulgado pelo Poder Constituinte, o qual assegura os direitos, as garantias individuais, políticas e sociais, “tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziram diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O TFC, em muitos de seus votos de maioria, pratica uma ‘teologia constitucional’” (MAUS, 2000, p. 192).

O Judiciário deixa, portanto, de ser um guardião de sua Constituição para ser o seu principal subversor, respeitando, tão somente, seus precedentes e entendimentos jurisprudenciais, erigidos como a nova e verdadeira Constituição. Até as leis infraconstitucionais deixam, assim, de ser de observância compulsória para ser apenas mais um parâmetro interpretativo do Juiz.

As leis são reconhecidas indiferencialmente como meras previsões e premissas da atividade decisória judicial, desprezadas as suas diferentes densidades regulatórias. Entre as teorias da metodologia jurídica hoje predominantes quase que desaparece o condicionamento legal-normativo da Justiça sob o peso de orientações teleológicas, analógicas e tipológicas ou de procedimentos tópicos, finalísticos, eficacionais e valorativos, além da própria escolha pelo juiz do “método adequado” entre outras concepções concorrentes (MAUS, 2000, p. 193).

Ascender o Judiciário na qualidade de “administrador da moral pública” (MAUS, 2000, p. 189) permite que suas decisões sejam distantes da vontade popular e, com isso, da ordem democrática. Por isso, na visão da autora, o Judiciário é um órgão altamente antidemocrático.

Diante de todos os problemas apresentadas pelo Judiciário, Maus (2000) observa que ele somente se mantém com fundamento no apoio popular, mas que esse amparo não é racional, democrático ou participativo, mas por uma crença e com uma confiança que a população possui em relação a esse poder, como um filho possui em relação ao Pai. Acredita-se que a Justiça erige como uma instituição imparcial que soluciona interesses em conflito, resolve situações concretas e promove a paz, por meio de uma decisão objetiva, “correta”, legal e, portanto, justa.

A cáustica crítica de Maus (2000) ao Judiciário põe em cheque a admiração que se tem em relação a esse poder, que, conforme já dito, é o denominado “guardião da Constituição”, das Leis e do Direito. Todavia, a proposta da autora de se retornar ao formalismo e ao positivismo “puro”, como o era no período da revolução francesa, em que o Juiz era considerado como apenas “boca da lei”, também pode ser alvo de severas críticas. Uma delas é que o sistema político-legislativo está passando por um descrédito popular, sobretudo no Brasil, em que se visualiza, de maneira cada vez mais crescente, escândalos, como corrupção, falsificações e “compra” de votos parlamentares. Além disso, o Legislativo, quando se depara com situações sociais polêmicas, que envolvem um alto desgaste político em razão da impopularidade que traz consigo, omite-se de regulamentar esse fato, como no caso da união homossexual, cuja solução somente ocorreu mediante uma atuação jurisdicional. Essa omissão legislativa é observada no Brasil em que muitos direitos não são regulamentados, como a greve do servidor público e o imposto sobre grandes fortunas.

Outro dogma na teoria de Maus (2000) é o primado da regra jurídica que deve ser clara, específica e objetiva no sentido de direcionar a atuação do Estado, evitando que este cometa abusos em relação ao indivíduo. Contudo, da mesma forma que a regra protege o indivíduo, ela pode prejudicá-lo, pois, por ser muito específica, pode ignorar peculiaridades do caso concreto que, se desconsideradas, podem causar uma situação de injustiça. Ademais, a regra torna-se insuficiente ao se analisar a atual conjuntura pós-moderna⁷⁵, caracterizada pela mobilidade, dinamicidade das relações sociais e pelo caos. Logo, a regra, precisa como é, não tem condições de regulamentar todos os fatos sociais, ou seja, é impossível se ter uma regra para tudo, bem como é impossível que o legislador acompanhe as modificações sociais, mediante uma ultra célere produção normativa.

Isso, contudo, não apaga os severos problemas apresentados pelo Judiciário, que em vários países apresenta-se como supremo, por ter a última palavra sobre a constitucionalidade das normas jurídicas. O principal desses inconvenientes é a ausência de respaldo democrático por parte desse poder⁷⁶, constituído de Juízes não eleitos, cujo processo criativo e

⁷⁵ A pós-modernidade é compreendida como a condição social, econômica, política, cultural, artística e científica, após grandes transformações ocorridas ao final do século XIX, conforme será abordado no capítulo 2.1.

⁷⁶ Waldron (2010) afirma que incumbir a um grupo seletivo de pessoas a tarefa de decidir os valores democráticos mais relevantes implicaria em violar a democracia, retirando dos cidadãos a oportunidade de decidirem sua própria vida. “O *judicial review* não é um procedimento de tomada de decisão menos não-democrático do que uma ditadura por ter o povo votado a seu favor. Além disso, há muito se argumenta que o *judicial review* desencoraja e debilita a discussão legislativa e popular das questões de maior peso ao retirar a responsabilidade pela decisão final e enfraquece a capacidade política do povo ao substituir a responsabilidade popular pela judicial” (GARDBAUM, 2010, p. 197).

interpretativo consiste em uma inovação no ordenamento jurídico, já que se baseia em princípios generalíssimos do sistema de direito⁷⁷, conforme também defendido por Maus (2000). Outro problema é a interferência do Judiciário em questões políticas, o que se chama de ativismo judicial, sem, contudo, terem respaldo democrático. Tal situação ocorreu por diversas vezes na Suprema Corte estadunidense (BARROSO, 2009, p. 21-22).

Em razão desses problemas– demasiadamente graves– que alguns países rejeitaram o modelo norte-americano e alemão do Judiciário, deixando ao Parlamento a última palavra na interpretação e aplicação da Constituição, embora privilegiando uma participação efetiva dos Tribunais nesse processo. Essa postura limitativa da discricionariedade das Cortes é observada no Canadá, na Inglaterra, na Nova Zelândia e também em Israel.

Não é, contudo, o modelo institucional adotado pelo Brasil em que se privilegia um Judiciário robusto, atuante, forte e influente, não apenas no meio jurídico, mas no político. Logo, é com base nesse modelo de Judiciário que se apoia esse estudo.

⁷⁷ “A lei não contém todo o Direito. Isso é apenas um ‘mito’. Não obstante as disposições legislativas em contrário, ao juiz compete muito mais a criação do Direito do que a mera interpretação e aplicação da lei. Sem dúvida, o juiz exerce uma função criadora extremamente importante, na medida em que contribui para o aperfeiçoamento e a perpetuação contínua da ordem jurídica. O procedimento técnico-jurisprudencial consolidado nos tribunais, fruto de situações particulares inseridas em circunstâncias histórico-sociais é superior à capacidade do aparelho de Estado para criar e impor o Direito” (WOLKMER, 2003, p. 182/183).

2 SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A análise até então realizada demonstra que o direito, embora distinto da moral, deve incorporar aspectos axiológicos para que tenham um conteúdo válido e para que tenha sentido. Tal conclusão é de extrema importância ao se analisar o sistema de crise, que, embora admita restrições a direitos, não permite aboli-los ou extingui-los.

Há a instituição de sistemas constitucional de crises quando, no Estado, há graves situações de instabilidade, impossíveis de serem superadas pelos meios ordinariamente previstos e que põem à prova a segurança e, em alguns casos, a sua própria existência. Esse sistema tem como primordial objetivo superar a crise, no menor intervalo de tempo possível, retomando-se a situação de normalidade.

Dissecando-se a expressão “sistema de crise”, observa-se que, por “sistema”, compreende-se uma coletividade de normas dispostas de forma ordenada e que, por isso, constitui uma unidade (CANARIS, 2002). Trata-se de medida crítica, pois a crise é a condição *sine qua non* que gera esse sistema de legalidade extraordinária, que, por sua vez, não se confunde com períodos de normalidade constitucional.

O sistema de crise, por alguns autores, é denominado de “Estado de Exceção” (letras maiúsculas) ou “estado de exceção” (letras minúsculas). Logo, é importante distinguir essas duas expressões. O “Estado de Exceção” é uma forma de organização social e política, estabelecida com caráter permanente. A partir dessa sucinta compreensão, advém diversos posicionamentos. Para Agamben (2004), o Estado de Exceção é um *vazio* de direito ou de *ausência* de normas jurídicas, embora nesse Estado, em regra, haja uma ampla normatização (embora essas normas não sejam jurídicas, já que não se encontram em consonância com um sistema de direitos humanos e fundamentais de liberdade, igualdade e dignidade).

No sentido dado por Agamben (2004), o “Estado de Exceção” se contrapõe diretamente ao Estado de Direito, pois suspende o exercício dos direitos, sejam civis, políticos e sociais; afasta as garantias individuais; persegue a oposição, valendo-se de recursos desumanos e cruéis, como sevícias graves e torturas; concentra os poderes em um órgão ou pessoa que, em muitas circunstâncias não se vincula, de forma necessária, à ordem que impõe; vale-se de um órgão investigativo e repressor clandestino, como a polícia secreta; os agentes do Estado, embora cometam atrocidades, não são reprimidos, afastando-se assim a eficácia do princípio da legalidade, já que coexistem duas ordens – uma para os defensores do regime e outra para os opositores, bem como que não há nenhuma restrição lógica ou axiológica para as medidas

impostas pelo soberano. Os regimes autoritários, mencionados no capítulo 1, enquadram-se no conceito de Estado de Exceção.

Agamben (2004) também concebe alguns Estados democráticos contemporâneos como de Exceção, como os Estados Unidos, quando se observam as suas práticas de “guerra ao terror”, notadamente a *Patriot Act*, que autoriza a restrição a direitos fundamentais individuais. Com base nessa medida, permitiu-se a realização de atos de tortura e a detenção de acusados na base militar de Guantánamo⁷⁸ sem qualquer garantia ou amparo judicial, o que gerou intensas críticas da Organização das Nações Unidas que se posicionaram contra essas disposições que violaram, inclusive, tratados internacionais (ONU CRITICA EUA POR VIOLAR DIREITOS HUMANOS EM GUANTÁNAMO, 2013). Sobre essa situação, Pereira (2010, p. 29) afirma que é muito reduzida a possibilidade de se instaurar inquéritos oficiais sobre esses crimes e que eles sejam levados a Tribunais. Essas medidas restritivas de direitos não são impopulares nos Estados Unidos da América, pelo contrário, possuem grande amparo social e na doutrina, a exemplo do pensamento de Richard Posner (2006)⁷⁹.

Semelhantemente ao posicionamento de Agamben, Paulo Arantes (2002) entende que se vive em um Estado de Exceção, quando se analisa, cada vez mais, a utilização de recursos excepcionais, como as medidas provisórias (art. 62 da CF/88) e a criminalização exacerbada, a exemplo a Lei 8.072/90, que trazem a noção de crimes hediondos sem nenhum critério legal bem definido. José Ribas Vieira (1988, p. 42) organiza as concepções de Estado de Exceção em três categorias, sendo a primeira, chamada de “padrão clássico” na qual se mantém o sistema constitucional em seu aspecto formal. A segunda, chamada de “Estado de Exceção híbrido ou regime misto”, que ocorre quando a Constituição traz em seu bojo dispositivos arbitrários e a última, denominada “Estado de Exceção propriamente dito” que é a preponderância do autoritarismo, ou o “vazio de direito” na visão agambeniana. José Ribas Vieira conclui que as Cartas de 1824, 1891, 1934 e 1946 são Estado de Exceção híbridos pela presença autoritária em sua formação constitucional e pela baixa densidade de legitimação. Já

⁷⁸ Guantánamo é o nome dado a uma prisão norte-americana situada em Cuba que abriga atualmente 130 (cento e trinta) prisioneiros, cujos direitos foram tolhidos. A edição do jornal *The New York Times* de 15/04/2013 trouxe o seguinte relato de um dos detentos com idade de 35 anos e que foi preso no Afeganistão por suspeita ligação com os ataques de 11 de setembro: “Estou em greve de fome desde o dia 10 de fevereiro e perdi cerca de 15 quilos. Não vou comer até que devolvam minha dignidade. Estou em Guantánamo por 11 anos e três meses e nunca fui julgado ou acusado por nenhum crime. Disseram que eu era um guarda de Osama bin Laden. E apenas isso”. Segundo o relato, oficiais norte-americanos amarram os detentos em camas dentro da prisão e injetaram soro fisiológico à força. “Fiquei amarrado à cama por 26 horas sem poder ir ao banheiro. Me colocaram um catéter, que foi doloroso, degradante e desnecessário”, afirmou (“NÃO COMEREI ATÉ QUE DEVOLVAM MINHA DIGNIDADE”, DIZ PRESO DE GUANTÁNAMO, 2013).

⁷⁹ Para Richard Posner (2006), que possui uma visão pragmatista do direito, é justificável, em sistema de crise, restrições e até abolição de direitos fundamentais em prol da segurança do Estado. Segundo o autor, em situações de grave crise, até a tortura é possível.

a Carta de 1967 até a promulgação da emenda constitucional n.º 11 de 1978 foi um Estado de Exceção propriamente dito.

Vieira (1988, p. 71) menciona que é recorrente na doutrina se compreender que, na América Latina, o Estado de Exceção é permanente, pois a regra é a existência de frequentes crises e mecanismos insuficientes para superá-las. Observa-se, ainda, a institucionalização, no sistema jurídico ordinário, de medidas excepcionais, tipicamente destinadas a um sistema de crise (estado de sítio ou análogo), pondo em cheque as tradicionais concepções de direito e democracia. Contudo, embora essa seja uma forma possível de se estudar o *Estado de Exceção*, não é essa a perspectiva do presente estudo, que o analisará relacionado ao sistema de crise, no âmbito da Constituição de 1988.

O estado de exceção a que se refere esse estudo é redigido com letra minúscula, pois não corresponde a uma organização político-social, mas refere-se um estar, ou seja, “ser num dado momento ou encontrar-se em certa condição”, o que demonstra sua provisoriidade. Motta Filho e Santos (2004), ainda assim, criticam essa expressão, por não coadunar com o Estado Democrático de Direito, pois implicam em uma situação de supressão ou vazio de direito. Os referidos autores, contudo, não diferenciam o Estado de Exceção (letras maiúsculas) do estado de exceção (letras minúsculas). Ademais, na visão desse estudo, o estado de exceção é uma terminologia possível, pois a exceção é contrária à regra, ou seja, o estado de exceção contrapõe-se diretamente ao estado de normalidade constitucional. Logo, o estado de sítio e o de defesa, previstos na CF/88, são estados de exceção, por não serem normais ou ordinários.

O estado de exceção também é chamado de “sistema de crise” ou “sistema constitucional de crise”, compreendido, na visão de Santos (1989, apud SILVA, 2004, p. 741) como

o conjunto coordenado de normas constitucionais que, informadas pelos princípios da necessidade e temporalidade, tem por objetivo as situações das crises e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional (SANTOS, 1989 apud SILVA, 2004, p. 741).

Para Canotilho (2000, p. 1085) o sistema de crise consiste na

(...) previsão e delimitação normativo-constitucional de instituições e medidas necessárias para a defesa da ordem constitucional em caso de situação de anormalidade que, não podendo ser eliminadas ou combatidas pelos meios normais previstos na Constituição, exigem o recurso a meios excepcionais (CANOTILHO, 2000, p. 1085).

Na visão de Bobbio et. al. (2000), o sistema de crise, por ele chamado de ditadura constitucional, são procedimentos excepcionais secundários a uma forma de governo, como a democracia liberal, embora seja inteiramente diferente desta, ou seja, consiste na “fenomenologia dos meios extraordinários e que os regimes políticos recorrem para superar situações de grave crise” (BOBBIO et. al., 2000, p. 369).

Na concepção de Vieira (1988, p. 45), a ditadura constitucional é “uma série de mecanismos legais que a própria constituição estabelece, e que tem como seu resultado lógico e fundamental a supressão vital da separação no exercício das funções estatais e das garantias individuais e sociais”.

Nesse estudo, entende-se como sistema de crise um sistema jurídico extraordinário que, por consequência, observa princípios morais do direito⁸⁰ e que visa superar situações de graves crises ou agudas instabilidades, impossíveis de serem superadas pelos meios ordinários previstos no sistema jurídico.

Dessa concepção, conclui-se que o sistema de crise é permeado pelo direito, por normas *jurídicas* e inserido em uma ordem constitucional e, por isso, observa e respeita regras e princípios. Logo, o sistema de crise é muito diferente do Estado de Exceção. Todavia, esse sistema crítico não é uma democracia de forma plena. Rossiter (2002, p. 2) esclarece que é plenamente possível o sistema de crise, que não é democrático, estar inserido em uma ordem constitucional, embora a recíproca não seja possível.

Esse “sistema constitucional de crise” ou “ditadura constitucional” ou simplesmente “sistema de crise”, na visão de Canotilho (2000) e desse estudo, também são chamados de “estados de necessidade constitucional”, “suspensão do exercício de direitos fundamentais”, “defesa da República”, “suspensão de garantias fundamentais”, “defesa de segurança e ordem pública”, “estado de exceção constitucional”, “proteção extraordinária do estado”, “sistema de legalidade excepcional ou extraordinária” e “sistema de superação das crises”.

O sistema de crise é uma forma de defesa do Estado e das instituições democráticas, conforme consta no título V da CF/88. Ela visa assegurar a segurança nacional, compreendida como a “proteção contra a ameaça interna e externa aos interesses vitais e aos valores básicos de um Estado” (RUDZIT, NOGAMI, 2010, p. 19).

Essa concepção de estado de exceção também é amplamente discutida e defendida na seara econômica por meio do estado de exceção econômico (BERCOVICI, 2004), compreendido com como uma alternativa não só de superar crises econômicas cada vez mais

⁸⁰ Esses princípios serão relacionados nesse capítulo segundo, no subcapítulo 2.4.

frequentes, mas também de se superar a situação de subdesenvolvimento no Brasil, imposta pelos países desenvolvidos.

Outro conceito importante a ser analisado é o conceito de crise, que, segundo o dicionário Priberam da língua portuguesa (2013), é “conjuntura ou momento perigoso, difícil ou decisivo” ou “falta de alguma coisa considerada importante (ex.: crise de emprego, crise de valores)”. Também pode ser “embaraço na marcha regular dos negócios” ou “desacordo ou perturbação que obriga instituição ou organismo a recompor-se ou a demitir-se”. Já no dicionário Michaelis (2013), crise é “momento crítico ou decisivo”; “situação aflitiva”; “conjuntura perigosa, situação anormal e grave”; “momento grave, decisivo”, “situação de um governo que se defronta com sérias dificuldades para se manter no poder” ou “complicação ou embaraço nas relações sociais decorrente da falta de serviços em que se empregam as classes menos abastadas”.

Observa-se, que, no sentido léxico, crise possui uma pluralidade de significados. Ela ora está associada a um acontecimento imprevisto, ora relacionada a uma falha, ora vinculada à incapacidade de um órgão ou instituição de cumprir as finalidades as quais se propôs. Vincula-se, ainda, a uma mudança social abrupta, a uma situação complicada ou de escassez. A crise está vinculada aos termos insuficiência, incapacidade, ausência, carência, falta, deficiência ou decadência. Conclui-se que a concepção de “crise” varia de acordo, sobretudo com a área do conhecimento a qual se analisa, ou seja, a concepção de “crise” na psicologia é diferente do entendimento sobre esse termo no direito. Logo, diante dessa pluralidade semântica, urge precisar a concepção de crise.

Trazendo esse termo para o direito, o problema da pluralidade semântica ainda não estaria solucionado, pois há várias áreas do direito, como o direito civil, o penal, o administrativo dentre tantos outros, que usam o termo crise. No direito penal, por exemplo, crise pode designar um comportamento ilícito, como o homicídio. Em outro sentido, mais amplo, diz-se que o direito encontra-se em crise por não alcançar os objetivos, previstos no art. 3º da CF/88, a que se propôs cumprir ou pela falta de uma sólida base de consenso nessa área do conhecimento (INDA, 2001).

Contudo, a fim de proporcionar uma precisão terminológica, entende-se como crise, para fins desse estudo, como um fato, uma ação ou omissão, que, a despeito de sua causa, acarreta uma instabilidade, anormalidade ou insegurança no sistema do direito. Esse primeiro conceito de crise será chamado de léxico, uma vez que foi apurado mediante o significado contido em glossários da língua portuguesa. Tal concepção de crise é compatível com situações instantâneas, duráveis ou permanentes. Uma crise é instantânea, quando possível de

ser superada imediatamente. A título de exemplo, a invasão de uma propriedade pode ser imediatamente sanada com a utilização do desforço imediato, previsto no direito civil⁸¹. Ela é durável quando sabe-se como solucioná-la, mas é necessário que certos requisitos ou condições sejam alcançados. Um evento natural que interdita uma estrada é uma situação passível de se solucionada, mas precisa-se de tempo e recursos para que haja a recuperação da via. Uma crise permanente é aquela situação que se causa instabilidade, que, em razão da incapacidade do homem, pela falta de consenso ou pela insuficiência do conhecimento, ela não é possível de ser superada. Por exemplo, a crise do poder Judiciário considerado como antidemocrático, pois composto de juízes não eleitos que, em diversas situações, atuam como um legislador positivo, é uma crise permanente no direito e ainda não foi solucionada, pois não há um consenso sobre como superar ou amenizar essa situação. Deve-se, destacar, ainda, que algumas crises são cíclicas como as depressões ocorridas no capitalismo.

Quando se afirma que o direito está em crise, menciona-se que ele se encontra em uma situação de anormalidade em razão daquilo que se espera que ele seja ou observe. Segundo Inda (2001), a crise no direito possui várias causas, tal como a existência de uma pluralidade de fontes do direito, além do Estado. O referido autor cita como exemplo áreas territoriais, dentro do Estado, em que há uma situação de ilegalidade ou de ausência do direito, como as favelas do Rio de Janeiro. Nesse caso, o direito encontra-se em crise, pois espera-se que ele seja válido, vigente e eficaz em todo o território do Estado, não havendo zonas de ausência de direito ou de ilegalidade. Outro exemplo da pluralidade de fontes do direito são os hipercomplexos contratos de direito internacional privado, firmados por entidades internacionais, composto por uma elite detentora do capital, que “legisla” sobre questões econômicas com grande repercussão sobre as questões do Estado, conforme expõe Neves (2009). Nesses contratos, pode-se indicar a legislação aplicável e até a instituição julgadora de eventuais conflitos por meio das cláusulas de arbitragem. Tal situação vai de encontro ao disposto no parágrafo único do art. 1º da CF/88, pois deveria ser o povo e não entidades internacionais que tomariam as decisões políticas e legislativas do Estado.

Contudo, outro conceito de crise é necessário para esse estudo, uma vez que o conceito léxico é insuficiente para legitimar a ditadura constitucional. Para esse fim, crise significa uma ou várias situações fáticas de perigo, atuais e iminentes, que extrapolam os parâmetros de habitualidade, ocorrida de modo imprevisível, que ameaça interesses públicos protegidos de natureza imperiosa e cuja superação seria impossível se fossem utilizados os meios ordinários.

⁸¹ Desforço imediato é o direito de autoproteção da posse em caso de esbulho.

Conforme se pode depreender dessa concepção, crise é um conceito aberto, móbil, variável, preenchido conforme o caso concreto e que varia conforme a conjuntura histórica e social de cada local, região ou país. Trata-se, portanto, de um conceito circunstancial.

São vários exemplos que podem elucidar eventos de “crise” e que poderiam justificar a adoção de medidas emergenciais ou excepcionais. Dentre eles, destacam-se, a guerra, a desordem social e a institucional, calamidades naturais, insegurança urbana, o terrorismo, o tráfico de drogas e acentuadas crises econômicas.

É inerente ao conceito de crise sua excepcionalidade, pois, se assim não fosse, não seria uma situação inesperada e imprevisível, mas sim “normal”. Conforme estabelece Durkheim (2008), ao se analisar determinado evento social, como o suicídio, e averiguar que a sua taxa de ocorrência permanece mais ou menos constante ao longo de determinado período histórico, pode-se considerar tal situação como “normal”. Em sentido contrário, se a taxa de homicídio for muito superior ao parâmetro considerado habitual, está-se diante de uma situação anormal, patológica, excepcional ou, na terminologia deste trabalho, crítica.

Uma das contribuições mais significativas de Durkheim (2008) reside no conceito de anomia, trazida na obra “O Suicídio” em que destacou a existência de 3 (três) tipos de suicídio, dentre eles, o egoísta que ocorre quando um indivíduo não se identifica, não possui afinidade nem solidariedade com o grupo social; o altruísta, que ocorre quando o ser humano, por se encontrar demasiadamente ligado à sociedade, visa, com o extermínio da própria vida, causar um “bem” aos outros e, por fim, o anômico, que ocorre em virtude de fatores sociais. Neste último conceito (anomia), o qual Durkheim (2008), a princípio, traz como ausência de normas, possui pontos de convergência com o presente estudo.

Adotando-se o entendimento de Durkheim (2009), um homicídio na atual sociedade brasileira, por si só, não consiste em um evento crítico, mas comum e há previsões normativas expressas de como superá-lo. Por outro lado, nessa mesma conjuntura, não se poderia dizer que uma chacina é comum. No nordeste brasileiro, a seca é um evento anual comum. Contudo, não o seria, caso a seca se prolongasse por diversos anos a ponto de se esgotarem os recursos hídricos existentes. No Japão, terremotos de pequena monta são eventos normais e, inclusive, há uma tecnologia de ponta envolvida no controle de abalos sísmicos. Já no Haiti, terremotos com mesma intensidade dos abalos sísmicos japoneses são eventos críticos, pois, no ano de 2010, causaram uma grande comoção naquele País, com um grande número de pessoas afetadas, já que esse país não estava preparado para tal evento. Daí, dizer-se que a crise não é um conceito fechado, mas extremamente variável, pois se modifica conforme a conjuntura social, econômica e histórica a qual se analisa.

Conclui-se, a partir do posicionamento de Durkheim (2009), que a terminologia de crise para fins desse trabalho é um evento imprevisível e incomum. Porém, somente tal compreensão é insuficiente para fins desse estudo, pois, além de imprevisível, a crise também deve causar tal repercussão na sociedade de modo a ser impossível de superá-la pelos meios ordinários, previstos no ordenamento, devendo-se recorrer a uma legalidade extraordinária.

A diferença entre a crise que acarreta o sistema de legalidade extraordinária e a crise, no sentido léxico, é que a primeira é de tal modo grave que é impossível de ser superada pelos meios ordinários, reclamando por uma legalidade extraordinária. A segunda é, em alguns casos, comum, a exemplo da crise de legitimidade do Judiciário. Ademais, conforme já mencionado, a crise, no sentido léxico, ou é possível de ser superada pelos meios ordinários ou ela ainda não foi superada, por motivos diversos, como a falta de tempo hábil para tanto. Outra possibilidade é que a crise seja crônica, ou seja, ainda não se consegue superá-la por motivos diversos, como a insuficiência do sistema, a incapacidade humana ou até por desinteresse, como é o caso aguda desigualdade social, acarretada pelo desprezo das classes dominantes em solucionar o problema. Em outras circunstâncias, a crise é impossível de ser superada e, portanto, passa a ser considerada como comum, ou seja, integrante do sistema de legalidade ordinária do direito. Afinal, conforme brocardo popular, “o que não tem remédio, remediado está”.

Destaca-se que a crise do sentido léxico pode fundamentar o Estado de Exceção no sentido dado por Agamben (2004) quando o mencionado autor analisa a postura dos Estados Unidos em resposta aos ataques terroristas. Também essa crise pode fundamentar o sistema de crise. Isso ocorre, porque, em alguns casos, é muito tênue a diferença entre a crise do sentido léxico e a outra que fundamenta o estado de exceção. Logo, manter-se na legalidade ordinária ou recorrer-se ao sistema de crise é uma opção política. Embora tal situação seja uma realidade, entende-se nesse estudo que somente se pode instituir o sistema de crise quando restar absolutamente comprovado a impossibilidade de que a crise seja superada pelos meios ordinários, que são aqueles casos específicos de grave comoção.

Ademais, a crise que fundamenta o sistema de crise também pode, caso agravada, acarretar em um Estado de Exceção. Há crises, como a instabilidade social e burguesa de 1964, que acarretou o rompimento de uma ordem jurídica e a instituição de outra, conforme será exposto analiticamente alhures em minuciosa exposição sobre o Estado de Exceção.

Realizados esses esclarecimentos terminológicos, o presente capítulo segue a seguinte lógica estruturante. Primeiramente, a fim de se contextualizar esse trabalho e de destacar a relevância do estudo, será descrito o contexto instável no qual se vive, sobretudo com a pós-

modernidade. Na segunda parte desse capítulo será abordado o sistema de crise na CF/88, sua natureza jurídica, decretação, requisitos, limites e fundamentos, bem como, na terceira parte, descrever-se-á os princípios que norteiam essa legalidade extraordinária. Na quarta parte desse capítulo, analisar-se-á o Estado de Exceção e, por fim, na última, será discutida a ditadura militar de 1964 e os motivos pelos quais ela enquadra no conceito de Estado de Exceção.

2.1 Conjuntura social em crise: uma análise da pós-modernidade

A fim de se contextualizar esse estudo, descrever-se-á, em caráter exemplificativo, alguns eventos que levam a concluir que a atual conjuntura social encontra-se em crise, compreendida como um fato, uma ação ou omissão, que, a despeito de sua causa, acarreta uma instabilidade, anormalidade ou insegurança no sistema do direito ou no social. Corresponde, portanto, ao sentido léxico, conforme já exposto.

Quando se afirma que a hodierna conjuntura é caracterizada por uma situação de crise, quer-se dizer que diferentes situações excepcionais ocorrem de forma grave, com elevada frequência e atingem os mais diversificados setores da sociedade, tornando propensa, a qualquer instante, a utilização de um sistema de crise. Logo, busca-se, nessa pesquisa, analisar se, uma vez instituída essa legalidade extraordinária, será possível um controle jurisdicional eficaz para controlar as medidas excepcionais aplicadas.

Essa situação de crise é observada tanto no contexto nacional quanto no internacional. Na história do Brasil, há nítidos exemplos de violações a direitos fundamentais em situações de guerra (como a do Paraguai) e de ameaça externa, como a suposta “ameaça comunista”, que ensejou na ditadura militar. Contemporaneamente, no Brasil, constata-se um aumento vertiginoso da violência, a ascensão do crime organizado e instabilidades econômico-financeiras, pois esse país se mantém em uma condição de subdesenvolvimento sem condições de competir nos mercados de livre comércio com os países desenvolvidos⁸².

Alguns exemplos extraídos da Revista “Veja” tornam mais evidentes a mencionada afirmação. No Brasil,

⁸² “A globalização acompanhada de mercados livres (...) trouxe consigo uma dramática acentuação das desigualdades econômicas e sociais no interior das nações e entre elas. (...) Este surto de desigualdade, especialmente em situações de extrema instabilidade econômica como as que se criaram com os mercados livres globais na década de 1990, está na base das importantes tensões sociais e políticas do novo século” (HOBSBAWN, 2007, p. 11).

as cidades da serra fluminense sofreram duas catástrofes seguidas neste ano. (...) Em 12 de janeiro elas submergiram sob os 2,6 bilhões de litros de água despencaram sobre a Região Serrana do Rio. A chuva varreu encostas, carregou casas, arrancou postes e transformou bairros inteiros em montanhas de escombros (LOPEA, 2011, p. 107).

Ainda,

São bem terrenas as causas dos desastres naturais que se multiplicam no Brasil, revelam novas pesquisas. Após um 2011 de devastação na Serra na Fluminense, enchentes avassaladoras no Sul e no Sudeste e um início de 2012 com a pior seca em três décadas no Nordeste, não resta lugar para o mito de que este é um país imune aos desastres naturais. Na verdade, somos muito vulneráveis. (...) No Brasil, alagamentos e enchentes representam a maior parte dos 34 grandes desastres naturais registrados em dez anos. Esses desastres provocaram US\$ 2,8 bilhões em perdas. (...) De acordo com o relatório, de 2004 a 2010, o Brasil investiu US\$ 280 milhões em prevenção, ou seja, em obras e em tecnologia de previsão e remoção de áreas de risco, por exemplo. No mesmo período, o governo brasileiro gastou US\$ 2,6 bilhões em ajuda emergencial a cidades afetadas por cheias e desmoronamentos (AZEVEDO, 2012).

Lado outro, quanto à crise econômica, ocorrida em 2008, que afetou os países do globo, as medidas para superá-la pareceram modestas no Brasil. Os dados estatísticos e as notícias divulgadas pela mídia demonstraram a insuficiência da economia interna de enfrentar o problema. “Incapaz de apresentar um projeto coerente para aumentar a competitividade externa da indústria brasileira a longo prazo, o governo oferece incentivos financeiros que saem caro para os contribuintes” (GUADALINI, OYAMA, 2012, p. 70). Ademais,

avaliada pelos últimos indicadores de desempenho econômico e em vista de seu brilhante passado recente, a economia brasileira inspira preocupação. Milhares de profissionais valiosos perderam seu emprego nas indústrias mais dependentes do ambiente externo, como a Embraer, em que 4200 demissões foram anunciadas – 20% de toda a força de trabalho da empresa. A inadimplência das famílias atingiu em janeiro o maior nível desde maio de 2002. A desaceleração do PIB é severa. Parece, portanto, não haver espaço para otimismo (GUANDALINI et. al, 2009).

Essas crises atuais abrangem não apenas o Brasil, mais todo o Globo, repercutindo nas mais diversas e distintas esferas sociais, como a economia, altamente afetada pela crise europeia e pela recente depressão nos Estados Unidos que, por sua vez, repercutiu em multinacionais como a “General Motors”. As crises econômicas são cada vez mais intensas e frequentes de modo que alguns estudiosos, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007) e

Gilberto Bercovici (2004), defendem um estado de exceção econômico, compreendido como a adoção de medidas legislativas e administrativas de emergência a fim de se superar as depressões na economia. Outro motivo de crise social é a erupção de abruptas mudanças climáticas e calamidades naturais de grande repercussão, como “tsunamis”, enchentes, terremotos e secas.

Na América do Sul, uma crise econômica em 2012 afetou diretamente a Argentina, onde “eletrodomésticos, comida e até medicamentos somem das prateleiras, e o povo paga com a alta na inflação” (DALTRO, 2012, p. 74).

No Oriente Médio, a instabilidade institucional e os conflitos armados internos intensificam-se. No ano de 2011, presenciou-se uma mobilização “dos levantes populares que derrubaram como dominós governos ditatoriais no mundo árabe” de modo que “na Tunísia, no Egito, na Líbia, no Lêmen, na Síria, 2011 foi como um grande e contínuo movimento telúrico” (SALEM, 2011, 112).

O Japão, em 11 de março de 2011, foi acometido por um grave tsunami.

O grande terremoto que desatou a tríplice sequência de desastres foi tão violento que deslocou em até 2,4 metros uma parte da ilha principal do Japão. Enquanto a terra continuava a tremer, veio a onda negra, como um Godzilla erguendo-se do fundo do mar. Não é por acaso que o mundo inteiro usa uma palavra em japonês para descrever a grande muralha d’água. Mais mortífero e destrutífero que o terremoto, o tsunami de 14 metros de altura esmigalhou uma longa faixa litorânea, invadiu a usina e provocou a reação descontrolada nos reatores nucleares. Por causa dela, a Alemanha, a Suíça aprovaram a desativação gradual de seus programas de energia nuclear. E o Japão ainda lida com uma memória insuportável: o dia em que as coisas não funcionaram (TURKIA, 2012, p. 128).

Até a Europa não está isenta de instabilidade. A Grécia que

(...) deu ao mundo as palavras crise e caos, além dos dois componentes de pandemônio, (...) viveu em 2011 nomenclaturas coerentes. As más notícias se sucederam num ritmo quase diário: o governo cortava alguma coisa, as manifestações de protesto tornavam-se mais violentas e o buraco da dívida ficava maior (TZORTZINIS, 2011, p. 134).

Essas notícias são pontuais exemplos da situação de crise que assola o atual momento histórico. O noticiário demonstrou, ainda, que não é difícil se presenciar situações de instabilidade – basta acompanhar os folhetins diários. Nessas situações são postas à prova os direitos mais elementares do Estado Democrático Social de Direito, que são os denominados direitos de primeira dimensão, como a liberdade, a igualdade, os direitos-garantia, as garantias

institucionais, os direitos políticos e as posições jurídicas fundamentais em geral, estabelecidos na Constituição Brasileira de 1988, predominantemente no art. 5º.

Em alguns casos, a reação à uma situação de crise, gera-nos outras situações excepcionais a exemplo à resposta dos Estados Unidos aos ataques terroristas, sobretudo o ocorrido em 11 de setembro de 2001. Visando combater e prevenir a atuação terrorista, o Estado norte-americano impôs medidas drásticas de cunho altamente repressivo aos direitos fundamentais de liberdade, superando-se, em alguns casos, a distinção entre o direito normal e o excepcional.

Com base em simples suspeitas, permitiu-se: a detenção do indigitado; a censura às correspondências e aos meios de comunicação; perquirições em domicílio; quebra do sigilo bancário, dentre outras. Essas medidas anteriormente só eram possíveis depois de suspensas as garantias constitucionais pelo estado de sítio ou medida análoga. Em suma, permitiram-se graves violações aos direitos individuais, como liberdade, intimidade e privacidade em prol de um bem maior, qual seja, a “segurança social”. Naquela conjuntura histórico-social, visualizou-se o mundo fictício idealizado por Orwell (1977) em que o Estado, representado pelo “Grande Irmão”, coíbia as liberdades e individualidades em prol de uma coletividade inerte, manipulável, passiva e submissa.

A explicação deste contexto de instabilidade é feita pelos pensadores que denominam o atual contexto histórico como pós-moderno, compreendido como a condição social, econômica, política, cultural, artística e científica, após grandes transformações ocorridas ao final do século XIX. Sua origem, segundo Anderson (1999), remonta à década de 1970. Não se deve, contudo, conceber a pós-modernidade, em sua acepção literal, como um momento posterior e contínuo à modernidade⁸³, mas como um novo contexto que inova, na medida em que há uma brusca modificação nos mais diversos aspectos da vida humana⁸⁴.

A pós-modernidade se erige com a consolidação do capitalismo e declínio que outras teorias, que propunham uma solução pronta, acabada e última para os problemas sociais, como o socialismo e o comunismo. Essas teorias, que buscavam fornecer um prognóstico da sociedade, como a de Marx, de Parsons, de Weber, o iluminismo e Kelsen, falharam. “Com a condição pós-moderna Lyotard anunciou o eclipse de todas as narrativas grandiosas. Aquela

⁸³ Em síntese, a modernidade surge em contraposição às concepções sagradas, transcendentais e institucionais da sociedade, que reprimiam a ciência. Assim, em um primeiro momento, a modernidade visou libertar a ciência, a arte e a moral, buscando-se a racionalidade. Visou, ainda, incorporar ao homem essas noções, dissociadas do “sagrado” e do “transcendental”. O sujeito deveria, assim, ser racional (HABERMAS, 1980).

⁸⁴ Neste sentido, Anderson (1999, p. 38): “O pós-moderno não vinha depois do moderno; era um movimento de renovação interna inerente ao moderno desde o início – aquela corrente cuja reação ao abalo do real era o oposto da nostalgia da unidade perdida, ou seja, uma alegre aceitação da liberdade de invenção que essa abalo liberava.

cuja morte ele procurava garantir acima de tudo era, claro, a do socialismo clássico” (ANDERSON, 1999, p. 39).

Outro fator de contribuição para as falhas dessas grandes narrativas foi a quebra da rígida estratificação das classes proletária e burguesa. Com a pós-modernidade, “as tradicionais formações de classe se enfraqueceram, enquanto identidades segmentadas e grupos localizados, tipicamente baseados em diferenças étnicas ou sexuais, se multiplicam” (ANDERSON, 1999, p. 75). Surgem minorias que, outrora desorganizadas, passam a reunir-se e a reivindicar de modo mais sistematizado seus direitos. Daí, tornam-se mais nítidas e presentes a atuação de categorias sociais hipossuficientes mais complexas, menos rígidas e estratificadas, como a mulher (movimento feminista), GLBT⁸⁵, os idosos, negros e os silvícolas.

Na seara econômica, a consolidação do capitalismo trouxe uma elevada mercantilização da vida e das relações sociais. Logo, a arte, os livros, o cinema e padrões de beleza e de estética tornam-se produtos comercializáveis. Os centros de produção não mais se limitam apenas às indústrias, mas passam a ganhar espaço a prestação de serviços e o mercado financeiro. As multinacionais, que não se limitam às fronteiras do Estado, dominam o mercado capitalista ao mesmo tempo que o padroniza. Até o modelo dos *center shopping* – os grandes centros de consumo capitalista – são semelhantes. A produção de mercadorias passa a ser realizada nos países subdesenvolvidos onde a mão-de-obra e a matéria prima possuem um preço muito baixo. Tal situação acarreta uma quebra nas fronteiras dos tradicionais Estados nacionais com a globalização do mercado. Facilita, ainda, a criação de uma sociedade caracterizada por um frenético consumo de mercadorias em razão de baixos custos e de complexas técnicas de publicidade, facilitadas pelos meios de comunicação. Tal situação é catalisada pelo aumento demográfico, fornecendo uma abundante e infindável fonte de consumidores. Há, ademais, o surgimento e consolidação do pós-industrialismo, cuja principal característica é o foco na informação e no conhecimento que passa a tornar-se um produto altamente valioso e indispensável ao mercado do capitalismo hegemônico.

O foco na informação, na comunicação e no conhecimento é potencializado com os meios de comunicação com abrangência global, especialmente com as novas tecnologias de informação, como o satélite, a televisão, a internet, os computadores (notebooks, netbooks, ipod, ipad, celulares, tablets etc.) de alta qualidade e velocidade. Há, portanto, uma redução das distâncias e uma democratização das informações que passam a alçar, inclusive, as

⁸⁵ Gays, lésbicas, bissexuais e transexuais.

minorias. Essa ênfase na comunicação possibilita a transmissão, em tempo real, de emoções, discursos, ideologias de alcance global. Esse estímulo à informação possibilitou a consolidação de novos ramos do conhecimento, sobretudo as ciências humanas e sociais aplicadas em contraposição às ciências naturais, outrora predominantes. Artisticamente, a pós-modernidade é marcada pela flexibilidade e pelo hibridismo de técnicas, mormente quando se analisa o conceitualismo que se utiliza de imagens inclassificáveis. Há, nesse novo contexto, uma anti-arte, quebrando a simetria e a clareza da arte moderna.

Desta forma, na pós-modernidade, diante de uma grande complexidade dos fatos sociais, a teoria mais adequada para se explicar os eventos sociais é a do caos e não mais a da ordem, coesão, coerência, como era na época moderna.

Se são expressivas as características que culminaram nesse novo contexto histórico da pós-modernidade, mais impressionantes e preocupantes são suas consequências. A efemeridade das relações sociais, afetivas e de trabalho, associada à instabilidade econômica, tornaram os indivíduos mais focados no presente. As relações sociais passam a ser temporárias e superficiais, assim como os copos descartáveis. O ser humano passa a ser acometido de forma mais intensa por problemas psicológicos como depressão, transtorno bipolar e variações do humor. Os planos de vida, os projetos e a carreira perderam o sentido para uma relevante parcela da população e isso se reflete na juventude que não se vê construindo ou chegando a algum objetivo a longo prazo. Essa característica é potencializada pela grande onda do medo – sentimento este difundido socialmente. Tem-se medo de uma possível guerra que envolva armas nucleares, com o potencial de destruição global; do esgotamento dos recursos hídricos e naturais; do terrorismo e do tráfico de drogas. Tais fatores são, ainda, causadores de diversas crises nesse novo contexto pós-moderno.

Diante de todo esse contexto de instabilidade e risco, torna-se propensa a utilização do sistema de crise, caso os meios ordinários previstos no sistema do direito restem insuficientes. Entretanto, esse sistema de legalidade extraordinária torna suscetível a imposição de uma ordem autoritária – ditatorial ou totalitária, em razão da experiência histórica (ROSSITER, 2002). Posto isso, destacada a importância do estudo do sistema de crise, adentrar-se-á, a seguir, na forma como foi estabelecido no texto da Constituição de 1988.

2.2 Sistema de crise na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O ordenamento jurídico brasileiro, com fulcro em sua experiência histórica autoritária, optou por medidas seguras e garantistas de superação da crise. A segurança jurídica do sistema de crise advém da positivação das medidas na Constituição Brasileira de 1988 que regulamenta a matéria nos arts. 136 a 141 do título V, que versa sobre a “defesa do Estado e das instituições democráticas”. Tratam-se de medidas garantistas, pois visam a proteção do cidadão, definindo previamente os direitos possíveis de restrição. Essas normas são de eficácia limitada⁸⁶, pois dependem de uma normatização pelo legislador de crise para haver plena eficácia.

O decreto que institui o estado de exceção também é uma autêntica norma jurídica, submetidas a um processo legislativo simplificado, também com caráter constitucional, pois possui a prerrogativa de suspender a eficácia das normas constitucionais. Diz-se que somente a eficácia é suspensa, pois as normas constitucionais continuam vigentes e válidas, mas não são aplicadas em razão de sistema de legalidade excepcional. Contudo, deve-se destacar que a eficácia das normas constitucionais não pode ser total ou absolutamente suspensa, mas deve permanecer ainda que em grau mínimo. Trata-se, portanto, do princípio da eficácia mínima das normas constitucionais, que foram suspensas em razão do sistema de crise, que será analisado no subcapítulo seguinte. O objetivo desse preceito é que o homem não se torne um não-homem, ou seja, um ser destituído de direitos.

Os dois subsistemas de crise instituídos no ordenamento jurídico brasileiro são o estado de defesa e o de sítio, que assemelham-se por terem a mesma natureza jurídica (legalidade extraordinária) e por serem instituídos pelo presidente da República com a participação do Congresso Nacional, mas executado por aquele⁸⁷. Contudo, diferem-se quanto à intensidade, a vigência e o âmbito de aplicação. Quanto à intensidade, o estado de sítio é mais grave que o de defesa, uma vez que trata de medida mais enérgica que aumenta os poderes do Executivo e aumenta o rol de restrições a direitos. Quanto à vigência, o estado de defesa é instituído de imediato com a condição resolutiva de aprovação do Congresso Nacional, que pode (ou não) aprovar a medida excepcional. Por fim, o estado de defesa é aplicado apenas a locais restritos

⁸⁶ Seguindo-se a tradicional classificação de Silva (2004), normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas cuja aplicabilidade depende de uma normatização futura. São, portanto, de eficácia mediata, indireta ou reduzida. Contudo, possuem efeitos negativos imediatos, ou seja, ab-roga a legislação anterior com ela incompatível e obsta a promoção de normas em sentido contrário.

⁸⁷ Neste sentido, assevera Kildare Carvalho (2004, p. 693), que “as medidas excepcionais têm sido executadas pelo poder Executivo (...). O Executivo reúne três vantagens essenciais: a permanência, a homogeneidade e a orientação habitual para tarefas análogas a uma missão de salvação pública. A permanência permite-lhe seguir dia a dia a atividade política do país, dirigi-la e orientá-la em função dos acontecimentos. Sua composição relativamente restrita enseja-lhe certa homogeneidade. Finalmente, o Executivo se acha preparado para o exercício dos poderes excepcionais, em face da rotina de suas atividades”.

e determinados enquanto o estado de sítio é mais amplo, pois pode abranger não apenas lugares específicos, mas todo o país (ou, ao menos, ter repercussão nacional).

O estado de defesa, previsto no art. 136 da CF/88, é instituído pelo chefe do Executivo diante de uma situação de crise (instabilidade institucional e calamidades naturais de grandes proporções), após ouvidos o Conselho da República e o de Defesa Nacional. A medida vige de imediato e é regulamentada por decreto que deve conter: a abrangência (locais restritos e determinados), os direitos restringidos, as autoridades encarregadas da medida e a sua duração. Após instituída, deve, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas ser submetida ao Congresso que aprovará (ou não) a medida, cujo prazo máximo de vigência é de 30 (trinta) dias, prorrogável uma vez por igual período.

Já o estado de sítio, é aplicável em duas hipóteses mais graves. A primeira ocorre quando com a ineficácia das medidas do estado de defesa e comoção de grave repercussão nacional. A segunda hipótese é em caso de guerra ou agressão armada estrangeira. Na primeira hipótese, o estado de sítio é chamado de “restrito” ou “atenuado”, enquanto que, na segunda hipótese, denomina-se “pleno” (DA SILVA, 2002). Isso ocorre, pois, no estado de sítio “restrito”, há previsão expressa dos direitos a serem restringidos (art. 139, CF/88), enquanto que, no “pleno” admite-se, em tese, a suspensão de todo e qualquer direito, respeitando-se por óbvio a eficácia mínima dos direitos fundamentais.

O decreto que o institui não tem vigência imediata, mas deve ser submetido ao Congresso, após ouvidos os Conselhos, que deliberará por maioria absoluta. No decreto do estado de sítio, conterão as autoridades executoras, a duração e os direitos suspensos e, “depois de publicado, o presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas” (art. 138, caput da CF/88).

O pilar de sustentação das medidas de crise encontra-se, sobretudo, nas disposições gerais, que preveem o controle por parte do Legislativo e também do Judiciário, bem como a responsabilização das autoridades que exasperaram a sua competência legislativa, consistente em um “freio psicológico de sua atuação” (DA SILVA, 2002). Busca-se assegurar ao cidadão que a promessa de “defesa do Estado e das instituições democráticas” seja assegurada.

Na óptica da predominante doutrina brasileira, o sistema de crise brasileiro não se situa fora do sistema do direito, mas nele está inserto e encontra-se regulamentação expressa e minuciosa na CF/88, nos arts. 136 a 141⁸⁸. Há o reconhecimento de que a legalidade ordinária

⁸⁸ “A constitucionalização do direito de necessidade implica o estabelecimento de regulamentação jurídico-constitucional das situações de necessidade, dispondo-se no texto constitucional sobre a competência, pressupostos, formas, limites e efeitos do regime de anormalidade” (CANOTILHO, 2000, p. 1093).

é insuficiente, incompleta e ineficiente para superar as situações de crise extrema. Logo, devem as autoridades competentes valer-se das prerrogativas constitucionais a fim de afastar essas situações de perigo que ameacem a ordem constitucional.

O fundamento dessa legalidade extraordinária é um direito de necessidade constitucional ou de legítima defesa institucional. O Estado, como sistema de regulamentação de poder, visa regular-se, autoconservar-se, preservando seu espaço de atuação e de sua autoridade (BARROSO, 2010). Logo, é inerente ao Estado o direito de proteger-se de ameaças externas e de situações críticas. Em outras palavras, assim como o indivíduo tem o direito de autodefesa e proteção, o Estado preserva esse direito e efetiva-o por meio do sistema de crise.

Essa legalidade extraordinária considera dois paradigmas – a segurança e a liberdade. Em períodos de normalidade constitucional, visa-se o equilíbrio entre elas, pois a predominância de uma sobre a outra pode conflitar com outros princípios constitucionais. Quanto mais seguro o Estado, maior a fiscalização, o monitoramento sobre os cidadãos, a atuação dos agentes do estado e a burocratização, que acarretam a lentidão dos atos estatais. Isso causa, por conseguinte, a redução do âmbito de liberdade individual. Aplicando-se o raciocínio inverso, quanto maior liberdade as pessoas tiverem em um Estado, maiores os riscos de insegurança.

Os preceitos de segurança e liberdade são aparentemente conflitantes entre si. Diz-se “aparentemente” conflitantes, pois um não existe sem o outro, pois, para haver liberdade, é necessário segurança, evitando-se, assim, o estado de natureza hobbesiano do homem tornar-se “lobo do próprio homem” (HOBBS, 1974). Em outras palavras, a ordem pública é imprescindível à liberdade individual e a subversão daquela redundaria em sacrifício desta (FERREIRA FILHO, 2007, p 139).

Para melhor compreensão, consideraremos o seguinte exemplo extraído da teoria de Luhmann (1983). Para se ter a liberdade de sair de casa e ir ao trabalho, é necessário que a pessoa acredite que fará o percurso com segurança e não terá os seus direitos violados no trajeto. Caso contrário, ele ficará “preso” em casa e, por conseguinte, não terá liberdade alguma. Essa crença de que a pessoa chegará ao trabalho incólume advém do aparato jurídico-estatal que fornece (ou faz acreditar que fornece) um apoio normativo, fiscal e repressivo, sobretudo com a atuação da força policial. Na visão de Hobbes (1973), a pessoa abdica, em prol do soberano, de todos os seus direitos, com exceção de um, que é o direito à vida, ou seja, a segurança de que não terá a sua integridade física violada. O estado de pura liberdade,

destituída de segurança, assemelha-se ao anarquismo, cujo insucesso foi historicamente comprovado.

Já um Estado constituído por pura segurança, sem liberdade, embora possa existir por um curto período, não subsiste, pois a liberdade proporciona uma base ao sistema jurídico-estatal, já que possibilita ao indivíduo conduzir a sua vivência do modo que melhor lhe convém.

O sistema jurídico instituído pela CF/88 traz de forma clara essa preocupação com o indivíduo, sobretudo quando topologicamente insere os direitos fundamentais individuais logo no início de suas disposições, no título II (arts. 5º ao 17), regulamentando o Estado somente a partir do art. 18. Essa colocação dos direitos fundamentais individuais no início da Carta Magna é um símbolo de que o indivíduo é uma preocupação assente do ordenamento jurídico e o Estado também é posto como um meio para assegurar os direitos individuais. As pessoas, por suas diferenças que lhe são inerentes, têm objetos, metas, interesses próprios que merecem ser observados e atendidos, de modo a lhe proporcionarem dignidade. A referência do sistema jurídico é o homem e se isso for esquecido deixa-se de considerar as minorias e a pessoa, singularmente analisada.

Um Estado que observa tão somente a segurança é um Estado de Exceção em que, segundo (KRIELE, 2009, p. 37), 99% da população que não acredita nela e somente obedecem a suas ordens, porque são coagidos. Nesse modelo de governo, as pessoas (tanto cidadãos quanto agentes públicos) precisam ser mantidas em um estado de “ignorância” para que o discernimento não lhes faça questionar as bases de legitimidade de poder. “Ou seja, um idiotismo intelectual e moral são indispensáveis para se manter o domínio ditatorial” (KRIELE, 2009, p. 37) ⁸⁹. Por isso, é uma preocupação central dos estados ditatoriais o fluxo de informações, opiniões, ideias, valores e ideologias.

Os regimes ditatoriais também lidam com uma forte base publicitária e de autopromoção, disseminando a ilusão de que o regime autoritário promove a “paz social”, o “desenvolvimento econômico” e está construindo bases para a se implementar a democracia em um futuro. “Trata-se de regimes que recorrem a práticas ditatoriais e repressivas no presente, ao mesmo tempo em que prometem liberdade e democracia no futuro” (O’DONNELL, SCHMITTER, 1988, p. 35)

Em outras palavras, a “ignorância” e alegações oficiais, que não correspondam à realidade, são armas para amenizar a deficiência (ou ausência) de legitimidade dos regimes

⁸⁹ Também nesse sentido Ferreira Filho (2007, p. 141): “a vida sob grilhões tende a afogar as personalidades num oceano de mediocridade. Gera uma rotinização que dissolve o indivíduo na massa conformista”.

autoritários, os quais carecem de vigência (uma vez que é desprovido de legitimidade), embora possuam eficácia (que advém da coação). Logo, a fim de se evitar essa ilegitimidade do sistema de crise, este não pode suprimir a liberdade pessoal, pois, quando assim o faz, inibe-se uma visão e postura críticas em relação ao sistema. Essa situação, por sua vez, torna propensa a conversão do sistema constitucional de crise em um regime autoritário.

Logo, em período de normalidade, um sistema constitucional “ideal” é aquele que congrega, com equilíbrio, os preceitos de segurança e de liberdade de modo a proteger o cidadão, a sociedade e o Estado sem tolher-lhes a liberdade (VELÁDES, 1977; EASTON, 1968 apud SILVA, 2004), pois a “Constituição não foi feita somente para dar liberdade aos povos; mas também para lhes dar segurança, porque se compreendeu que, sem esta, a liberdade não pode perdurar” (SARMIENTO, 1876 apud MAXIMILIANO, 1954, p. 278).

Contudo, esse equilíbrio entre liberdade e segurança, que se busca manter em situações de normalidade, não é sustentável nas circunstâncias de grave crise, que fundamenta a instituição do estado de exceção. Nessa circunstância, considerando que a segurança do Estado e, em alguns casos, até a sua própria sobrevivência encontra-se ameaçada, é necessário adotar medidas mais enérgicas e eficazes para superar essas situações críticas. É praxe que grupos armados (como os conflitos envolvendo o tráfico de drogas no Rio de Janeiro) e organizações terroristas utilizem da morosidade do Estado para a prática de atos ilícitos ou ilegais. Nessas situações, não há equilíbrio entre a liberdade e a segurança, pois a balança pende para o lado da segurança.

A fim de superar a situação de anormalidade por meio do sistema de crise, busca-se melhor organizar e controlar as atividades sociais. Para que as medidas de crise se efetivem, majoram-se as atribuições do Poder Público, suspendendo, em contrapartida, direitos fundamentais, sem, contudo, deixar o âmbito do direito e da legalidade.

Essa concepção do sistema de crise, inserto no sistema do direito, possui amplo amparo na doutrina brasileira, pois rejeita-se os “vazios” no direito, que dão vazão a uma regulamentação arbitrária por seus executores. Na óptica de Canotilho (2000, p. 1086, sic.),

o regime das “situações de exceção” não significa “exclusão da Constituição” (exceção de Constituição), mas sim um “regime extraordinário” incorporado na Constituição e válido para as situações de anormalidade constitucional. (...) É preferível ser a Constituição a consagrar e a definir os pressupostos dos estados de exceção (“legalidade alternativa”, na expressão de Paulo Otero), a ter de recorrer-se a *princípios de necessidade extra ou supraconstitucional*, susceptíveis de manipulação a favor de uma qualquer “razão de Estado” ou de “segurança e ordem pública”, invocada pelos “chefes” de “governo” (a ideia clássica de *dictator*

anda precisamente associada a situações de necessidade) sem qualquer arrimo normativo-constitucional.

Também nesse sentido, Ferreira Filho (2007) afirma que os ordenamentos jurídicos, respaldados por uma rigidez constitucional, “tem horror ao vazio, pois nesse pode ocorrer a decisão arbitrária que lhe repugna” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 113). Por conseguinte, deve sempre haver uma regulamentação legal específica, clara e minuciosa do sistema de crise, já que esse se insere dentro (e não fora) do direito. O cerne do posicionamento de Ferreira Filho (2007) reside no fato de que a situação de anormalidade pode ser, em certa medida, prevista e, de certa forma, antecipada.

Por isso que o Estado de Direito também procura fixar as normas aplicáveis em tempo de crise, de grave crise. Ou seja, as normas destinadas a ensejar o restabelecimento da ordem, da normalidade presumida e projetada, quando isso não puder ser feito pelos meios ordinários (FERREIRA FILHO, 2007, p. 114).

2.3 Os princípios do sistema constitucional de crise

Conforme já exposto, o positivismo jurídico teve o prestígio de estabelecer os fundamentos da ciência do direito, consagrando direitos em face do arbítrio do Estado ou do soberano. Estabeleceu-se, assim, limites racionais para o poder. Contudo, não conseguiu superar a debilidade das normas que, em certos momentos e em dadas circunstâncias, não promoviam nem garantiam a justiça.

A falta de critérios valorativos para a aplicação das normas no positivismo contribuiu para fundamentar, muitas vezes, decisões distantes da justiça ou a instauração de regimes autoritários, o que tornou necessário implementar direitos fundamentais constitucionais, com elevada carga axiológica e que pudessem ser aplicados ao caso concreto. Concluiu-se que, se não houvesse no Direito um forte aspecto humanitário, ele poderia servir de instrumento para justificar o terror, praticado em nome da lei, servindo-se, inclusive, da vontade da maioria para cumprir tal desiderato.

Seguindo-se essa mesma doutrina, observa-se que no sistema constitucional de crise também se observam valores, sobretudo a justiça. Todavia, diverso das circunstâncias de normalidade constitucional, a justiça é justificada pela crise e é compreendida como a noção de segurança e de sobrevivência do próprio Estado de Direito, ou seja, uma necessidade que o ordenamento tem de manter-se e de superar a situação de anomia. Logo, todos os atos

normativos do sistema de crise devem estar em sintonia com valores e princípios, devendo ser rejeitadas todas as disposições que visam defender um determinado regime de Estado, de governo ou uma classe detentora do poder, embora essa ordem principiológica careça passar por uma releitura.

Conforme bem estabelece Chauí (1994), toda mudança na vida social também implica uma modificação na vida moral, ou seja, nos valores congregados pela sociedade. Logo, a mudança da normalidade para uma situação de grave instabilidade reclama por uma alteração na ordem democrática a qual é insuficiente para superar a situação de crise em razão de seu constante debate, das divergências de posicionamentos, da lentidão e da morosidade. Em situações de instabilidade, respostas rápidas são necessárias, de modo que Rossiter (2002, p.2) afirma com propriedade que “no form of government can survive that excludes dictatorship⁹⁰ when the life of the nation is at stake”. Conforme o autor, essa ditadura constitucional foi usada em todas as épocas, em todos os países livres e por todos homens livres não com a finalidade de subverter, mas de manter a ordem democrática.

Na verdade, a ditadura constitucional e a democracia obedecem a uma lógica inversa. Quanto mais sólida a democracia e, com isso, a proteção aos direitos de liberdade, mais intenso é o sistema de crise, uma vez que mais restrições jurídico-democráticas precisarão ser feitas. Por isso, há nesse regime excepcional uma diminuição dos limites à atuação do Estado.

One of the basic features of emergency power is the release of the government from “the paralysis of constitutional restraints”. The military police are not required to have a warrant to search a citizen’s house” (...) “the courts may often proceed to the trial of public offenses by summary procedure and without the possibility of appeal – everywhere the wielders of public power are relieved of normal restrictions and responsibility (ROSSITER, 2002, p. 290).

Além da liberação de parte das restrições que limitam o arbítrio do Estado, o sistema de crise acarreta, em regra, a concentração de poderes no executor das medidas de crise, embora, é claro, ele seja submetido a controle. Por isso que o sistema de crise vai de encontro à separação de poderes, existente na democracia, que prevê uma distribuição dos poderes do Estado, mais ou menos igualitária, para conferir mais autonomia política e controle de cada instituição. Na realidade, há o caminho contrário em sistema de crise que é uma concentração de poder, uma vez que o Executivo é dotado de mais prerrogativas em relação ao Judiciário e ao Legislativo.

⁹⁰ O autor ao invés de usar a terminologia sistema de crise, utiliza o termo “constitutional dictatorship”, conforme emprega Bobbio et. al. (2000).

The executive is empowered by law or custom to proceed to arbitrary action in defense of the state: to suspend some or all rights of some or all citizens; to use troops to maintain or restore order; to institute military courts for the summary trial and punishment, even by execution, of crimes against the public safety and order (ROSSITER, 2002, p. 291).

O posicionamento de Rossiter (2002), na visão desse estudo, precisa ser analisado com ressalvas. Primeiramente, embora haja a instituição da ditadura constitucional, ainda existem restrições às autoridades executoras da medida que devem obedecer às disposições constantes no decreto que instituiu o sistema de crise. Também não há uma suspensão de responsabilidades, já que a autoridade que atuar com abuso de poder deve ser responsabilizada. Não se admite, ainda, tribunais de exceção ou a criação de instâncias jurisdicionais paralelas, pois isto enfraqueceria sobremaneira as prerrogativas do Judiciário na proteção dos direitos. O que ocorre é a possibilidade de imbuir as sanções administrativas de uma maior coercibilidade, conforme previsto no art. 139 da CF/88, como restrições à liberdade, embora essas penalidades possam ser revistas juridicamente.

Outro ponto passível de discussão na teoria de Rossiter (2002) é a concentração absoluta dos poderes do Executivo, quando, na visão desse estudo, devem o Legislativo e o Judiciário ter as suas prerrogativas aumentadas com a instauração da ditadura constitucional⁹¹. De fato, conforme disposto na Constituição de 1988, é o Executivo o executor das medidas no sistema de crise e, para que tais atos não restem ineficazes, a sua atuação não deve ser cerceada. Contudo, caso haja abuso das medidas ou caso as atitudes tomadas estejam tendenciosas a converter a legalidade extraordinária em um estado de exceção, a interferência legislativa e jurisdicional é medida que se impõe.

Apesar das críticas, o posicionamento de Rossiter (2002) traz uma leitura objetiva e realística da ditadura constitucional, principalmente porque ele supera alguns dos dogmas na teoria doutrinária sobre esse sistema. Segundo ele, essa legalidade extraordinária, em alguns (poucos) casos, não implica em uma restrição de direitos. Possibilita, na verdade, uma ampliação deles⁹² como no caso do aumento dos direitos dos agricultores na crise estadunidense de 1933 (ROSSITER, 2002, p. 295). Ademais, a adoção de sistema de crise, por si só, não acarreta a superação da situação de grave instabilidade. “Dictatorship is no sure panacea for a democratic nation’s woes” (ROSSITER, 2002, p. 288). Com esse posicionamento, Rossiter (2002) afirma que não é qualquer hipótese de grave instabilidade

⁹¹ Essa afirmação é desenvolvida no capítulo 3 desse trabalho.

⁹² Nesse sentido, é o posicionamento de Graber (2005) a ser exposto no subcapítulo 3.3.

que pode fundamentar a ditadura constitucional. Algumas crises – sobretudo as econômicas – reclamam por fortes reformas de base e mudanças na postura política, jurídica e administrativa do país, sem o uso de medidas emergenciais. Com esse posicionamento, Rossiter (2002) rejeita o estado de exceção econômico, no modo descrito por Bercovici (2004), compreendido como uma legalidade extraordinária, instituída para superar graves crises financeiras.

Rossiter (2002) também elenca alguns critérios que devem ser observados pela ditadura constitucional para que ela não se converta em um estado de exceção, que é uma preocupação assente nesse estudo. Esses critérios, que serviram de norte para os princípios do sistema de crise abaixo elencados, podem ser classificados em três categorias – aqueles princípios que devem ser observados quando do advento de uma grave crise, ou seja, anteriormente e na iminência de se instituir o sistema de crise, que são a comprovação fática da crise e a necessidade, também chamado excepcionalidade ou *ultima ratio*. A segunda categoria consiste nos princípios que devem ser respeitados na vigência da ditadura constitucional, que são a temporalidade (embora o decreto precedente já deva conter o termo final ou condição resolutiva) e a inalienabilidade ou proibição da derrogação. Os demais princípios devem ser observados antes, durante e após as medidas de crise.

Esses princípios oferecem parâmetros para que o sistema de crise cumpra o objetivo o qual se propõe que é proteger e não destruir a ordem democrática e os direitos de liberdade. Visa ainda orientar esse sistema para uma atuação eficaz, ou seja, com o máximo de efetividade e com o mínimo de prejuízos ao estado social democrático de direito.

2.3.1 Perpetuação e permanência da ordem jurídica originária

Deve-se reconhecer, inicialmente, que há situações que causam a revogação total do sistema jurídico, como revoluções e golpes, conforme será mais bem exposto no subcapítulo a seguir. Nessas situações, o sistema de crise e toda a sua forma de controle social e proteção da ordem jurídica originária parecem ineficazes.

Contudo, o Estado, como organização social de poder, necessita de se preservar e de se perpetuar ao longo do tempo, pois é inerente a todo o poder a prática de atos que o conserve (KRIELE, 2009). Dessa noção, é que advém o princípio da necessidade constitucional, que corresponde à autopreservação do sistema jurídico-estatal. Contudo, a fim de se evitar a efetivação do brocardo de que “a necessidade não conhece nenhum lei, mas cria a sua própria” (do alemão, “Not kennt kein Gebot”), buscou-se prever, no próprio ordenamento,

essa forma de legalidade extraordinária. “As Constituições precisavam ter elementos mínimos de defesa para não caírem no princípio da necessidade (...)” (BRASIL, 2006, p. 237), pois “se as Constituições não regulam o estado de necessidade, este acabará por se por de qualquer forma” (BRASIL, 2006, p. 237).

É no afã de auto-preservar a ordem jurídica que se instituiu o sistema de crise com natureza jurídica de uma legalidade extraordinária e é por isso que se torna relevante o princípio da perpetuação e permanência da ordem jurídica que se pretende preservar. Assim, é necessário que o sistema jurídico de crise e os poderes constitucionais procurem, com grande empenho, evitar golpes, revoluções e estados autoritários de exceção, mantendo-se a ordem constitucional, ainda que em um grau de mínima eficácia. Esse é um macro princípio, pois orienta e serve como diretriz para os demais princípios a seguir elencados.

2.3.2 *Princípio da comprovação fática da crise*

As normas do sistema constitucional de crise são de eficácia limitada e somente se aperfeiçoam mediante a atuação legislativa do presidente da República, com a participação do Congresso Nacional. Logo, não importa quão grande e intensa seja a crise, pois, se não houver a atuação do chefe do Executivo e do Legislativo não haverá a instauração desse sistema extraordinário. Por outro lado, é possível aplicar o raciocínio inverso, ou seja, é, em tese, possível que exista a instituição do sistema de legalidade extraordinária sem que haja uma crise real ou efetiva. Foi isso que ocorreu no Brasil com o golpe civil-militar de 1964⁹³ em que a tomada do poder e instituição de uma nova ordem ocorreu em nome de uma suposta “ameaça comunista”.

Agamben (2004) bem estabelece essa incongruência do sistema de crise, ao afirmar que ela pode ser tratada não como um dado objetivo ou real, mas fictício ou hipotético, já que a situação crítica é aquela em que a autoridade competente declara como tal. Em razão desta problemática, advém o princípio da comprovação fática da crise (também chamado de excepcionalidade ou *ultima ratio*), pois, no sistema constitucional brasileiro, é indispensável que a autoridade comprove a existência real de uma crise e que esta (crise) não possa ser

⁹³ Nesse estudo, adere-se ao posicionamento predominante de que o golpe de 1964 foi civil-militar, uma vez que congregou o interesse das forças armadas com o da classe dominante civil da época. Nesse sentido, destaca-se o posicionamento de Giannotti (2004): “é importante destacar este fato para reforçar a visão de que o golpe que implantou a ditadura não foi só militar. Ao contrário. Foi civil-militar. Ou seja, o pensamento hegemônico na época era a favor do golpe, criado por uma hábil orquestração político-ideológica baseada no espantinho do comunismo e garantido pela violência das armas”.

superada com a aplicação do direito ordinário. Visa-se, portanto, evitar o uso indiscriminado desse sistema.

2.3.3 Princípio da necessidade, também denominado de excepcionalidade ou ultima ratio

O sistema de crise é instituído a fim de se superar uma situação de instabilidade institucionais extrema, impossível de ser superada pelos meios institucionais existentes.

Ocorre que a instituição do sistema de crise é algo extremamente perigoso e envolve um risco para o Estado social democrático de direito, pois é uma límpida demonstração da incapacidade da democracia em se superar uma crise, que somente pode ser vencida com o uso de recursos institucionais execrados pela história mundial, os quais a ordem constitucional visou reprimir e conter. Também é relevante destacar que essas medidas excepcionais foram usadas ao longo da história para se implantar uma ordem inconstitucional de exceção.

The most obvious danger of constitutional dictatorship, or of any of its institutions, is the unpleasant possibility that such dictatorship will abandon its qualifying adjective and become permanent and unconstitutional. Too often is a struggling constitutional state have the institutions of emergency power served as efficient weapons for a *coup d'état*. Not without reason did the followers of Marshal MacMohan advise him to declare the state of siege in his attempt to restore the monarchy in France, and Napoleon III used to state of siege to destroy a constitution even more effectively than the World War government used it to defend one. The dolorous and instructive history of Weimar Germany and its illfamed Article 48 is the most conspicuous instance of a constitutional dictatorship being converted into a steppingstone to a permanent absolutism (ROSSITER, 2002, p. 294).

O Executivo em situações de crise se abarrota de prerrogativas e, com o transcurso do tempo, se acostuma com essas “facilidades” na administração do Estado, tornando um terreno propício para a subversão da ordem democrática. “The crisis history of the modern democracies demonstrates that executives will usually ask for more power than they really need, and that courts are powerless to obstruct or even mitigate their demands” (ROSSITER, 2002, p. 298). Tais “facilidades”, embora de um ponto de vista pragmático, se mostrem até benéficas e positivas para o Estado não devem subsistir, já que “os fins não justificam os meios”, ou seja, superada a crise, o processo democrático deve ser observado e respeitado como forma de legitimidade normativa.

Ademais, o uso de medidas de crise também envolve um grande risco de violação a direitos individuais (ROSSITER, 2002, p. 296) em prol de um bem maior, que é a segurança e sobrevivência do Estado. Rossiter (2002), com propriedade, consigna que, mesmo após a transição democrática, o Estado ainda traz consigo resquícios da ditadura constitucional implantada, a exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos, na Inglaterra e na França. “Each twentieth century crisis leaves the governments of the United States, England and France, and the valiant small democracies as well, a little less democratic than before, at least by traditional standards” (ROSSITER, 2002, p. 313).

Por isso, deve-se, ao máximo, buscar superar a crise mediante o uso dos meios institucionais existentes na ordem constitucional-democrática e somente quando estes se mostrarem absolutamente ineficientes é que a ditadura constitucional merece ser implantada. Em outras palavras, somente em situações absolutamente necessárias e extremas que se deve instituir o sistema de crise, pois é necessário resistir e temer a sua instituição pelos riscos que lhe são ínsitos.

Também decorre desse princípio a necessidade de que o sistema de crise seja controlado pelo Judiciário e pelo Legislativo, devendo ser respeitada a Constituição para não permitir que o Executivo, sozinho, institua a medida. “The decision to institute a constitutional dictatorship should never be in the hands of the man or men who will constitute the dictator” (ROSSITER, 2002, p. 299). Os executores das medidas de crise não devem se auto indicar, nem, por si só, instituir as medidas de crise. É indispensável a participação de outra(s) instituição(ões) nesse processo, como o Legislativo, sem desprezar o controle pelo Judiciário.

2.3.4 Princípio da legalidade

Ressalvadas as hipóteses de crise extrema, que se situam à margem do direito, as demais situações críticas podem ser superadas mediante o recurso de um sistema de legalidade extraordinária ou excepcional. Nesse sistema, continua a vigor o direito e com isso o princípio da legalidade. Logo, há uma segurança jurídica ao cidadão e um limite ao poder do Estado, que se vincula e se submete ao direito que institui, conforme sintetizado pelo brocardo: “*tu patere legem quam feciste*” (suporta a lei que tu próprio fizeste).

O princípio da legalidade, que deve ser observado antes, durante e após as medidas de crise, confere legitimidade a esse sistema extraordinário; obsta a instituição de um estado de exceção; tolhe o arbítrio e a concentração de ilimitados poderes, como ocorreu com o art. 48 da Constituição de Weimar. Confere ainda proteção ao cidadão e ao Estado democrático, já

que não permite que eventuais comportamentos ilícitos dos executores das medidas fiquem impunes. Também é em virtude do princípio da legalidade que é possível o controle por parte dos outros poderes e por parte da própria sociedade.

2.3.5 Princípio da publicidade

O sistema constitucional de crise não é decretado e regulamentado ao arbítrio do chefe do Executivo, mas passa pelo controle dos demais órgãos estatais, como o Legislativo e o Judiciário. Contudo, esse controle somente se aperfeiçoa com a participação popular, que deve ter disponíveis todos os meios legítimos para participar efetivamente do controle da medida excepcional, evitando abusos e ilegalidades. Para realizar esse controle, a população necessita de instrumentos jurídicos para contrapor seus interesses contra os do Poder Público.

Seguindo-se esse raciocínio, Dantas (1989) critica a expressão contida na redação do texto normativo do caput do 138 da CF/88 ao afirmar que “garantias fundamentais que ficarão suspensas”, pois não se pode tolher do cidadão os acessos aos canais públicos de controle da medida de crise, sobretudo o acesso ao poder Judiciário. Logo, na concepção do autor, pode-se reduzir os direitos do cidadão e seu âmbito de eficácia, mas nunca o acesso à justiça. Por exemplo, pode-se, no sistema de crise, restringir o direito de ir e vir, mediante o horário de vigília, no qual as pessoas devem recolher-se em suas residências em determinado horário. Assim, o indivíduo que trafegar nas vias públicas no horário de vigília pode ser preso, mas ainda assim poderá fazer uso do *habeas corpus* que será conhecido, porém, terá a sua ordem denegada.

Suspender as vias de acesso ao Judiciário, como o *habeas corpus*, implica em permitir uma arbitrariedade, pois, o indivíduo, que estiver fora do horário de vigília (ou seja, em período que é permitido o tráfego), e for preso, não terá uma ação judicial efetiva para fazer valer o seu direito em face da arbitrariedade. Ademais, uma das principais medidas dos regimes arbitrários é tolher a pessoa das vias de acesso ao Judiciário, conhecido como o guardião da Constituição, dos direitos e das leis. Nesse sentido, Santos (1981, apud DANTAS, 1989, p. 88):

o advento da legislação extraordinária subtraiu-se do poder Judiciário apenas a competência de processar as ações promovidas contra atos baixados ou

executados em rigorosa conformidade com as normas do Estado de Emergência⁹⁴.

Portanto, a leitura da expressão “garantias fundamentais que ficarão suspensas”, contida no art. 138 da Constituição não deve ser lida em sua acepção técnica como ações processuais específicas que versam sobre direitos constitucionalmente assegurados, mas como direitos que ficarão suspensos. Logo, é possível que o cidadão utilize-se de todos os meios jurisdicionais, como mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, declarações de inconstitucionalidade, bem como os canais administrativos de acesso para fazer valer os seus direitos e também participar do sistema de crise.

Todavia, não basta que o cidadão tenha acesso às vias de controle, mas é indispensável que ele tenha conhecimento das medidas de crise e da situação que assola o Estado, que ocorre mediante a consagração do princípio da publicidade. Este requisito é indispensável para a validade das normas jurídicas, pois ninguém pode ser obrigado a respeitar as normas excepcionais se delas não tiver ciência.

Também é um consectário do princípio da publicidade que não só os cidadãos do Estado, mas também a ordem internacional tenham conhecimento das medidas de crise por força do art. 4, inciso 3 do tratado internacional “Pacto de Direitos”⁹⁵, firmado pelo Brasil.

Contudo, sabe-se que, para a superação da crise, é indispensável o controle das informações e todo um serviço de inteligência, desenvolvido pelas organizações militares. É necessário, ainda, em algumas circunstâncias, que questões de grande repercussão sejam “filtradas” para evitar o pânico da população e, com isso, reduzir o nível de desordem institucional. Porém, deve haver um mínimo necessário de informações para evitar a manutenção de um estado de “ignorância” e, com isso, criar-se condições favoráveis para um regime autoritário. O grande problema, contudo, reside na fixação desse “mínimo”, que deve ser determinado diante de casos concretos, sempre tendo em perspectiva a necessidade, adequação, razoabilidade e proporcionalidade das medidas restritivas.

O princípio da publicidade implica, ainda, que, naqueles casos em que for possível, preceitos democráticos devem ser mantidos em sistema de crise, ainda que adequados à

⁹⁴ Em sentido contrário, Ferreira Filho (2007) afirma que é intrínseco ao *estado de sítio* a suspensão de garantias constitucionais (de garantias-limite ou defesa), ou seja, a proteção específica de determinados direitos fundamentais”, os quais deverão também ser indicadas no decreto instaurador.

⁹⁵ 3. Os Estados Partes do presente Pacto que fizerem uso do direito de suspensão devem comunicar imediatamente aos outros Estados Partes do presente Pacto, por intermédio do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, as disposições que tenham suspenso, bem como os motivos de tal suspensão. Os Estados partes deverão fazer uma nova comunicação, igualmente por intermédio do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, na data em que terminar tal suspensão.

situação de crise, até para fomentar a integração e participação das pessoas na tarefa de superar a crise, que é de responsabilidade de toda a sociedade. Por isso, orienta-se que os executores das medidas devem ser selecionados pelos representantes de cada setor da sociedade.

Ademais, a execução das medidas de crise não deve permanecer sob a incumbência de um só homem e, sempre que possível, eleições devem ser promovidas, ainda que indiretas. Deve haver, também, a mudança dos membros do Executivo e do Legislativo, caso a crise perdure por um longo prazo.

2.3.6 Princípio da temporalidade

O sistema de legalidade extraordinária vige, tão somente, no período necessário para superar crise e, por isso, o decreto que o institui deve conter termo final ou, ao menos, uma condição resolutiva, na hipótese de guerra ou ameaça armada estrangeira, prevista no art. 137, inc. II da CF/88. O sistema de crise não deve perdurar após a superação da crise.

Essa previsão específica do término das medidas de crise é imprescindível, pois é mais fácil instituir um sistema de crise do que encerrá-lo (ROSSITER, 2002, p. 299), já que as autoridades executoras tendem a querer manter suas prerrogativas aumentadas, mesmo após a superação da crise.

Esse termo final ou condição resolutiva também permite a fiscalização pelo Legislativo e pelo Judiciário, uma vez que, alcançado esse prazo ou circunstância, o sistema de crise torna-se ilegal e, portanto, suscetível a controle. Essa assertiva somente reforça o entendimento de que tanto o Legislativo quando o Judiciário devem ter prerrogativas institucionais suficientes para conter o Executivo e desconstituir o sistema de crise. Caso, com o fim da crise, haja recusa do Executivo em terminar a ditadura constitucional, devem os demais poderes terminá-la.

Esse princípio visa, também, evitar que a exceção torne-se regra, ou seja, que se instaure um estado de exceção permanente (BERCOVICI, 2004), mediante a instauração de um sistema totalitário, como ocorreu na Alemanha em que

de tanto se decretar estado de sítio, durante a República de Weimar, a exceção estava praticamente virando norma. (...) O artigo 48 da Constituição de Weimar instaurou por doze anos um Estado de exceção programado para durar mil (ARANTES, 2002, p. 52).

Ferreira Filho (2009) observa que ao final da ditadura alemã, esse dispositivo de exceção (art. 48 da Constituição de Weimar) foi utilizado 250 (duzentos e cinquenta) vezes, situação essa incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, que prevê o sistema de crise inserido no direito como uma forma de legalidade extraordinária.

Por fim, é oportuna a crítica de Rossiter (2002) no sentido de que o princípio da temporariedade consiste apenas que a medida de crise tem um prazo de término ou, ao menos, uma condição resolutiva. Isso não implica, contudo, que os efeitos das medidas são provisórios, pelo contrário, muitas são definitivas, como certas violações de direitos individuais. Por isso, que o controle concomitante do Legislativo e do Judiciário é muito importante, pois nem sempre a reparação é possível e, nos restritos casos em que ela é possível, ela dificilmente ocorre. Ademais, conforme já afirmado alhures, mesmo após a transição para a democracia, há a prevalência de resquícios da ditadura constitucional ou do regime autoritário⁹⁶.

2.3.7 Princípio da proporcionalidade

As medidas de exceção devem ser adequadas, razoáveis e proporcionais à situação crítica que se pretende superar. Logo, não é possível superar uma crise, advindo de uma calamidade da natureza de abrangência local, com a instauração de um estado de sítio pleno (art. 137, inc. II da CF/88). Ademais, modificações normativas e a restrição aos direitos do cidadão também devem ser na exata medida de superação da crise.

É um consectário desse princípio que as medidas devem ser eficazes para a superação da crise com o mínimo de prejuízo possível aos direitos individuais e à ordem democrática. Em outras palavras, já que medidas restritivas devem ser impostas que estas sejam, ao menos, o mais eficazes possível. Desta forma, a crise será superada em um curto intervalo de tempo, restabelecendo-se a normalidade.

O princípio da proporcionalidade implica, também, que deve haver, diante de cada caso concreto, uma correlação lógica e racional entre a crise e as medidas para a sua superação. Não podem as medidas causar um dano ou uma repercussão maior do que a crise em si. Em suma, os fins devem ser adequados e proporcionais aos meios.

2.3.8 Princípio do controle

⁹⁶ Nesse sentido, Rossiter (2002, p. 313).

É ínsito ao sistema de crise que haja um controle das medidas pelos poderes que não participam diretamente de sua execução, que é o caso, no Brasil, do Legislativo e do Judiciário. Esse controle confere segurança aos cidadãos de que as medidas críticas não serão usurpadas para instituir uma ordem autoritária. Tal controle é anterior, concomitante e posterior às medidas de crise.

Com base nesse preceito, deve haver a responsabilização pessoal dos agentes executores da medida a fim de se conter a ocorrência de abusos, ilícitos e também omissões no cumprimento desse *múnus*. Defende-se nesse estudo a necessidade de haver uma proibição de graça, indulto e anistia dos crimes perpetrados pelas autoridades, no exercício de suas atribuições, na vigência de sistema de crise, pois é tal preceito que garante, ainda que de forma oblíqua, a proteção aos direitos individuais, os quais, se violados, serão devidamente reprimidos. Ademais, é dever do Estado revelar os fatos ocorridos na ditadura constitucional, bem como reprimir os agentes estatais infratores. Com esse princípio, visa-se, também, demonstrar que atos usurpadores desses sistemas não serão admitidos. “Officials who abuse authority in a constitutional dictatorship – in other words, men who were charged with defending democracy but instead profaned it – should be ferreted out and severely punished” (ROSSITER, 2002, p. 305).

As medidas tomadas devem ser adequadas e deve haver, quando da aplicação das medidas, um esclarecimento público, explanando-as e justificando-as, pois somente dessa forma será possível a participação popular e o controle. Contudo, frise-se que as medidas sigilosas podem ter a sua publicidade procrastinada para garantir sua eficiência.

Ao final da crise, deve-se retomar, no mais curto intervalo de tempo possível, a ordem democrática e, conforme determina o parágrafo único do art. 141 da CF/88, o presidente da República deve apresentar ao Congresso Nacional um relatório, especificando e justificando as providências aplicadas, discriminando os atingidos pelas medidas e indicando as restrições aplicadas.

2.3.9 Princípio da proibição da derrogação

Os direitos fundamentais do cidadão não podem ser totalmente suspensos ou excluídos, a fim de impedir que o homem se torne um não-homem, ou seja, um ser destituído de todo e qualquer direito. No sistema constitucional de crise, o ordenamento observa o preceito de justiça, consubstanciado na noção de segurança, proteção e sobrevivência da própria ordem estatal. Logo, todos os direitos fundamentais continuam válidos nesse sistema excepcional,

porém, é a sua eficácia que é mitigada, mas não alvejada. Isso ocorre porque a CF/88 estabelece alguns preceitos por ela declarados imutáveis, como as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º), tais como os direitos fundamentais de liberdade, pois eles conferem continuidade e identidade à Carta Magna. Possibilitar que o sistema de crise suprima todas essas disposições implicaria em se permitir, mediante o uso de normas legalmente instituídas, a abolição da própria Constituição, pois, uma vez caracterizada a existência de uma nova organização social, não haveria salvaguardas institucionais para fazer voltar ao *status quo*.

Diante disso, defende-se, nesse estudo, uma eficácia mínima dos direitos fundamentais em sistema de crise, pois estes, embora restritos, não podem jamais ser eliminados ou afastados da ordem jurídica – seja nas hipóteses de normalidade ou de anormalidade. Frise-se que até em caso de guerra, as medidas bélicas são inseridas em uma ordem jurídica, mediante a definição de critérios que justificam um conflito armado e pelo estabelecimento de condições justas para o combate, o que integra o chamado direito humanitário internacional.

Contudo, apurar o conceito de eficácia mínima é inviável no âmbito teórico e, portanto, deve-se analisar cada circunstância em especial e, sobretudo, em perspectiva ao sistema de crise implantado. Porém, deve ser assegurado um mínimo de dignidade à pessoa, que é o pilar que sustenta o Estado. Portanto, esse é um princípio muito relevante e que norteia os demais preceitos do sistema de crise, pois protege o conjunto dos direitos inalienáveis do cidadão, o qual é deveras importante para o Estado Social Democrático de Direito.

Desta forma, se admitida a suspensão total da ordem jurídica e dos direitos e garantias fundamentais (o que é possível, conforme art. 137, inc. II da CF/88), isso não implica que esses direitos sejam, de fato, abolidos, pois não é necessária a sua positivação para que eles existam. Na verdade, a construção histórica e moral desses direitos, como máximas de igualdade, liberdade e dignidade, os tornam vigentes ainda que em um estado de “vazio de direito”. Com esse entendimento, é possível a responsabilização dos infratores e a rejeição de um sistema de “terror”, conforme ocorreu na ditadura brasileira. Logo, conforme abordado no capítulo 1 desse estudo, é imprescindível que o sistema jurídico incorpore valores para evitar que, com o uso dos instrumentos institucionais legais, se converta em uma ordem autoritária.

2.4 Limites do sistema constitucional de crise – o Estado de Exceção

Agamben (2004) é um ferrenho crítico do sistema de crise como um sistema de legalidade excepcional ou um direito de necessidade constitucional⁹⁷. Segundo o autor, toda a teoria que insere o estado excepcional como um direito especial ou extraordinário incorre em erro crasso, pois uma “necessidade constitucional” não possui nem reconhece nenhuma lei, mas cria a sua própria legislação. Logo, é contraditória a teoria da necessidade constitucional em determinar que o sistema excepcional seja regulamentado por meio de uma lei (AGAMBEN, 2004, p. 46). Outro erro desta teoria, segundo o autor, é considerar a natureza da necessidade como situação objetiva, pois, na verdade, trata-se de um juízo subjetivo em que “necessárias e excepcionais são, é evidente, apenas aquelas circunstâncias que são declaradas como tais” (AGAMBEN, 2004, p. 46)⁹⁸. Logo,

são falsas todas aquelas doutrinas que tentam vincular diretamente o estado de exceção ao Direito, o que se dá com a teoria da necessidade como fonte jurídica originária, e com o que vê no estado de exceção o exercício de um direito do Estado à própria defesa ou restauração de um originário estado pleromático de direito (“os plenos poderes”). Mas igualmente falaciosas são as doutrinas, como a de Schmitt, que tentam inscrever indiretamente o estado de exceção em um contexto jurídico (AGAMBEN, 2004, p. 78-79).

Porém, Agamben (2004) admite que, em algumas crises menos intensas, é possível aplicar-se uma legalidade especial a fim de superá-las. Pode-se citar com exemplo o estado de defesa brasileiro. Logo, a crítica do referido autor às teorias da necessidade constitucional reside nas crises (sentido léxico) que cada vez mais se observa no Brasil. Tais crises são compatíveis com o estado de sítio⁹⁹.

⁹⁷ Frise-se que a teoria de Giorgio Agamben é ampla, profunda e visa questionar os paradigmas de soberania do estado (Abadalla, 2010). Contudo, para fins desse estudo, limitar-se-á ao pensamento de Agamben em perspectiva comparativa com o sistema de crise na CF/88.

⁹⁸ Também nesse sentido (TELES, 2010a, p. 301-302): “não há necessidade objetiva em si; há um dizer sobre ela, subjetivo, que foi do rei, no Estado absoluto, depois dos militares, nas ditaduras, e, no Estado de direito, é do Congresso Nacional e do poder Executivo”.

⁹⁹ Nesse sentido: “De tudo o que já foi exposto, não resta dúvidas de que o Brasil vive sob um regime de exceção. O poder Legislativo nada mais faz do que ratificar os atos do Executivo. E mais: o órgão que deveria guardar a Constituição, representado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao invés de intervir nas tão cristalinas deturpações do texto constitucional por parte do Executivo, na grande maioria das vezes cede juridicidade para estes gravíssimos abalos nas estruturas do Estado Democrático de Direito. Ao ler a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, percebe-se que muitos princípios informadores de um Estado Democrático de Direito estão sendo relegados ao ostracismo. Princípios como o da soberania popular, garantidor do máximo da dignidade da pessoa humana, são hodiernamente desrespeitados por um governo que simplesmente pensa em governar para si mesmo. Este governo, representado pelo presidente da República, possui o poder soberano, que legitimamente deveria pertencer a todos os cidadãos. As medidas provisórias e as constantes Reformas Constitucionais só fazem demonstrar a ingerência do governo em relação às instituições democráticas brasileiras. Não há como sequer sonhar com um Estado Democrático de Direito se o que vive hoje em todo o mundo é uma guerra civil legal. Ainda mais no Brasil, país de dimensões continentais, que também promove distâncias continentais entre ricos e pobres, consumidores e não-consumidores, entre o Povo e o povo” (HONESKO et. al., 2006).

Nas hipóteses de graves crises, Agamben (2004) defende que o Estado de Exceção não é um sistema de legalidade extraordinária e sim uma zona em que o direito não se aplica, ou seja, um “vazio de direito”, que tem uma conexão mínima com o direito (se origina a partir dele ou espera-se que ele seja implementado em um futuro remoto, mas não atual). Diz-se “vazio de direito” porque, no Estado de Exceção, não há direito, embora a conexão com ele seja remota. Em outras palavras, “o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam” (AGAMBEN, 2004, p. 39). Para o referido autor, a natureza do Estado de Exceção escapa a qualquer definição jurídica, ou seja, não são situações de fato (nem de direito)¹⁰⁰. “À medida que não são transgressivos, nem executivos, nem legislativos, parecem situar-se, no que se refere ao direito, em um lugar não absoluto” (AGAMBEN, 2004, p. 79)¹⁰¹.

Conforme a teoria de Agamben (2004), no Estado de Exceção, há uma separação entre a norma e a sua aplicação (ou eficácia, na óptica de Kelsen). As normas do ordenamento jurídico ficam suspensas e as normas de exceção passam a vigor. O curioso é que estas (normas de exceção) têm como finalidade superar a crise e restabelecer a normalidade, ou seja, criar condições favoráveis para o restabelecimento e conservação das normas ordinárias. Por outro lado, na vigência do Estado de Exceção, atos que não se submetem ao completo trâmite legislativo, como o decreto do chefe do Executivo, passam a ter aplicabilidade. Logo, a norma se aplica à exceção desaplicando-se: a força de lei exercida no Estado de Exceção não põe, nem conserva o direito, mas o conserva suspendendo-o e o põe excetuando-se (ABDALLA, 2010, p. 8). Nas palavras do autor,

o estado de exceção é, nesse sentido, a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação em que uma pura força de lei realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a consequente Constituição no âmbito da norma, é operada sob forma de exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma

¹⁰⁰ Nesse sentido, Teles (2010a, p. 302) entende que o Estado de Exceção não se trata de situação de fato nem de direito, pois “está excluída das normas jurídicas, mas não é somente um fato, pois se origina no direito”. Ele defende que o Estado de Exceção é um limiar entre o externo e o interno da ordem jurídica.

¹⁰¹ “A questão dos limites torna-se ainda mais urgente: se são fruto dos períodos de crise política e, como tais, devem ser compreendidos no terreno político e não no jurídico-constitucional, as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se com a forma legal daquilo que não pode ter forma legal. Por outro lado, se a exceção é o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão, uma teoria do estado de exceção é, então, condição preliminar para se definir a relação que liga e, ao mesmo tempo, abandona o vivente ao direito” (AGAMBEN, 2004, p. 12).

exceção. Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e *práxis* se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real (AGAMBEN, 2004: 63, sic., grifo do autor).

À medida que o Estado de Exceção de Agamben (2004) produz um vazio jurídico, os atos cometidos durante o estado não possuem determinação jurídica nem qualquer conteúdo positivo e, portanto, aquele que atua neste estado não transgredir ou exerce, mas inexecuta o direito.

O prestígio da teoria de Agamben (2004) reside em afirmar que o direito não é soberano ou absoluto, mas possuem limites que se encontram justamente no Estado de Exceção. Em hipótese de crise extrema, como a “declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira” (art. 137, inc. II da CF/88), em que o estado de sítio é denominado “pleno”, admite-se, em tese, a suspensão de qualquer direito ou garantia. Nessa situação, observa-se de forma clara uma suspensão do direito, como ocorreu nos exemplos históricos da revolução francesa e a guerra civil estadunidense. Não se pode olvidar, também, que a utilização do Estado de Exceção na forma concebida por Agamben (2004), aplica-se no caso de revoluções, que buscam a instituição de um novo sistema jurídico, e também nos regimes autoritários. Seria uma teoria também aplicável na hipótese de uma guerra nuclear, de repercussão global.

Nessas hipóteses, em que a crise é extrema e abrange todo o Estado e todos os cidadãos, observa-se de modo evidente uma suspensão total do sistema do direito. Isso não implica, contudo, que nesses estados não exista uma ordem, um ordenamento ou um sistema, pois, na verdade, existem. Porém, essa ordem não é regulamentada pelo direito, mas política ou de fato.

Para melhor ilustrar essa forma de Estado de Exceção, há o exemplo da Roma antiga que possuía um instituto denominado de *iustitium*. Nas situações em que a República estava em premente risco, como guerra externa, insurreição ou guerra civil (denominado *tumultus*), o Senado emitia uma norma por meio da qual possibilitava a qualquer cônsule, pretor, tribuno da plebe e, no limite, a cada cidadão tomar toda e qualquer medida necessária para a salvação do Estado, ou seja, proclamava-se o *iustitium*. Etimologicamente trata-se de uma “interrupção, suspensão de direito (...) a produção de um vazio” (AGAMBEN, 2003, p. 68).

O *iustitium*, enquanto interrupção e suspensão de toda uma ordem jurídica, difere-se da figura do ditador, que, na Constituição romana, era uma figura específica de magistrado escolhido pelos cônsules e que a estes (cônsules) deveria submeter-se. No *iustitium*, havia

uma suspensão total da ordem jurídica, ou seja, aquele que regia o Estado de Exceção não estava inserido no ordenamento, não se submetia às leis nem a elas devia obediência. Nessa situação, estava em questão a sobrevivência do próprio Estado e dos cidadãos, de modo que toda e qualquer medida implementada com esse desiderato era legítima.

Nesse estudo, não se pode fechar os olhos para essa realidade. Não se pode desconsiderar que há situações (como houve ao longo da história) tão extremas que o direito foi suspenso por completo ou até eliminado. A essas situações, embora haja resistência por parte da doutrina, o ordenamento jurídico brasileiro não está isento, pois “uma lei não pode ser guardiã de uma outra lei” (SCHMITT, 2007, p. 60). Na óptica de Friedrich (1941 apud AGAMBEN, 2004, p. 20),

não há nenhuma salvaguarda institucional capaz de garantir que os poderes de emergência sejam efetivamente usados com o objetivo de salvar a Constituição. Só a determinação do próprio povo em verificar se são usados para tal fim é que pode assegurar isso (...). As disposições quase ditatoriais dos sistemas constitucionais modernos, sejam elas a lei marcial, o estado de sítio ou os poderes de emergência constitucionais, não podem exercer controles efetivos sobre a concentração dos poderes. Conseqüentemente, todos esses institutos correm o risco de serem transformados em sistemas totalitários, se condições favoráveis se apresentarem.

Logo, esta forma de Estado de Exceção absoluto não constitui objeto deste estudo, pois não se buscará explicar, de forma jurídica, algo que extrapola o âmbito do direito. Analisar-se-á as hipóteses de crise em que o direito consegue manter-se vigente, embora valha-se de uma legalidade excepcional, o que é admitido por Agamben (2004). Contudo, essas situações de crise extrema só podem ser evidenciadas diante do caso concreto, após constatar-se que todos os recursos jurídicos previstos na Constituição foram esgotados e que somente medidas alheias à Carta Magna garantirão (ou, ao menos, tentarão assegurar) o restabelecimento da normalidade.

Dissonante com o posicionamento de Agamben e em conformidade com o direito de necessidade constitucional, Schmitt (1999) traz a sua própria concepção de Estado de Exceção, denominado por ele de ditadura. Essa, para ser compreendida, subdivide-se em duas – a comissária e a soberana. A primeira visa defender ou restaurar a Constituição vigente, mas a suspende para criar condições para que, em um momento posterior, ela seja novamente aplicada. Assim, apesar de suspensão, a Constituição permanece em vigor¹⁰². O executor das

¹⁰² “La Constitución puede ser suspendida sin dejar de tener validez, pues la suspensión solamente significa una excepción concreta” (SCHMITT, 1999, p. 182).

medidas de exceção na ditadura comissária está sempre vinculado a outro órgão que pode ampliar ou restringir o seu poder.

Por outro lado, a ditadura soberana tem o objetivo de impor uma nova Constituição, sendo que esta subsiste, de forma mínima, por meio do Poder Constituinte. Na ditadura soberana, tem-se sempre em perspectiva uma ordem constitucional que se pretende implantar, embora esta não esteja formalmente vigente¹⁰³.

Tanto na ditadura comissária, quanto na soberana, observa-se uma certa relação entre o direito e o Estado de Exceção. Na ditadura comissária, o direito é vigente, embora não seja eficaz, mediante a aplicação de um ordenamento excepcional. Na ditadura soberana, o direito, outrora existente, foi revogado, mas com perspectivas a se implantar uma nova Constituição e, portanto, um novo ordenamento. Contudo, essa nova Constituição existe de uma forma mínima, denominada de poder constituinte, que torna as normas eficazes, embora não vigentes.

Pereira (2010), partindo da teoria de Schmitt (1999), utiliza as terminologias ditadura “conservadora” e “revolucionária”. A primeira coincide com a ditadura constitucional de Bobbio et. al. (2000) em que há uma instituição legal que autoriza a ditadura, permanecendo-se a antiga Constituição como ponto de referência. O ditador possui uma série de limitações, pois não exerce poderes legislativos; não declara ou suspende a ditadura conservadora; o poder ditatorial só pode ser exercido por um período definido e limitado, que não pode ser indefinidamente prorrogado e que tem o objetivo último de retornar à ordem constitucional ordinária (PEREIRA, 2010, p. 286). A ditadura revolucionária rompe com a ordem constitucional pregressa, mescla o poder Executivo com o Legislativo e busca legitimar-se mediante a “vontade do povo” ou a “revolução democrática”, mas sem referência a uma Constituição preexistente. A ditadura revolucionária, “como poder constituinte, se legitima por si mesma” (...). “Ela edita norma jurídica sem que nisso seja limitada pela normalidade anterior à sua vitória” (PEREIRA, 2010, p. 119). Contudo, a ditadura conservadora para Pereira possui os mesmos delineamentos da ditadura comissária de Schmitt, bem como a ditadura revolucionária de Pereira corresponde, nesse estudo, à ditadura soberana de Schmitt.

Tanto na ditadura comissária quanto na soberana, há um ponto em comum, que é a definição de Estado de Exceção para Schmitt (1999). Para ele, a exceção ocorre na separação

¹⁰³ “La dictadura soberana ve ahora en la ordenación total existente la situación que quiere eliminar mediante su acción. No suspende una Constitución existente valiéndose de un derecho fundamentado en ella y, por tanto, constitucional, sino que aspira a crear una situación que haga posible una Constitución, a la que considera como la Constitución verdadera. En consecuencia, no apela a una Constitución existente, sino a una Constitución que va a implantar” (SCHMITT, 1999, p. 182/183).

entre a vigência da norma e a sua eficácia. Também é comum a ambos casos que o executor das medidas de exceção tenham uma plenitude de poderes, embora esteja, ainda que de forma mínima, vinculado ao direito. Difere-se, portanto, das autoridades nos regimes autoritários que instituíam uma ordem, mas não, necessariamente, se vinculavam a ela, pois podiam escolher se estavam ou não submetidos ao direito. Em outras palavras, estavam, na realidade, “fora” do âmbito da lei.

Diverso de Schmitt (1999), o qual compreende que o Estado de Exceção, ainda que de forma mínima, tenha um direito vigente, Agamben (2004) compreende esse estado como destituído de qualquer conteúdo positivo, ou seja, um vazio de direito (embora possa ter uma relação com ele). Na concepção de Schmitt (1999), tanto na ditadura comissária quanto na soberana, a relação com o direito é atual. Já na visão de Agamben (2004), o vínculo com o direito é remoto (e não atual). Por isso que quem atua nesse estado não transgride nem exerce, mas inexecuta o direito.

No entanto, neste estudo, não se rejeita nem a teoria de Schmitt (1999) nem a de Agamben (2004). Defende-se, na verdade, a existência de uma gradação ou escala de crises – algumas são mais intensas e outras menos. Essa questão foi reconhecida pelo Poder Constituinte brasileiro ao estabelecer o estado de defesa para crises menos intensas e o estado de sítio as mais intensas. Conforme a gravidade da instabilidade institucional, pode-se instituir uma legalidade extraordinária (e, portanto, inserta no âmbito do direito) ou pode-se causar o fim do próprio direito e instauração de uma nova ordem.

2.5 A ditadura brasileira no período de 1964 a 1979 – um exemplo de Estado de Exceção

Na história do Brasil, um exemplo paradigmático de Estado de Exceção é a ditadura militar brasileira¹⁰⁴, cuja experiência histórica pode contribuir para compreender o sistema constitucional de crise e os perigos que esse ordenamento excepcional pode acarretar.

Essa ditadura irrompeu no dia 1º de abril de 1964, quando militares, ao ocuparem as principais cidades brasileiras com viaturas e com carros de combate, declararam vaga a Presidência da República, que foi ocupada, em seguida, pelo presidente da Câmara dos Deputados. Ato contínuo, no dia 11 de abril, o marechal Humberto de Alencar Castelo Branco foi eleito pelo Congresso Nacional para exercer a presidência. Eis o início de um lastimável

¹⁰⁴ Pereira (2010) discorda dessa afirmação ao afirmar que a ditadura brasileira é um curioso exemplo de mescla entre a ditadura conservadora (ou constitucional) e a revolucionária. Contudo, não se compactua com esse entendimento uma vez que a ditadura rompeu drasticamente com a ordem de 1946, mantendo-se o Legislativo e o Executivo como instrumentos simbólicos do novo regime autoritário.

período da história brasileira, caracterizada por forte repressão aos setores oposicionistas e ao comunismo, mediante torturas, assassinatos e desaparecimentos.

O contexto histórico que culminou na ditadura brasileira, no início do século XX, era caracterizado por grande instabilidade. No âmbito internacional, a corrida armamentista, o perigo da guerra e das usinas nucleares, a guerra do Vietnã, o *apartheid* na África do Sul, a discriminação racial e sexual, a devastação dos recursos naturais, a revolução cubana e, sobretudo a guerra fria, são exemplos desse contexto turbulento. Essa disputa entre o capitalismo estadunidense e o socialismo soviético, influenciou diretamente o Brasil, que deveria optar por um regime ou outro.

Os Estados Unidos, que exercem forte influência nos países da América Latina, tiveram uma participação decisiva na implantação da ditadura (DALARI, 2013, p. 2), compreendida como a única forma de consolidar o capitalismo no Brasil. Esse pensamento era um resquício do entendimento positivista e pós-colonialista do final do século XIX em que se acreditava que

as turbulentas Repúblicas sul-americanas eram inaptas, por natureza, para o regime representativo e clamavam pelo “cesarismo democrático” do “policial necessário” adaptado à idiossincrasia de seus povos variegados. É exatamente isso que os teóricos da modernização e do desenvolvimento dizem, sob uma forma mais “científica” (ROUQUIÉ, 1984, p. XVIII).

Ratificando ainda mais a intervenção estadunidense no Brasil, Pereira (2010, p. 53) consigna a proximidade entre os Estados Unidos e a ditadura brasileira:

o governo dos Estados Unidos tinha ligações próximas com os conspiradores que montaram o golpe brasileiro. O presidente Johnson apressou-se em reconhecer o novo governo brasileiro – seu telegrama ao presidente interino Ranieri Mazzilli chegou no dia 2 de abril – um dia depois da declaração de golpe (...). Os Estados Unidos “admiravam a vontade resoluta da comunidade brasileira de resolver... dificuldades no âmbito da democracia constitucional, e sem lutas civis” (...). (PEREIRA, 2010, p. 116)¹⁰⁵.

Dalari (2013, p. 2) observa, ainda, que o treinamento das forças armadas brasileiras para implementar a ditadura foi realizada pelos Estados Unidos antes do golpe de 1964, pois uma

¹⁰⁵ Embora a posição adotada nessa dissertação seja o reconhecimento de fortes influências institucionais na deflagração da ditadura militar brasileira, o “Programa Latino-Americano” do Woodrow Wilson International Center for Scholars, com sede em Washington, D. C., que patrocinou uma série de encontros e conferências intitulada “Transições do regime autoritário: Perspectivas da Democracia na América Latina e no Sul da Europa”, adotou, como entendimento predominante, de que foram as circunstâncias domésticas/ internas as determinantes para a implementação do regime autoritário (LOWENTHAL, 1988, p. 13; O’DONNELL, SCHMITTER, 1988, p. 39).

missão militar enviada pelo *National War College* estadunidense trabalhou junto com militares brasileiros para a implantação de um programa de militarização da sociedade, denominado “doutrina da segurança nacional”. Com esse apoio internacional, as Forças Armadas mostravam-se altamente qualificadas para implementar a ditadura, pois era considerada como um poder moderador ou um “guardião da Constituição”, que podia superar os conflitos, as divergências e a pluralidade que tornava instável a democracia. Ainda,

esse poder moderador, difícil de ser definido juridicamente, consiste em evitar crises, restabelecer o equilíbrio político e “corrigir” a autoridade de direito e a representação nacional, quando estas entram em colisão com as relações de forças reais, ou com as autoridades de fato. É portanto um “poder não-ativo, não-criador que conserva, restabelece”, mantém a “ordem” e garante o “progresso” de acordo com a divisa nacional” (ROUQUIÉ, 1984, p. 327).

Era notória a popularidade histórica das forças armadas, pois foram os militares que contribuíram efetivamente para a abolição da escravatura em 1888 e colaboraram para o fim do império e implantação da República. Via-se as forças armadas como capazes de unificar e modernizar a nação, sendo o principal meio de “integração nacional e da introdução da higiene e aptidão física e moral em meio às classes inferiores” (PEREIRA, 2010, p. 85).

Além da influência internacional, havia, no âmbito interno brasileiro, uma cultura brasileira de repressão aos adversários políticos, utilizando-se inclusive de tribunais de exceção, a exemplo do Tribunal de Segurança Nacional criado em 11 de setembro de 1936 pela lei n.º 244/ 1936 no início da ditadura de Vargas (1937-1945). Houve, ainda, um receio da classe burguesa diante dos movimentos sociais em prol do socialismo, sobretudo os ligados à classe trabalhadora e aos sindicatos. Essa preocupação da elite brasileira é reforçada com a os sinais de afeição que os Presidentes Jânio Quadros e de seu sucessor, João Goulart, manifestavam em relação à doutrina socialista, embora não houvesse nenhuma evidência concreta de que esse regime pudesse ser implantado.

A burguesia capitalista brasileira - de grande influência social - no afã de assegurar o seu poder e consolidar o capitalismo delegou os poderes aos militares, garantindo um bem sucedido golpe e regime ditatorial que conseguiu silenciar (ainda que parcialmente) os movimentos sociais e consolidar o capitalismo em face da suposta “ameaça comunista”¹⁰⁶.

¹⁰⁶ A comunicação preambular do ato institucional n.º 01 de 09/04/1964 não deixa margem de dúvidas de que a ditadura militar visava, sobretudo, combater a “ameaça comunista”, conforme se depreende dos seguintes excertos: “os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o país” (...). “Que este (presidente da República) possa cumprir a missão de restaurar no

Assim, foram-se os dedos (a ideologia de justiça, a integridade física dos cidadãos, a liberdade e a igualdade) para manterem-se os anéis (o poderio econômico), pois, conforme recentes relatos da Comissão Nacional da Verdade (CNV), estima-se “que 50 mil pessoas foram, de alguma forma, afetadas e tiveram direitos violados pela repressão durante a ditadura militar” (NASCIMENTO, 2013). Na visão de Pereira (2010) esse número foi muito maior, pois foram presas 50 mil por motivos políticos durante a ditadura e, dentre elas, 20 mil provavelmente foram torturadas. Além disso, entre 1964 a 1973, um número aproximado de 10 mil pessoas foram exiladas; centenas de professores e alunos foram afastados da Universidade; 517 pessoas tiveram cassados seus direitos políticos (compreendidos como o direito de votar e ser votado); 541 mandatos eletivos foram caçados; 1.968 servidores públicos foram compulsoriamente aposentados e 1.815 outros servidores foram exonerados. “Entre as autoridades atingidas por esse expurgo estavam 68 parlamentares, os ex-presidentes Kubitschek, Quadros e Goulart, e numerosos líderes trabalhistas” (PEREIRA, 2010, p. 117).

Na óptica de Habert (1994, p. 28), a violência, a arbitrariedade e a violação a direitos não se limitava apenas à esquerda organizada, mas abrangia as mais diversas camadas da sociedade, como estudantes, operários, intelectuais, disseminando uma áurea de terror e de insegurança que não poupava ninguém, nem mesmo a própria burguesia. Roquié (1989, p. 421), neste sentido, consignou que, com a ditadura, a burguesia chegou à conclusão de que a pior das democracias atendia melhor a seus interesses do que a mais excelente ditadura, que trazia consigo um alto custo político.

Na verdade, a repressão ditatorial foi muito mais intensa que a tão alegada “ameaça comunista”. O golpe foi, de fato, preventivo, tanto que o partido comunista reagiu passivamente a ele (PEREIRA, 2010, p. 115). Inclusive, as medidas tomadas durante o regime autoritário eram flagrantemente desproporcionais, pois a oposição era esporádica, desmilitarizada, despreparada e fadada ao fracasso. Na óptica de Pereira (2010, p. 138), o terrorismo contra a ditadura praticado por alguns membros dos movimentos sociais opositores limitava-se “a uma minoria de fanáticos condenados ao insucesso, até a sua total erradicação”.

Com essa forte ação repressiva, instituiu-se o Brasil do “ame-o ou deixe-o” e o “combate à subversão” passou a ser uma justificativa admissível para qualquer ação. Ser preso implicava em tortura a fim de que os “rebeldes” presos delatassem os companheiros combatentes e, em alguns casos, a consequência era a morte, a qual, por sua vez, era

encoberta por alguma justificativa inverossímil, como o suicídio¹⁰⁷. É lastimável evidenciar que a ditadura não poupava nem mesmo as mulheres, as crianças ou até bebês. O jornalista e cientista político Dermi Azevedo - uma das vítimas da ditadura – não foi apenas lesado, mas teve torturados a sua esposa e o seu filho (Carlos Alexandre Azevedo) que, em 1974, tinha um ano e oito meses. “Ainda bebê foi vítima de choques elétricos e outras sevícias. E nunca se recuperou” (O SUICÍDIO DE..., 2013) tanto que, de acordo com o noticiário, em 17/02/2013 cometeu suicídio. Esses atos de repressão se intensificaram sobremaneira com o a instituição do ato institucional n. 05, quando

aumentaram as prisões arbitrárias, as práticas de tortura, os desaparecimentos de pessoas, as invasões de domicílios, cassações de direitos sem a possibilidade de recurso ao Judiciário ou qualquer autoridade ou mesmo de obter simples esclarecimentos sobre os motivos da punição, além de ampla corrupção, tanto quanto ao uso das instituições públicas quanto relativamente aos desvio de recursos públicos (DALARI, 2013, p. 4).

Os atos de tortura e morte foram institucionalizados, com a criação de órgãos responsáveis por essas ações. A OBAN (Operação Bandeirantes) foi um dos maiores centros de tortura, servindo como modelo para os CODIs (Departamento de Operações Internas - Centro de Operações de Defesa Interna) (HABERT, 1994, p. 28/29). Outro exemplo marcante foram os “esquadrões da morte”, grupos parapoliciais que prendiam, torturavam e matavam cruelmente pessoas “suspeitas”, sem ao menos serem julgadas ou condenadas.

Não obstante a violação aos direitos humanos, uma grande condição de miséria e desigualdade assolava o povo brasileiro, pois apesar do Brasil estar em pleno crescimento econômico (denominado “milagre econômico”, ocorrido entre 1968 até 1973 (REIS, 2000, p. 75) e fosse a 8ª (oitava) maior economia do mundo, era, em contrapartida, um país com pior distribuição de renda e qualidade de vida, com alta mortalidade infantil, subnutrição, fome, doenças, violência, analfabetismo, acidente de trabalho e outras.

A situação econômica era deveras crítica e desigual que nem mesmo a forte repressão foi suficiente para completamente silenciar os movimentos sociais, sobretudo o sindicalismo trabalhista. Houve muita oposição à ditadura (HABERT, 1994, p. 52) e o novo sindicalismo teve um papel central nesse confronto, mediante o uso de greves, movimentos, passeatas e a organização política, que culminou como a criação dos partidos dos trabalhadores - PT (HABERT, 1994, p. 68). Esses movimentos, entretanto, visavam primordialmente melhorias sociais e de trabalho, não se opondo de forma direta à ditadura.

¹⁰⁷ Nesse sentido, o depoimento de João Leonardo em Hércules 56 (2006): “Logo que o indivíduo é preso, é torturado para que denuncie para que delate e para que entregue outros combatentes revolucionários”.

No âmbito político, o regime ditatorial foi caracterizado por uma grande centralização de poder e de decisões no Executivo, que governava com fulcro em atos institucionais, decretos-leis, Constituição outorgada e outras medidas legislativas flexíveis, ou seja, fáceis de se editar. O Judiciário, bem como o Legislativo, foram reduzidos a órgãos da cúpula do poder, cuja função era homologar os atos do Executivo. No caso do Congresso,

vigoravam o decurso de prazo (os projetos do governo eram automaticamente aprovados se não fossem votados num prazo determinado); o voto de liderança (os parlamentares deviam votar de acordo com as decisões do líder de seu partido); e a fidelidade partidária (os parlamentares não podiam emitir opiniões contrárias às de seu partido) (HABERT, 1994, p. 26).

O bipartidarismo foi imposto e os parlamentares oposicionistas foram caçados. Alguns foram até mortos e torturados, a exemplo do ex-deputado Rubens Paiva que, embora tenha sido declarado desaparecido, foi na verdade assassinado dentro as instalações do Exército no Rio de Janeiro, conforme fonte documental e depoimento apresentado pela Comissão da Verdade no Brasil¹⁰⁸ no início do ano de 2013 (COMISSÃO NACIONAL, 2013a)¹⁰⁹. Também no âmbito político, a ditadura foi caracterizada por elevada intervenção na economia, mediante medidas políticas e jurídicas, a exemplo do Plano de Ação Econômica do Governo/ PAEG em 1963; do Plano Estratégico de Desenvolvimento em 1967 e dos Planos Nacionais de Desenvolvimento.

Contudo, é curioso notar que, embora drasticamente limitadas as prerrogativas do Congresso Nacional e do Judiciário, esses órgãos não foram suprimidos ou abolidos, mas mantidos a fim de se proporcionar legitimidade e legalidade ao regime. Na verdade, a ditadura preocupou muito em tentar enquadrar seus atos em um aparato normativo, admitido, inclusive, pequenas e pontuais oposições jurisdicionais, sociais e parlamentares. A ditadura também se auto-intitulava democrática, como forma de legitimar sua atuação.

Na seara cultural e artística, a censura aos meios de comunicação corria à solta. Contudo, a ditadura não se limitava apenas a reprimir, mas visava controlar, intermediar e direcionar a produção cultural para controlar as massas e ocultar o regime ditatorial que cada vez mais se intensificava. Para tanto, eram utilizados os mais avançados recursos de propaganda da época, que mostravam, via satélite e a cores, os últimos ditames da moda, os

¹⁰⁸ A Comissão Nacional da Verdade, criada pela Lei 12528/2011, tem como objetivo investigar graves violações de Direitos Humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988.

¹⁰⁹ Também nesse sentido Britto (2013, p. A8): “A versão sustentada pelo Exército é a de que Paiva fugiu em um resgate enquanto era levado para reconhecer uma casa no subúrbio do Rio. Relatos de testemunhas, contudo, afirmam que ele morreu sob tortura”.

fliperamas e as discotecas, as canções do tropicalismo, o culto ao corpo, a valorização dos padrões de beleza, a exaltação do individualismo, o sucesso na economia e no futebol. Visava-se ocultar a vida de miséria, exploração e restrição que assolava o povo brasileiro no período ditatorial.

No âmbito legislativo, a ditadura foi marcada por atos normativos que instituíram, ratificaram e intensificaram disposições de um Estado de Exceção, notadamente, a concentração de poderes no Executivo, a alta flexibilidade na edição de normas, a censura e a intensa repressão dos opositores políticos.

Diferente do regime autoritário chileno que optou por instituir o estado de sítio, a ditadura militar brasileira foi instituída, legislativamente, por atos institucionais, cuja natureza jurídica é de um ato editado por um poder constituinte originário. A diferença entre o ato institucional e o decreto de estado de sítio é que o primeiro não se submetia a nenhuma restrição parlamentar, enquanto que o segundo era deveras limitado. Na verdade, conforme disposto no art. 206 da Constituição de 1946 era o Congresso quem instituída o estado de sítio nas hipóteses legais e o presidente da República somente era autorizado a fazê-lo durante o recesso daquela instituição. Mesmo assim, conforme parágrafo único do art. 208, o chefe do Executivo deveria convocar o Congresso de imediato, o qual deveria reunir-se no prazo máximo quinze dias.

Já os atos institucionais não eram submetidos a restrição alguma, demonstrando que o movimento militar revolucionário não admitia qualquer ingerência parlamentar. Esses atos eram contrários ao ordenamento jurídico de 1946, o que demonstra a ilegalidade com que foi imposta a ditadura, embora, publicamente, visava-se dar um ar de legitimidade ao regime. Os atos institucionais romperam com a ordem jurídica de 1946 e estabeleceram uma outra ordem não jurídica, mas de exceção. Primeiro, porque concentravam imensos e extraordinários poderes ao Executivo que, com a justificativa de combate à “ameaça vermelha”, podia permanecer no poder quanto tempo lhe conviesse, já que era sua competência exclusiva instituir e revogar os poderes de exceção. A lei também não foi obedecida. Na realidade, ela era manipulada, distorcida e desrespeitada conforme o arbítrio dos executores do regime de exceção, situação esta observada desde a sua instituição. Quando o presidente da Câmara dos Deputados assumiu a presidência, logo após o golpe, isso feria a Constituição de 1946, que somente autorizava fazê-lo em caso de abandono do presidente (art. 79), o que, evidentemente, não foi o caso. Ao se nomear o general Humberto de Alencar Castelo Branco feriu-se o artigo 139 da Constituição de 1946, que exigia que os chefes do Exército se

desincompatibilizassem dos cargos três meses antes de concorrer em uma eleição presidencial.

Logo, o regime, desde o início, foi praticado ao arrepio lei, mediante uma ampla concentração de prerrogativas no Executivo, limitando os demais poderes. O governante supremo, ao seu bel arbítrio, podia escolher se se submetia ou não às ordens que impunha, o que leva à conclusão de que ele estava além desse sistema, ratificando, mais uma vez, o posicionamento de Schmitt de que o soberano era quem concentrava poderes de exceção (SCHMITT, 2006, p. 7).

As medidas de exceção foram várias a iniciar-se pelo ato institucional n.º 01 (AI 01) de 09.04.1964, que, redigido por três ministros militares, autointitulados de “Comando Supremo da Revolução”, instaurou o regime de exceção, caracterizado por eleições indiretas (art. 2º); controle dos atos do Congresso pelo Executivo (arts. 3º a 5º); suspensão das garantias de vitaliciedade e estabilidade (art. 7º); livre disposição do Executivo na decretação do estado de sítio (art. 6º); possibilidade de suspender direitos políticos e de cassar mandatos por 10 (dez) anos (art. 10). Foi drasticamente reduzida a intervenção do Judiciário que não poderia apreciar os atos de suspensão das garantias de vitaliciedade e de estabilidade que extrapolassem as formalidades extrínsecas nem as hipóteses de suspensão dos direitos políticos (respectivamente art. 7º, § 4º e art. 10).

O Ato institucional n.º 02 (AI 02) de 27.10.1965 formalizou a censura (art. 12), aumentou as hipóteses de intervenção federal (art. 17), extinguiu os partidos políticos (art. 18) e expressivamente aumentou a competência legislativa do presidente (art. 30). Contudo, a maior ingerência feita pelo Ato institucional n.º 02 foi no poder Judiciário. Foi criada a Justiça Federal, cuja principal competência cingia-se em apreciar e julgar os casos envolvendo a União (art. 6º), sendo que, os Juízes Federais seriam nomeados pelo presidente da República (art. 6º). Deslocou-se para a competência da Justiça Militar o processamento e o julgamento dos crimes contra o Estado e contra a ordem política e social. Também foram extintos da apreciação judicial (art. 19):

- I - os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo federal, com fundamento no Ato Institucional de 9 de abril de 1964, no presente Ato Institucional e nos atos complementares deste;
- II - as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmara de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos ou Vereadores, a partir de 31 de março de 1964, até a promulgação deste Ato.

O ato institucional n.º 03 (AI 03) de 05.02.1966 estabeleceu o voto indireto para a eleição dos governadores de Estado (art. 1º), os quais nomeariam os Prefeitos com a aprovação da Assembleia Legislativa (art. 2º). Por fim, conforme ocorreu com os demais atos institucionais, suas disposições foram excluídas da apreciação judicial (art. 6º).

O ato institucional n.º 04 (AI 04) de 07.12.1966, em síntese, convocou o Congresso Nacional para aprovar a nova Constituição de 1967 de 15.03.1967 que, por sua vez, consolidou e organizou, em um novo ordenamento jurídico, as medidas impostas pelos atos institucionais anteriores. Pouco antes da promoção da nova Constituição, foi imposto o decreto-lei n.º 314 de 13.03.1967 que ampliou o rol dos crimes contra a segurança nacional.

Com o ato institucional n.º 05 (AI 05) de 13.12.1968 foi removido qualquer cariz de “revolução democrática”, disseminada pela ditadura. Foi, na concepção de Reis (2000, p. 51), “um golpe dentro do golpe”, pois, antes do AI 05, a ditadura militar brasileira, embora evidentemente um Estado de Exceção, maquiava-se como um movimento revolucionário, o que é fácil de se perceber nas notas preambulares do ato institucional n.º 01 em que a ditadura de auto intitula “revolução vitoriosa” que traduz “o interesse e a vontade da nação”. Ademais, para se manter as aparências, a ditadura manteve o Congresso Nacional, embora este tenha se reduzido a um órgão homologador das decisões do Executivo.

Já com o AI 05, foi possível ao presidente decretar o recesso do Congresso a qualquer momento (art. 2º) em qualquer circunstância, exercendo, no período de retiro, a legislatura “em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na lei Orgânica dos Municípios” (art. 2º, § 1º). Podia ainda “decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição” (art. 3º); suspender os direitos políticos sem qualquer limitação constitucional “de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais” (art. 4º); decretar o estado de sítio sem a intervenção do Parlamento (art. 7º); confiscar bens; editar atos complementares ao AI 05 (art. 9º); demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade qualquer servidor público (art. 6º, § 1º).

As garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade foram suspensas (art. 6º), bem como a garantia do “*habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular” (art. 10). Por fim, foi excluída da apreciação judicial “todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

Em reforço ao AI 05, foi imposto o Decreto-lei n.º 477 de 26.02.1969 que tornou ilícito o movimento estudantil, definindo infrações a professores, alunos, funcionários ou

empregados de estabelecimentos de ensino público ou particulares que se aliciassem ao referido movimento social. Com o AI 06 de 05/09/1969, foi instaurado o banimento do brasileiro que fosse declarado subversivo à segurança nacional e, com o Decreto-lei n.º 898 de 29.09.1969, foram acentuadas as penas dos crimes de segurança nacional, permitindo a pena de morte e a prisão perpétua. Foram, ainda, aumentadas expressivamente as penas de reclusão. Com essa criminalização política, o número de recolhidos quase decuplicou, considerando-se a média dos últimos três anos. Nesse sentido, confira-se a tabela abaixo:

**Condenados pela Lei de Segurança Nacional por crimes
de seqüestro, assalto, terrorismo e atentado pessoal
(1964 a 1978)**

DL 898/69		DL 510/69*		DL 314/67		Lei 1802/53	
Art. nº	conde nados	Art. nº	conde nados	Art. nº	conde nados	Art. nº	conde nados
28	98	25	12	25	59	4	1
27	154	–	–	–	–	–	–
33	2	–	–	29	–	–	–
–	–	28	4	–	–	–	–
–	–	–	–	–	–	15	3
Total	254		16		59		4

* Baixado em 20 de março de 1969 e substituído, em 29 de setembro do mesmo ano, pelo Decreto-Lei 898.

Fonte: Procuradoria-Geral da Justiça Militar. Publicado em *O Globo*, Rio de Janeiro, 28 de junho de 1979. Considerava-se provável que, do total de 333 condenados, 20 tivessem sido enquadradas em mais de um artigo.

Extraído de: LEMOS, 2011.

Em seguida, com a emenda constitucional n.º 01 de 17.10.1969, estabeleceram-se inúmeras modificações à Constituição de 1967 de modo que, na verdade, tratou-se de uma nova Constituição que adequou o ordenamento jurídico aos atos institucionais até então editados, notadamente o AI 05. Por fim, o decreto n.º 69.534 de 11.11.1971 possibilitou ao presidente da República classificar como secretos ou reservados os decretos-lei para serem de acesso restrito.

Diante do exposto, não há dúvidas de que a ditadura foi um Estado de Exceção, qualificado por: concentração de poderes de modo absoluto no poder Executivo, excluindo a

participação do Legislativo e do Judiciário; alta flexibilidade legislativa, pois o Executivo podia instituir qualquer norma que lhe conviesse sem restrições formais ou de conteúdo e sem o controle pelo Legislativo ou pelo Judiciário; restrição a direitos civis e políticos; criação de um vasto rol de crimes políticos com penas desarrazoáveis e desproporcionais (como morte e prisão perpétua); intensa perseguição a opositores políticos, sendo que alguns foram levados à clandestinidade.

Foram extirpadas ainda as garantias da inamovibilidade e da vitaliciedade, autorizando o Executivo a demitir, remover, aposentar, pôs em disponibilidade qualquer servidor público. Utilizou-se de todo um aparato policial e investigativo clandestino e à margem da lei, que cometida torturas e assassinatos. Eram retirados das vítimas os direitos à dignidade e ao devido processo legal. Por outro lado, os algozes – torturadores e assassinos, recrutados pelo Estado – embora formalmente vinculados ao direito, não eram reprimidos nem sofriam represálias. Enfim, tratava-se foi um período histórico brasileiro marcado pelo vazio de direito, consoante concepção de Agamben (2004).

3 AS PRERROGATIVAS DO JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 PARA ASSEGURAR DE FORMA EFICAZ OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE EM SISTEMA DE CRISE: UM CONTRAPONTO COM A DITADURA MILITAR DE 1964.

Adota-se, nesse trabalho, a posição de que o sistema constitucional de crise, em regra, é a possibilidade de se suspender direitos, de forma razoável e temporariamente, para se superar uma situação de grave instabilidade institucional. É, dessa forma, um sistema de legalidade excepcional ou extraordinária, já que é mais seguro à pessoa que as limitações sejam decorrentes de lei, que preveja de modo o mais específico possível as restrições a serem impostas (embora se permita amplas restrições na hipótese de declaração de ameaça de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira, prevista no art. 137, inc. II).

A garantia institucional de que o sistema constitucional de crise (estado de sítio e de defesa) não se converterá em uma ordem autoritária são as suas formas de controle que podem ser prévias, concomitantes e posteriores à medida. Pelo Legislativo, o controle é prévio, na hipótese do estado de sítio, já que este órgão deve apreciar o decreto que institui o sistema de legalidade excepcional. É concomitante, porque deverá permanecer em funcionamento durante toda a duração das medidas emergenciais, já que pode, a qualquer momento, suspender a medida de crise (art. 49, IV da CF) (CHIMENTI, 2005). Também é concomitante mediante a atuação de uma comissão especial, composta por cinco membros do Congresso, para acompanhar e fiscalizar a execução do estado de defesa ou do estado de sítio (art. 141 da CF/88). Por fim, o controle é posterior, já que, após cessar o estado de sítio e de defesa, as medidas aplicadas serão informadas pelo presidente da República ao Congresso Nacional, especificando e justificando as providências tomadas, a fim de demonstrar a legalidade dos atos praticados pelos agentes e executores da medida, podendo o Congresso ouvir a Comissão Especial que as acompanhou e as fiscalizou.

Segundo Capez (2008), caso o Congresso não aceite as justificativas, estará caracterizado crime de responsabilidade, regulado pela lei 1.079/50. Trata-se de uma forma de controle posterior do Congresso Nacional, que, além de reprimir abusos, visa dar publicidade sobre o resultado das medidas adotadas. Frise-se que a responsabilidade dos agentes estatais é objetiva, conforme art. 37, § 6º da CF/88 (MOTTA FILHO E SANTOS, 2004).

O controle realizado pelo Legislativo é denominado “político”, o qual não é o único possível. Há, ainda, o controle pelo Judiciário, denominado de “jurídico”, sendo que um complementa o outro:

(...) este controle político não excluirá o controle jurisdicional, isto com fundamento no art. 5º, XXXV, que poderá ser exercido, tanto durante o período de exceção, como naquele outro posterior a cessação de sua vigência (...) (DANTAS, 1989, p. 118).

Diante disso, cabe ao Judiciário, valendo-se das garantias jurisdicionais, reprimir as ilegalidades e os abusos, pois “a excepcionalidade da medida não possibilita a total supressão dos direitos e garantias individuais, e tampouco configura um salvo-conduto aos agentes políticos para total desrespeito à Constituição e às leis” (MORAES, 2004, p. 671). Cabe a esse poder, com base no art. 141 da CF/88, reprimir os ilícitos causados na vigência desses estados por seus agentes ou executores, pois, como “guardião da Constituição”, o Judiciário possui a prerrogativa de assegurar e proteger os direitos fundamentais.

Esse controle é o trunfo do sistema de crise, pois é a medida que confere à sociedade a tranquilidade de que, nessas situações críticas, não haverá um vazio de direito, mas uma legalidade extraordinária e que os infratores serão devidamente punidos. Não é outra a conclusão de Scalquette (2004, p. 172):

ambas as medidas de combate à crise só poderão ser aplicadas em situações previamente determinadas pela Constituição e com respeito a todos os limites por ela estabelecidos, além de estarem sujeitas aos controles político e jurídico. Tendo em vista essa assertiva, acreditamos que o Sistema Constitucional das Crises atende aos fins do Estado Constitucional, pois, prevendo regras claras para enfrentamento de situações extremas, impede que ameaças às instituições democráticas e à Nação, se tornem também campo fértil para o cometimento de ilegalidades.

Contudo, mesmo em período de normalidade constitucional, essa atuação do Judiciário é questionada, pois, por vezes, ele se afasta da função de “protetor dos mais fracos” para se assemelhar a um órgão de consolidação da classe hegemonicamente dominante. No ordenamento jurídico brasileiro, o Tribunal Pleno do STF conferiu proteção às instituições Financeiras ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade n.º 04 do Distrito Federal em 07/03/2001, afirmando inexistir limites na cobrança de juros, já que, tal situação, depende de lei complementar. Semelhantemente, nos Estados Unidos, que adota o mesmo modelo de “supremacia constitucional” que o Brasil, o Judiciário passou por severas crises ao longo de sua trajetória a começar pela decisão no caso *Marbury contra Madison* em que avocou para si a condição de intérprete da Constituição, embora não houvesse previsão legislativa para tanto. Já em “*Dred Scott contra Stadford*” (1857), a Suprema Corte entendeu que os negros não

eram cidadãos, excluindo-os da proteção constitucional. Em “*Korematsu contra United States*” (1944), considerou lícita a internação de descendentes nipônicos em campos estadunidenses, embora não tenha autorizado o mesmo com os alemães e os italianos. No caso “*United States contra Alvarez-Machain*” (1992) aceitou exercer jurisdição em pessoa nacional do México, sequestrada em seu país de origem por agentes estadunidenses (BARROSO, 2009, p. 22). Essa referência ao Judiciário estadunidense demonstra que os problemas que envolvem o Judiciário não ocorrem apenas no Brasil, mas também em outros países.

Se em períodos de normalidade, é delicada a atuação jurisdicional, tanto mais o é em situações de crise em que o Judiciário deve considerar dois parâmetros: a segurança/sobrevivência do Estado e a proteção aos direitos fundamentais individuais, sendo que a primeira é, em regra, predominante, embora não se dispense a análise das particularidades de cada situação concreta, mesmo porque tais paradigmas (segurança e liberdade individual) não são absolutos, mas relativos.

Todavia, o Judiciário deve considerar, sobretudo, que, em situações de extrema crise constitucional, a margem discricionária de atuação Estatal é consideravelmente alargada; os direitos individuais (notadamente, os de liberdade) são restringidos e a instabilidade é maior. Logo, há um quadro propício para a ocorrência do cometimento de abusos ou ilícitos por parte do próprio Estado, que, em algumas hipóteses, pode até estar infenso a proferir um golpe. Não é outra a conclusão de Bobbio et. al. (2000, p. 369):

na Europa e na América contemporâneas, porém, os diversos tipos de Governo de crises chegaram, muitas vezes, a provocar a destruição da ordem institucional e contribuir seguidamente para alterar, de modo mais ou menos permanente, a distribuição do poder entre órgãos constitucionais do Estado.

Durante a instituição do sistema de crise, as relações sociais alteram-se substancialmente, o que torna propício o ambiente para a instituição de um regime autoritário. Os sistemas de produção capitalista voltam-se para alimentar o setor bélico e militar e o poder Executivo, mormente a pessoa do presidente, experimenta não só acréscimos de poder, mas picos de grande popularidade. É comum o Governante ser visto como um herói ou um salvador e as pessoas depositarem confiança nele, bem como nas instituições militares.

Tudo isso encontra-se vinculado a uma política repressiva de controle de comunicações e informações, já que é indispensável, para o sucesso da organização militar, não só a ocultação, mas, também, a promoção do Estado Nacional, como forma de se apoiar a guerra. Ora, nas guerras, cujas causas, em grande parte das vezes, são por interesses financeiro-

capitalistas de uma classe, depara-se com situações desumanas, degradantes e de terror, difíceis de serem suportadas por grande parte da população. Logo, busca-se maquiagem essa dura realidade mediante uma ideologia de manipulação e de controle. Com isso há uma brusca modificação e condicionamento da opinião pública, que favorece medidas autoritárias, já que o presidente passa a ter apoio e a autoridade para se opor ao Congresso, podendo suplantar a ordem democrática.

Diante dessa flagrante hipótese de ilícitos ou abusos, erige o Judiciário como um “corretor” ou um “limitador” estatal, já que não se pode ter excluída de sua apreciação lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inc. XXXV da CF/88). É essa crença no controle jurisdicional das medidas de crise que gera um sentimento de confiança na sociedade e na doutrina de que o sistema constitucional de crise (art. 136 a 141 da CF/88) será provisório, adequado e proporcional para superar a instabilidade. Mas, será que o Judiciário consegue impedir que o Estado viole a tênue linha que o sistema constitucional de crise e o Estado de Exceção?

Possíveis respostas a esse questionamento podem ser dadas ao se analisar a ditadura militar brasileira no período de 1964 a 1985, diante da ausência de instituição do estado de sítio desde que foi promulgada a CF/88.

Deve-se destacar, primeiramente, que, no Brasil, o Judiciário foi altamente reprimido durante o período da ditadura militar brasileira. Um dos mecanismos de repressão utilizados foi o aumento o número de Juízes da Suprema Corte, a fim de inserir defensores do regime nesse Tribunal. Também foi instituída a Justiça Federal para apreciar ações envolvendo a União, sendo que, os magistrados federais, eram nomeados pelo Executivo. Houve, ainda, um deslocamento de competência do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal Militar e, ademais, as medidas legislativas de opressão, notadamente os atos institucionais, já advinham no ordenamento com uma cláusula de exclusão, vedando a apreciação judicial de suas disposições.

O Judiciário, portanto, altamente limitado e cooptado para o novo regime imposto, foi um dos braços da ditadura, utilizado, por diversas vezes, para legitimar o regime. Havia, no entendimento de Teles (2010a) e de Pereira (2009) uma política articulada entre o Judiciário e a ditadura, pois, nos casos de desaparecimento, havia uma grande gama de processos judiciais, os quais, por suas vezes, legitimavam as práticas de arbitrariedade:

(...) o Brasil foi o [país] que viveu menos justiça de transição¹¹⁰ após a transição democrática, em parte porque a legalidade autoritária – gradualista e conservadora – de seu regime militar envolveu a participação de boa parte do *establishment* jurídico e continuou a ser legitimada sobre a democracia (PEREIRA, 2009, p. 219)¹¹¹.

Teles (2010a, p. 305) consignou que, no Brasil, foram instaurados 7.387 processos judiciais, embora tenham desaparecido 400 pessoas. Contraditoriamente, no Chile e na Argentina, desapareceram, respectivamente, 5 mil e 20 mil pessoas, mas, em cada um deles, foi instaurado 350 processos, aproximadamente.

Para analisar as prerrogativas do Judiciário voltadas para a proteção dos direitos fundamentais de liberdade em sistema de crise na CF/88, adotar-se-á, como referência, a ditadura militar brasileira, instituída em 1964. Para tanto, o presente capítulo seguirá alguns critérios¹¹² numa tentativa de responder ao questionamento (ou, ao menos, elucidar a questão) de *se o Judiciário é capaz de proteger de modo eficaz os direitos de liberdade em sistema de crise*. O primeiro critério é o marxista, apoiado na obra de Karl Marx e nos pensadores que desenvolvem análises a partir dele. O segundo é o pragmático, apoiado na corrente do pragmatismo jurídico. Por fim, analisar-se-á uma possível resposta segundo o critério histórico, realizado, sobretudo, a partir da experiência com a ditadura de 1964, quando será abordada a estrutura, as decisões proferidas pelo Judiciário durante e após a ditadura, fazendo-se contrapontos com o sistema de crise na Constituição de 1988. Entretanto, os eventos ocorridos ao longo da ditadura não se limitarão apenas ao critério histórico, mas também serão abordados nas análises, segundo o critério marxista e o pragmático. Esses critérios serão sintetizados na conclusão, quando, mediante um esforço lógico-jurídico e argumentativo, buscar-se-á uma resposta satisfatória ao objeto de pesquisa.

3.1 Resposta segundo o critério marxista

Um critério possível para se responder ao questionamento formulado é elaborado pela perspectiva marxista. Usa-se esse termo, porque apoiado, sobretudo, na obra “o capital” de

¹¹⁰ “Justiça de transição ou transicional se refere às medidas tomadas após o término de um regime autoritário para tratar das violações dos direitos humanos cometidas no passado” (PEREIRA, 2010, p. 25).

¹¹¹ Nesse sentido: “não é possível pensar a violência da ditadura sem assumirmos o compromisso de responder aos atos de violência e tortura dos dias atuais. E também o contrário: não eliminaremos as balas perdidas se não apurarmos a verdade dos anos de terror de Estado de modo a ultrapassarmos certa cultura da impunidade. Pois a bala perdida é, como o silêncio e o esquecimento, o ato sem assinatura pelo qual ninguém se responsabiliza” (TELES, 2010a, p. 318).

¹¹² Compreende-se, por critérios, parâmetros, diretrizes ou disposições orientadoras.

Karl Marx (1981). Contudo, a visão marxista do direito não é unânime na doutrina, havendo, conforme Gold et. al. (1979 apud VIERA, 1988, p. 18), três vertentes que analisam a questão. A primeira, chamada de instrumentalista, defende que a sociedade capitalista é caracterizada por uma nítida luta de classes em que, de um lado, há os detentores dos meios de produção - a burguesia - e, de outro, os que detêm apenas a sua mão-de-obra, os proletariados. Essa desigual base na produção mercantil capitalista é denominada de “infraestrutura”.

Diretamente vinculada à “infraestrutura”, há, na visão marxista, uma “superestrutura”, constituída de valores, ideologias, cultura, incluindo-se, aí, o direito. Logo, valendo-se de uma lógica de correspondência, conclui-se que, se os meios de produção são da burguesia, o direito também o é, na medida em que atende e observa os interesses dessa minoria que, aditiva ou disjuntivamente, detêm o poder econômico e político. Nessa perspectiva, conclui-se que o direito sempre foi antidemocrático.

Outra corrente adotada é a estruturalista, que busca analisar apenas os aspectos da política do Estado em relação às contradições e limitações do sistema capitalista. E, por fim, a vertente hegeliano-marxista que se volta para “o problema da consciência e da ideologia para a compreensão do fato estatal” (VIEIRA, 1988, p. 18).

Vieira (1988) consigna que a posição instrumentalista é alvo de severas críticas, porque reduz o direito a um resultado apenas no nível econômico, negando a sua autonomia. O direito, dessa forma, seria condicionado apenas pelas forças de produção, seguindo uma lógica simplista de correspondência. Nesse sentido, Weber (1984), bem como Kelsen (1995), destacam a autonomia do direito de modo que ele não é necessariamente determinado pela sociedade, mas pode regular o meio social. Em alguns casos, pode regulamentar até de forma independente ou contrária à realidade. Defendem, portanto, a autonomia da ciência jurídica. Em outras palavras, os referidos autores destacam que o Estado não apenas é determinado pelas relações econômicas, mas, em vários casos, a determina. Logo, o Estado está intimamente vinculado ao sistema de produção capitalista e não é exterior a ele.

Grau (2000) também critica essa visão instrumentalista da teoria de Marx, pois o direito, tais como as demais instâncias da superestrutura, como a política e a ideologia, não podem ser lidas como um mero reflexo da economia. A sociedade não é fundamentada apenas no seu modo de produção, mas também em outras instâncias, como a jurídico-política e a ideológica. Desse modo, o direito não é apenas condicionado pela economia, mas também a determina, servindo como instrumento de transformação social. Ademais, nem sempre, um influencia o outro. Logo, não é direta nem necessária a relação entre o direito e a economia.

Gold et. al (1979 apud VIERA, 1988, p. 19), ao invés de aderir a alguma das três vertentes acima mencionadas, quais sejam, a instrumentalista, a estruturalista e a hegeliano-marxista, propõe que, para a conceituação do Estado, deve-se considerar as seguintes premissas: 1) o estado em determinados períodos históricos é uma estrutura que autoreproduz e em outros é um instrumento da classe dominante; 2) as estruturas internas do Estado consistem em objeto da luta de classes; 3) deve-se estudar em que nível se analisa a autonomia relativa do Estado; 4) compreender o Estado envolve pautar-se pela maior importância sobre o processo de internacionalização do capital e a presença do poder político nessa acumulação; 5) deve considerar, ainda, na compreensão do Estado, o alargamento das contradições sociais no atual estágio do processo do desenvolvimento capitalista.

Embora se afaste da posição instrumentalista do pensamento marxista, pelas críticas já expostas, Rubin (1972 apud VIERA, 1988, p. 12), destaca que há uma forte relação entre o processo de produção material capitalista e a forma social desenvolvida. Essa aproximação entre a elite dominante, detentora do poder econômico, e o direito também está presente nos pensamento de Aguiar (1990) e de Rouquié (1989).

Ademais, a visão instrumentalista foi observada na deflagração da ditadura de 1964, instituída a partir do enlace entre as elites dominantes – detentoras dos meios de produção e que se viram ameaçadas com o movimento comunista – com as forças militares. A visão instrumentalista não pode ser usada para explicar o Estado ou o direito, mas é adequada para demonstrar a instituição do golpe de 1964. Semelhantemente, pode ser um critério utilizado para embasar a utilização do sistema de crise como um modo de instituir um Estado de Exceção. Segundo Marx (1986 apud GRAU, 2000), quando a elite dominante, que detêm as forças de produção, entra em choque com a superestrutura, ou seja, com o direito ou com o Estado, há um campo propício para revolução, isto é, a instituição de uma norma ordem. Nesse sentido:

em determinado estado do seu desenvolvimento, as forças materiais produtivas da sociedade entram em contradição com as relações de produção existentes ou – o que não constitui senão uma expressão jurídica delas – com as relações de propriedade no seio das quais vinham se movendo até então. De formas de desenvolvimento das forças produtivas que eram, essas relações se tornam entraves delas. Inicia-se então uma época de revolução social. A transformação da base econômica altera mais ou menos rapidamente toda a enorme superestrutura (MARX, 1986 apud GRAU, 2000, p. 37).

Logo, a visão marxista esposada nesse estudo considerará, sobretudo, a análise da elite dominante e também da economia no processo de instituição do sistema de crise.

Um adepto dessa forma de visão marxista, Roberto A. R. de Aguiar (1990), observa a discrepância entre o direito, descrito na Lei, e o aplicado na realidade, pois o direito não gera um igualdade real ou efetiva. Ao contrário, ele é conservador na medida em que proporciona uma estabilidade social, ou seja, trata-se de um instrumento de implantação e continuidade de uma dada ordem social. Desta forma,

seria, por isso, absurdo pensarmos no direito como instrumento revolucionário. Mesmo em uma hipotética revolução, ele só aparecerá quando os novos grupos assumirem o poder e tiverem necessidade de implantar uma ordem nova que controle os destinatários em outra direção (AGUIAR, 1990, p. 135).

Nessa mesma linha de raciocínio, Rouquié (1989), ao analisar os ordenamentos jurídicos na América Latina, concluiu a existência de uma radical dicotomia entre a ideologia e os valores democráticos de liberdade e igualdade e a realidade social, “caracterizada por rígidas relaciones de dominación, una asimetría social intangible y desigualdades acumulativas” (ROUQUIÉ, 1989, p. 112), ou seja, “não são os generais fardados que contam, mas a General Motors, a General Eletric... que são efetivamente os generais mais poderosos” (ROUQUIÉ, 1984, p. XX).

Esse universo de direitos, na visão do autor, oculta as reais relações de força e de opressão de uma classe em relação a outra, que, inclusive, é inerente ao Judiciário:

los vetos sociales están por encima del poder legal. Hoy América Latina no es avara de legislaciones perfectas, de vanguardia, inaplicables e inaplicadas, esas etéreas *blue sky laws* que se enarbolan en las instancias internacionales. El poder judicial tampoco escapa al destino de la ley. En lenguaje popular y el folklor proverbial son reveladores al respecto. ¿Acaso no dicen aquí: “A los amigos se les hace justicia y a los enemigos se les aplica a ley”, y allá: “La justicia es para los que llevan ruanas”? Esas distorsiones cuasi esquizofrénicas no provienen, como a veces se ha escrito al norte del Río Bravo, de una incapacidad psicológica para la democracia supuestamente propia de los pueblos y sociedades de América Latina, y hasta el mundo ibérico, sino de condiciones socio históricas objetivas (ROUQUIÉ, 1989, p. 113).

Conforme Rouquié (1989), a experiência ditatorial na América Latina teve como principal motivo justificador os anseios da classe dominante em consolidar-se no poder, em

detrimento da ameaça “vermelha”¹¹³. Logo, seguindo-se essa análise, o Judiciário somente asseguraria os direitos de liberdade na exata e estrita medida em que atendesse a visão e o ponto de vista dos detentores do poder.

Esse critério marxista foi claramente observado, no âmbito da ditadura de 1964, na Justiça Militar, que, salvo raras exceções¹¹⁴, foi criada exclusivamente para corroborar com o regime de exceção, apreciando e julgando, sobretudo, os crimes políticos, fundamentados na Lei de Segurança Nacional (Decreto-lei n.º 898 de 29.09.1969). Pereira (2010, p. 54), utiliza a expressão “justiça política” para designar os “processos movidos em tribunais contra os opositores do regime acusados de crimes contra a segurança nacional”, função esta atribuída, precipuamente, à Justiça Militar.

Arns (1985) consignou que a Justiça Militar foi totalmente estruturada para apoiar o regime, inclusive, ao arremetimento da lei. Para embasar sua afirmação, Arns (1985, p. 172) citou como exemplo a violação ao princípio de que “ninguém poderá ser condenado duas vezes pelo mesmo crime”, o qual era “olvidado”. Logo, um condenado, muitas vezes, era condenado pelo mesmo fato reiteradas vezes. Além do mais, vigia o princípio da interpretação mais desfavorável ao acusado e da presunção de culpa, devendo o acusado provar sua inocência. “A dúvida militava em favor da condenação” (Arns, 1985, p. 180).

Arns (1985, p. 174) afirmou, ainda, que as práticas da ditadura eram contrárias à lei, desde a formação do inquérito até o julgamento final da ação penal. Primeiro, quem realizava a investigação era a autoridade militar e não a policial, conforme era determinado no código de processo penal. Os delegados apenas homologavam as atividades realizadas pelos agentes militares. Segundo, o inquérito, além de mal nascido, era ilegal e clandestino, uma vez que não correspondia à realidade. Portanto, a investigação, a princípio, não poderia nem embasar uma ação penal. Não era isso, contudo, o que ocorria, pois o inquérito era tomado como prova, quicá irrefutável¹¹⁵. Os prazos também eram totalmente desrespeitados em notório prejuízo à incolumidade física e psíquica do detento. “Na verdade, não havia prazo algum para a conclusão do inquérito e os indiciados permaneciam presos indefinidamente” (ARNS, 1985, p. 175). As prisões preventivas não eram revisadas pela Justiça, conforme determinado

¹¹³ Ameaça vermelha refere-se ao receio de que uma revolução comunista pudesse se impor em detrimento do capitalismo.

¹¹⁴ Lemos (2001, p. 124) destaca a postura de proteção aos direitos fundamentais do Ministro do Superior Tribunal Militar Peri Bevilacqua.

¹¹⁵ “Entretanto, a análise dos processos pesquisados leva à conclusão de que a quase totalidade das condenações apoiou-se no conteúdo dos inquéritos policiais. As provas colhidas durante a fase judicial eram ignoradas pelas sentenças, que se baseavam nos dados obtidos na polícia, com todos os seus vícios, irregularidades e coações” (ARNS, 1985, p. 180).

pela Lei e nem acesso ao cárcere os advogados tinham. Logo, na grande maioria dos casos, o detento permanecia incomunicável.

Se na fase investigativa as violações cometidas pela ditadura eram evidentes, a situação não melhorava na fase judicial. Primeiramente, as denúncias na Justiça Militar, por crimes contra a Segurança Nacional, eram vagas e imprecisas. Chegava-se mesmo a dizer (ARNS, 1985, p. 178), genericamente, que o acusado havia praticado atos de subversão, sem haver uma descrição precisa do que se entendia por esse termo. As testemunhas, arroladas na denúncia, frequentemente declaravam desconhecer os fatos narrados ou, no máximo, testemunhavam “por ouvir dizer”. Muitas denúncias descreviam fatos que não consistiam em crimes, “mas simples exercícios de manifestação do pensamento, de liberdade de opinião, de reivindicação legal” (ARNS, 1985, p. 179).

Quando, na fase judicial, tentava-se desmascarar as confissões obtidas com base na tortura, os magistrados militares entendiam a retratação como uma mentira e uma forma de agravamento de pena. Logo, era comum os magistrados acobertarem o uso sistemático de torturas contra os presos e, se não o fizesse, seriam, muito provavelmente, exonerados. Quando os advogados persistiam em enfatizar o modo pelo qual a confissão foi obtida, eles eram considerados opositores do regime, que, por isso, criavam inverdades para macular a imagem da “Revolução Democrática”. Semelhantemente às confissões, as perícias eram inverossímeis, realizadas por apoiadores do regime. Na realidade, todo o sistema de provas era viciado e forjado pelo regime para perseguir opositores: as testemunhas, quando eram membros do regime, eram coagidas; documentos eram plantados nos autos para forçar uma condenação e muitos deles nem se referiam aos acusados. A coação estava presente até no momento da audiência, realizada na fase judicial:

nas auditorias militares, no entanto, os acusados políticos eram submetidos a extensos interrogatórios, que não se limitavam às questões contidas na denúncia. Os interrogatórios retomavam todos os itens dos depoimentos policiais e enveredavam até mesmo pelo campo das concepções filosóficas, religiosas e ética dos julgados e julgadores. Às vezes, estabelecia-se um clima de coação sobre o interrogado, na própria Justiça Militar. Houve casos, por exemplo, em que os juízes auditores, não satisfeitos com as respostas dadas pelo réu, as qualificavam nervosamente como sendo falsas, fazendo, de antemão, verdadeiros pré-julgamentos (ARNS, 1985, p. 181).

Diante desse fatídico quadro, as sentenças eram marcadas pela ilegalidade, injustiça, absurdo e até pelo terror, com penas desarrazoadas e sem qualquer critério. Essa situação persistia na fase recursal, que, como regra geral, não tinha o condão de revisar eventuais erros

e irregularidades cometidas na primeira instância. Pelo contrário, como o Ministério Público, por Lei, era obrigado a recorrer das sentenças absolutórias¹¹⁶, o órgão recursal – o Superior Tribunal Militar – servia como instrumento para modificar os atos dos magistrados de primeira instância, cometidos em desfavor do regime. O STM também tinha a precípua função de impedir que os processos chegassem à Justiça Comum, sobretudo ao STF. Enfim, não poderia ser outra a conclusão de Arns (1985, p. 178):

a parcialidade da Justiça Militar pode ser demonstrada, pela sua falta de independência, desde a escolha dos oficiais para compor os Conselhos, até as limitações impostas a juízes auditores e promotores – tudo no sentido de que a Justiça Militar funcionasse como extensão do aparelho de repressão policial militar. Por outro lado, os advogados dos presos políticos eram constantemente coagidos, no exercício de sua profissão, chegando a serem presos e até mesmo processados e condenados. Em outras palavras, a isenção, a independência e a soberania que são atributos do poder Judiciário, não se estendiam às Auditorias Militares nos processos políticos.

Esse ponto de vista trazido pela visão marxista não pode ser desconsiderada, pois, conforme já exposto, o Judiciário, na ditadura de 1964, manifestou-se, em diversas ocasiões, favorável ao regime de exceção. Ademais, traz uma conclusão bastante relevante para a análise do Judiciário de que ele é um poder conservador, que visa a estabilidade das relações e a pacificação social. Não tem o cunho revolucionário. Por isso que, durante a ditadura, esse poder não confrontou diretamente o Estado opressor.

Essa visão marxista, para o sistema de crise, contribui para demonstrar que a visão garantista, de manutenção da ordem jurídica atual e de proteção dos direitos fundamentais individuais pode, ao invés de assegurar direitos fundamentais, servir para manter uma ordem jurídica, marcada pela injustiça social. Isso ocorre, porque não se pode afirmar que a atual ordem jurídica é melhor do que uma outra nova a ser instituída, utilizando, para tanto, do sistema de crise. Uma visão garantista, ao invés de efetivamente assegurar direitos, pode proteger o *status quo* de uma elite dominante e detentora do poder econômico.

Embora essa seja uma possível resposta ao problema, o Estado visa regular-se, autoconservar-se, preservando o seu espaço de atuação e a sua autoridade, evitando-se, assim, brechas legislativas para um Estado de Exceção, que, em diversas ocasiões, fundamentou um regime autoritário. Ademais, o atual sistema do direito busca propiciar, mediante os caminhos institucionais legais existentes, alternativas para modificações sociais que levam a uma efetiva

¹¹⁶ Art. 73 da Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei 898): Ao Ministério Público cabe recorrer obrigatoriamente para o Superior Tribunal Militar: a) do despacho do auditor que rejeita, no todo ou em parte, a denúncia; b) da sentença absolutória.

justiça, liberdade e igualdade de oportunidades na sociedade, apesar dos resultados serem modestos. Nesse sentido, Aguiar (1990) observa uma relativização do seu posicionamento diante da atuação do poder Judiciário, que, em alguns casos, com a sua praxe protetiva de direitos, passa a transformar lenta e gradativamente a sociedade no sentido de proteger os menos favorecidos e os excluídos do regime capitalista.

3.2 Resposta segundo o critério pragmático

Também se pode chegar a possíveis respostas ao questionamento inicialmente proposto segundo o critério pragmático. Esse posicionamento afirma ser positivo que o Judiciário, em situações de crise, não interfira nas medidas excepcionais mediante a proteção de direitos, pois ele não é qualificado para tal função, que deve ser atribuída ao Legislativo e ao Executivo.

O pragmatismo jurídico, em que um dos principais precursores é Richard Posner (2009), defende a aproximação do pensamento jurídico-filosófico com os problemas práticos enfrentados pelo homem. Preocupa-se, também, com a realidade social e com os resultados da aplicação de certa teoria jurídica à sociedade. Para essa vertente, o direito é uma ferramenta a serviço da sociedade e, por isso, precisa ser útil e funcional. Logo, o pensamento pragmático é anti-fundacionalismo, pois rejeita visões abstratas, metafísicas ou transcendentais; é contextualista, pois busca um direito mais empírico, próximo à realidade e às necessidades pessoais e sociais; e, por fim, é consequencialista, pois se preocupa com os resultados de uma possível ação.

O direito, na visão pragmática, deve ser altamente aberto, valendo-se, inclusive, de recursos não jurídicos para alcançar seus resultados sociais. Logo, contribuições de disciplinas como a sociologia, psicologia, economia e outras são bem vindas, para fundamentar as decisões judiciais. O magistrado, ao solucionar um litígio, deve valer-se do método indutivo sempre que o caso permitir, pois é sobretudo com base na realidade social que o Juiz proferirá uma decisão, menos do que fundamentado em hipóteses abstratas previstas em lei. Ele precisa estar mais preocupado em agir de forma empírica e política do que extrair a solução para o caso concreto, por meio das normas e através do método dedutivo:

o pragmatismo legal não está preocupado apenas com consequências imediatas, não é uma forma de consequencialismo, não é hostil à ciência social, não é um positivismo hartiano, não é realismo legal, não é estudos jurídicos críticos, não é sem princípios e não rejeita a norma jurídica. Ele é

resolutamente antiformalista, nega que o raciocínio jurídico difira de forma substancial do raciocínio prático comum, favorece fundamentos estreitos em vez de amplos para as decisões no início do desenvolvimento de uma área do direito, simpatiza com a retórica e antipatiza com a teoria moral, é empírico, é historicista, mas não reconhece “dever” em relação ao passado, desconfia da norma jurídica que não abre exceções e se pergunta se os juízes não poderiam fazer melhor em casos difíceis do que chegar a resultados razoáveis (em oposição a resultados demonstravelmente corretos) (POSNER, 2010, p. 65).

As características do pragmatismo jurídico, acima elencadas, compactuam com o sistema de crise. Posner (2009) defende que a legislação deve se ajustar de acordo com as circunstâncias práticas e a conjuntura a qual se aplica. Se esses parâmetros modificarem radicalmente, como ocorre em situações excepcionais, deve haver outro sistema para se adequar às circunstâncias. Em outras palavras, em situações de normalidade, prevalece um equilíbrio entre os paradigmas da liberdade pessoal e da segurança nacional, com predominância do primeiro. Contudo, em situações excepcionais, a segurança nacional, em regra, prevalece, pois não se pode desconsiderar também as especificidades do caso concreto.

Logo, se, em situações de crise, a segurança pública está ameaçada, não é somente natural, mas é uma obrigação do Estado insuflar-se de prerrogativas, ainda que em detrimento das liberdades individuais. Segundo a corrente pragmatista, essas liberdades e o sistema de direito pode até ser suprimido em prol da segurança do Estado.

Por isso, é totalmente defensável uma legislação flexível, móvel, adaptável às circunstâncias sociais, já que se vive em uma sociedade de risco e instabilidade (BECK, 2001). É indispensável essa adaptação da Constituição à lei da necessidade, considerada não como uma lei propriamente dita, mas como a suspensão da lei em razão de necessidade de proteção estatal, ou seja, “law must adjust to necessity born emergency” (POSNER, 2006, p. 158).

The safety of the people is the supreme law: All other particular laws are subordinate to it, and dependent on: and if, in the common course of things, they be followed and regarded; it is only because the public safety and interest commonly demand so equal and impartial administration (POSNER, 2006, p. 158).

Posner (2006) menciona como exemplo a atitude do presidente estadunidense Abraham Lincoln em suspender a garantir do *habeas corpus* durante a guerra civil norte americana, que foi um dos principais motivos da vitória do Norte sobre o Sul. Seguindo-se esse raciocínio, é

defensável a prática de tortura em situações de crise como instrumentos de combate ao terrorismo.

Even torture may sometimes be justified in the struggle against terrorism, but it should not be considered legally justified. A recurrent theme of the book is that a nonlegal “law of necessity” that would furnish a moral and political but not legal justification for acting in contravention of the Constitution may trump constitutional rights in extreme situations (POSNER, 2006, p. 12).

Posner (2006) é um ferrenho crítico de centralizar-se no Judiciário a função de protetor dos direitos e da Constituição nos momentos de crise institucional, pois esta função é mais bem executada pelo Executivo e pelo Legislativo que reúnem melhores condições para superar essa situação, já que melhor conhecem as questões referentes à segurança nacional¹¹⁷. Nos termos do autor: “judges, knowing little about the needs of national security, are unlikely to oppose their own judgment to that of the executive branch, which is responsible for the defense of the nation” (POSNER, 2006, p. 9). Nessas situações emergenciais, deve o Executivo e o Legislativo criar e executar as medidas de emergência, mas o controle judicial deve diminuir. Em outras palavras, “the Courts can sit back and let the other branches duke it out” (POSNER, 2006, p. 10), ou seja, o Judiciário, diante de medidas restritivas de direitos, deve ter uma postura omissiva, abstencionista ou minimalista.

Posner (2006), por outro lado, foca-se na provisoriedade das medidas, pois, ainda que durem muito tempo, elas não são perpétuas. Logo, restaurada a normalidade, voltam-se as liberdades individuais e a função protetiva dos Tribunais. Ademais, ele visualiza a importância de se reprimir abusos, sobretudo quando o chefe do Executivo qualifica uma situação como crítica, quando, na realidade, ela não é.

If the legal authority is withheld, the president will be cautious in his definition of emergency, since if the exigent need to violate the Constitution is not plain He Will pay a high political price for this illegal action, as Nixon did (POSNER, 2006, p. 154).

Ele ressalta, ainda, a fragilidade do sistema de segurança pública, que, malgrado esforços, não consegue ser um impedimento para as práticas inimigas ou terroristas,

¹¹⁷ Neste sentido: “and Supreme Court justices have scant knowledge of national security, a deficiency that may make them lean too far either way – in favor of what they do understand, which is the legal tradition of protecting civil liberties, or in favor of upholding security measures because they don’t understand them. Congress knows more about national security and so may perform a more effective checking function on the president than the courts be able to do” (POSNER, 2006, p. 150).

notadamente os inimigos islâmicos¹¹⁸ que são “numerous, fanatical, implacable, elusive, resourceful, resilient, utterly ruthless, seemingly fearless, apocalyptic in their aims, and eager to get their hands on weapons of mass destruction and use them against us” (POSNER, 2006, p. 5), ou seja, na visão do autor, os islâmicos são os piores inimigos que uma nação pode ter, sobretudo a norte-americana que possui frágeis e transponíveis fronteiras. Por isso, é importante uma atuação estatal repressora e efetiva, pois, em momentos de instabilidade, não se pode abaixar a guarda (POSNER, 2006, p. 3).

O pensamento pragmatista já traz, por si só, certa estranheza. Primeiro, ao defender uma interdisciplinaridade na solução dos litígios, exige-se muito do Juiz, que não deve apenas conhecer o direito, mas também história, sociologia, economia etc. Ou seja, precisa-se não de um Juiz “Hércules” (na visão esposada por Dworkin (2003)), mas de um Juiz “Zeus”. Segundo, permite-se que os magistrados tenham decisões diferentes, conforme sua convicção pessoal, o que confronta com a segurança jurídica. Terceiro, não se contrapõe à opinião pública ou à realidade, pois não se calca em valores, na justiça ou no direito natural. Por fim, não oferece obstáculo a mudanças radicais ou revolucionárias na lei. Portanto, na visão pragmatista, não há nenhuma barreira jurídica que impeça o regime de exceção de impor uma nova ordem jurídica, que é justamente o risco que esse sistema acarreta.

Ademais, adotando-se uma visão pragmatista do sistema de crise, conclui-se que, em algumas situações de exceção, não houve uma supressão da ordem jurídica ou restrição a direitos, mas, pelo contrário, houve uma ampliação deles, superando-se algumas das deficiências, inerentes à democracia capitalista, notadamente a gritante desigualdade econômica, a morosidade na tomada de decisões e o sistema de negociações e de barganha política.

Nessas hipóteses, promoveu-se uma melhor distribuição de renda e uma menor desigualdade social, restringindo-se a dominação de uma minoria (burguesa) em face da maioria. Graber (2005, p. 5), afirmou que, em situações de guerra, em que, evidentemente, há sistema de crise, não houve restrições de direitos e liberdades. O autor mencionou, como exemplos, a guerra entre o México e os Estados Unidos e a guerra entre este e a Espanha em que os direitos permaneceram inalterados.

O mais curioso é que há casos em que um regime de exceção e repressivo faz aumentar a proteção das liberdades e dos direitos civis, sobretudo quando se analisa determinada classe oprimida. Isso ocorreu na guerra da secessão norte-americana em que houve um expressivo

¹¹⁸ Nesse sentido: “I call the Islamist terrorists external enemies” (POSNER, 2006, p. 6).

aumento dos direitos dos negros, dos prisioneiros e das mulheres (GRABER, 2005, p. 97). O autor consignou, ainda, que, pela história estadunidense, as políticas protetivas e de ampliação de direitos foram extremamente frequentes durante períodos bélicos. Até na guerra contra o terror, Graber (2005) consigna o aumento de direitos, já que houve, por parte do próprio Exército, o apoio em se recrutar homossexuais para os combates bélicos promovidos. Ainda, houve a proteção do direito ao porte de arma, já que todo cidadão tem o direito constitucional de portá-las a fim de se protegerem durante um período de conflito militar.

Na história brasileira, há um exemplo claro de ampliação de direitos – que foi a guerra do Paraguai. Conforme Costa (1996), o Exército brasileiro formado para combater as tropas paraguaias foi predominantemente formado de negros escravos e isso forçou a abolição da escravatura. “A militância em favor da emancipação dos escravos foi precoce no exército, se não pioneira” (COSTA, 1996, p. 299). Ainda, a guerra do Paraguai foi um dos fatores para a crise do império e instauração da República no Brasil.

Partindo desses diversos exemplos, Graber (2005) elenca hipóteses que tornam propícias o aumento de direitos e liberdades na vigência de um sistema de crise. Primeiro, o argumento de que a guerra exige uma ampla mobilização militar e econômica para se ter sucesso. Isso implica em: recrutamento dos membros das classes menos favorecidas, que passam a constituir, junto com membros da classe dominante, uma organização militar. Ademais, no afã de se defender a guerra, é comum recorrer-se a argumentos de igualdade e de proteção à democracia, o que é incompatível com a marginalização das classes menos favorecidas. Ainda, os outrora oprimidos durante a normalidade constitucional, passam, nos períodos de crise, a serem identificados como aliados e como membros indispensáveis para o combate bélico. Isso faz com que se amenizem (pelo menos de forma temporária) as diferenças de raça, etnia, gênero e opção sexual.

Além disso, políticos veem, nos períodos de anormalidade, uma oportunidade para se reivindicar a ampliação de direitos e liberdades, pressionando e persuadindo os opositores a apoiar essa majoração de direitos. Por fim, os militares, a fim de manter a hierarquia e a disciplina, apregoam e defendem uma igualdade plena entre os soldados, que utilizam o mesmo linguajar (jargão militar), vestem as mesmas roupas, usam as mesmas armas e até praticam os mesmos gestos e movimentos. Há uma padronização da pessoa e do comportamento humano. Os militares, dentro de suas classes, são tratados como iguais e isso fomenta a ampliação dos direitos dos marginalizados, que passam a integrar essa organização, já que, na hipótese de guerra, há um recrutamento maciço de pessoas para as forças armadas. Esses excluídos do seio da sociedade – pobres, negros, detentos, homossexuais – passam

dentro da ordem militar a ter um tratamento igual. Passam, ainda, a gozar de um tratamento digno (vestimentas e alimentação adequada).

Nessa visão pragmática, o afastamento do Judiciário no controle das medidas de crise é desejável, pois, além desse poder não estar qualificado para a tarefa, esse sistema, ao revés, pode ser utilizado para uma ampliação de direitos. Ademais, medidas protetivas e assecuratórias dos direitos fundamentais podem prejudicar as disposições de crise e, com isso, a proteção e segurança nacional, que devem ser prioridade durante graves crises institucionais.

A análise pragmática leva à conclusão de que não há sistema perfeito para se superar uma crise. Há na verdade escolhas políticas da adoção de um ou de outro sistema - uns rígidos e outros flexíveis.

Um exemplo de sistema flexível é o inglês, advindo do *common law*, que consiste, em síntese, em uma cláusula genérica de exclusão de responsabilidade na violação de direitos por autoridades estatais, desde que vinculada à superação de uma situação de crise. Nele, não há uma disposição prévia das medidas a serem instituídas nas hipóteses de grave instabilidade social.

Contudo, não é esse o sistema adotado pelo Brasil que optou legislativamente por um sistema rígido, em que foram elaborados, previamente, um minucioso processo para a adoção da medida excepcional, bem como os direitos e garantias a serem suspensos.

O sistema flexível traz um risco para o retorno à ordem jurídica originária e também à proteção dos direitos fundamentais individuais. Os sistemas rígidos, por outro lado, em razão de sua rigidez, previsibilidade e postura assecuratória de direitos, podem ser menos eficientes para a superação da grave crise. Nesse sentido, tanto o terrorismo quanto as revoltas subversivas aproveitam-se da rigidez de determinados sistemas de superação de crises, pois, além de sua decretação demandar prolongado tempo, estes preveem ações de resposta previamente determinadas, as quais facilitam o planejamento dos atos insurrecionais. Ademais, caso a situação crítica fosse uma calamidade natural ou uma inesperada ação terrorista, cujos efeitos são difíceis de serem previstos, os sistemas flexíveis teriam mais eficiência quando comparado aos rígidos.

Por outro lado, os sistemas rígidos são preferíveis aos flexíveis sob a óptica da segurança individual, pois naqueles (rígidos), a pessoa sabe quais as garantias e os direitos serão restringidos e quais prevalecem; quais atitudes podem ser exigidas e quais não podem. Ademais, os sistemas rígidos buscam reduzir os riscos de que o sistema de crise transforme-se em um regime autoritário, pois é comum que os governantes busquem concentrar poderes já

que “se habituam às facilidades e por isso não querem mais tolerar o embaraço das formalidades. Formalidades sempre necessárias à salvaguarda da liberdade” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 140).

Observa-se, portanto, que, segundo uma visão pragmática, nenhum dos sistemas supramencionados é pleno ou perfeito. Pelo contrário, são adequados ou inadequados à determinada circunstância de crise.

No entanto, a opção do Constituinte de 1988 foi por um sistema rígido, provavelmente seguindo o exemplo histórico de 1964 que é o receio, não só com fatores externos, que é a crise propriamente dita, mas com o fato histórico de que o Estado pode valer-se do regime de exceção para propor uma nova ordem autoritária. Foram nesses períodos ditatoriais (de exceção), sobretudo na América Latina, que se observaram um regime de terror e de opressão que visava coibir as liberdades pessoais mediante a censura, a restrição aos direitos de locomoção e de reunião, bem como o desrespeito aos direitos humanos, que se intensificou, sobretudo, quando o Supremo Tribunal Federal, com a edição do AI 5, não pôde apreciar os *habeas corpus*.

Houve, também, uma forte repressão ilegal e arbitrária (assassinatos, desaparecimentos e torturas), uma grande desigualdade social e econômica, evidenciada, no Brasil, pelos frequentes e intensos os movimentos sindicais em razão da marginalização dos direitos do trabalhador. Logo, embora positiva algumas visões sobre os regimes de exceção, estes, em uma visão macro, demonstraram-se deficientes de modo que não subsistiram ao longo da história. Ademais, inexistir barreiras jurisdicionais para a proteção de direitos também soa algo perigoso, pois permite a supressão de direitos. Tal situação, rejeitada nesse estudo, não pode subsistir, pois abre espaço para a possibilidade de formação de regime de terror, ou seja, é defensável a proteção do Estado, mas não com o custo de violação ou abolição dos direitos fundamentais, pois uma vitória de Pirro¹¹⁹ não é, de fato, um sucesso.

3.3 Resposta segundo o critério histórico

Retomando-se o questionamento inicial, qual seja, se Judiciário pode assegurar os direitos e liberdade de modo eficaz em sistema de crise em referência à ditadura militar brasileira de 1964, realizou-se dois possíveis modos de resposta - um segundo o critério

¹¹⁹ Vitória de Pirro ou vitória pírrica é um termo usado para expressar um sucesso obtido a um elevado preço, potencialmente acarretador de prejuízos irreparáveis.

marxista e outro segundo o pragmático. O último critério a ser enfrentado é o histórico, no qual se valerá, sobretudo, da experiência com a ditadura brasileira de 1964.

Esse regime autoritário foi imposto a partir do primeiro ato institucional, datado de 9 de abril de 1964, que rompeu com o sistema jurídico de 1946, pois contradisse as normas constitucionais materiais que conferiam identidade àquele ordenamento.

Essa concepção de normas constitucionais materiais remete às origens do capitalismo moderno em que as Cartas Constitucionais se limitavam a dispor sobre um rol limitado de assuntos, que consistem na organização dos poderes, nos principais órgãos e entidades do Estado, na distribuição de competências e nos direitos e garantias. Dessa concepção, advém o conceito de Constituição sintética que dispõe apenas sobre esses assuntos, o que diverge da Carta de 1988 que é analítica ou prolixa por dispor sobre diversos outros temas. Advém, também, dessa tradicional noção de Constituição, o conceito de normas constitucionais materiais que dispõem sobre os mencionados assuntos, constantes nas tradicionais Constituições.

Conforme mencionado, são essas normas constitucionais materiais que conferem identidade à Constituição e que, se suprimidas, estar-se-ia diante de uma nova ordem jurídica. A supressão dessas normas constitucionais ocorreu na ditadura de 1964, mediante a imposição de atos institucionais, que, dentre tantas medidas, excluiu o controle jurisdicional de suas disposições (art. 10 do AI 01; art. 19 do AI 02; art. 6º do AI 03 e art. 11 do AI 05); excluiu as prerrogativas constitucionais (art. 14 do AI 02); permitiu a exoneração arbitrária de servidores e agentes políticos, como parlamentares (art. 6º do AI 05) e instituiu intensa repressão à oposição política (Decreto-lei n.º 898 de 29.09.1969 - Lei de Segurança Nacional).

Essas disposições, radicalmente contrárias à CF/1946, instituíram uma nova ordem social, que não observava, de forma necessária, os direitos e as garantias individuais. Esses atos institucionais não podem ser classificados como normas constitucionais, porque não estavam sujeitas a nenhuma forma de controle. Também não têm natureza de uma medida instituidora de um sistema de crise, uma vez que não têm caráter provisório. São, na verdade, atos soberanos e inquestionáveis provenientes de um poder constituinte originário, que instituiu um novo regime, não democrático, mas de exceção.

É curioso notar, contudo, que foi mantida, em um primeiro momento, a CF/1946 e instituída, em seguida, a CF/1967. Ambas continham, em seus textos, a estrutura e funcionamento do Judiciário, tais como as prerrogativas de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (art. 95 da CF/46 e art. 108 da CF/67) e o controle difuso de constitucionalidade (art. 101, inc. III da CF/46 e art. 114, inc. III, CF/67). Porém, essas

disposições foram total ou parcialmente revogadas pelos atos institucionais que iam de encontro às suas disposições.

Com essa prática de manter aparentemente a ordem jurídica, a ditadura brasileira estava preocupada em legitimar-se e, para tanto, utilizou-se das instituições existentes, notadamente o Congresso Nacional e também o Judiciário. Logo, no caso do Congresso, havia eleições indiretas “de fachada”, tudo no fito de se dar uma aparência de legitimidade. Essa lógica de manutenção das instituições não destoava no Judiciário. Primeiro, porque esse poder também é indispensável nos regimes autoritários, os quais necessitam que os litígios sejam solucionados de forma célere e efetiva, especialmente os de direito privado. Segundo, porque a própria ditadura, no afã de acalmar os ânimos sociais, propunha ações judiciais ou submetia os próprios presos políticos a julgamentos em cortes militares para que, com a ratificação jurisdicional, tivessem um apoio de legitimidade de seus atos.

Com isso a ditadura teve um forte apoio popular, abrangendo, inclusive, o meio jurídico. Conforme consignado por Valério (2010, p. 202), notórios profissionais do direito, dentre eles Francisco Campos, Antônio Neder e Carlos Medeiros, bem como alguns Ministros do Supremo, aplaudiram o regime. Docentes de direito, especialmente, Miguel Reale e até a OAB tacitamente manifestaram-se favoráveis à ditadura, já que a Ordem dos Advogados, de forma modesta, apresentou oposição somente a partir da segunda metade da década de 1970¹²⁰. Por isso, houve um forte consenso e interação entre essas duas elites e isso pode ser constatado pelo fato de que o Judiciário civil, sobretudo o STF, jamais foi abolido, pelo contrário, essa Suprema Corte controlava parte dos atos do próprio Tribunal Militar, criado especialmente para o regime ditatorial¹²¹. Os direitos, pelo menos no aspecto formal, não foram abolidos e a repressão dos opositores, na quase totalidade das situações, passava, pelo menos em algum momento, pela chancela jurisdicional. Em outras palavras, a ditadura militar brasileira era um regime autoritário jurisdicional.

¹²⁰ Nesse sentido, “se o Supremo não conspirou contra João Goulart, a tomada do poder pelos militares foi comprovadamente aplaudida por alguns de seus ministros. Na verdade, o meio jurídico como um todo recebeu os militares de braços abertos, especialmente por influência dos bacharéis da UDN. Se a OAB como instituição não se manifestou publicamente, o apoio dado ao golpe pelo presidente do Conselho Federal da Ordem foi claro e expresso. A OAB passou a fazer certa oposição ao regime militar somente a partir da metade da década de 1970. Diversos professores de direito também apoiaram o 1º de abril de 1964, entre eles Miguel Reale” (VALÉRIO, 2010, p. 202).

¹²¹ Nesse sentido: “nos casos em que os tribunais militares são parte do sistema Judiciário civil e contam com a participação de juízes e promotores civis, como ocorreu no Brasil, as elites militares e judiciárias são compelidas, por sua participação comum nesse mesmo processo híbrido, a construir e manter um entendimento interorganizacional sobre o significado concreto e a aplicabilidade da Lei de Segurança Nacional. Quando os tribunais militares de primeira instância são totalmente separados da justiça civil, como ocorreu no Chile, os militares têm mais facilidade em recorrer à própria visão de justiça política como base para seus atos” (PEREIRA, 2010, p. 42).

Essas constatações permanecem claras ao se comparar a ditadura de 1964 com as ditaduras no Chile e na Argentina que optaram por vias de repressão extrajudicial. No Chile, “os militares [...] aboliram a Constituição, declararam estado de sítio e executaram centenas de pessoas sem julgamento” (PEREIRA, 2010, p. 34). Já a Argentina foi o pior país que teve relações com o Judiciário. Na verdade, não houve relação alguma, pois os atos da ditadura foram cometidos à margem da lei.

Observando essa aproximação entre o Judiciário e a ditadura o Brasil, Pereira (2010) consignou que o Judiciário, embora usado como apêndice do novo regime, valeu-se de suas prerrogativas, embora mitigadas, pela evitar os excessos da repressão, ou seja, ele, até certo ponto, conseguiu proteger os direitos de liberdade de modo mais intenso do que ocorreu nos regimes autoritários chileno e argentino. Isso é claro quando se observa altos índices de absolvição das acusações relacionadas a crimes políticos, tipificados na Lei de Segurança Nacional. Em amostra realizada por Pereira (2010, p. 129), em 257 casos, que envolviam 2.109 acusados, o índice de absolvição foi de 54% nos tribunais regionais militares. Após 1972, o índice de absolvição saltou para 100% (cem por cento) (PEREIRA, 2010, p. 133). Além de altos índices de absolvição, recusava-se a condenar certas classes, como os religiosos, bem como certos crimes, previstos na Lei de Segurança Nacional.

Outrossim, fazer com que a repressão política perpassasse pelo Judiciário proporcionava uma atuação assente dos advogados de defesa, que divulgavam a prisão do acusado político e, mediante o uso da defesa jurídica, apontavam defeitos, contradições e ambiguidades na Lei de Segurança Nacional, exortando os magistrados a aplicarem as interpretações mais favoráveis aos seus clientes. Com isso, esses advogados defendiam os direitos de liberdade ao mesmo tempo em que protestavam contra o regime autoritário.

Concluiu Pereira (2010, p. 286) que o Judiciário, ao compactuar com a ditadura, evitou excessos e fez com que esse Estado de Exceção fosse, numa perspectiva de proteção aos direitos individuais de liberdade, muito menos opressor, quando comparado com o regime militar argentino e o chileno.

A justiça impôs às forças de segurança exigências relativas à manutenção de registros que, embora não tenham suprimido as práticas arbitrárias, tornaram a ocorrência de violência letal menos provável do que teria sido num sistema desprovido desses procedimentos. O fato de que esse sistema já existia antes significou que, mesmo quando houve um endurecimento da repressão, em fins de 1968, o resultado não fosse uma guerra suja de grandes proporções. Os suspeitos de filiação à esquerda armada, ao contrário, eram levados a julgamento nos tribunais militares, e um número relativamente pequeno deles foi morto (PEREIRA, 2010, p. 287).

Por isso, os Tribunais protegeram, sobretudo o direito à vida, em razão de um relativo “baixo” índice de mortos e desaparecidos, bem como pelo fato de que réus, sentenciados à morte na ditadura militar brasileira, tiveram suas sentenças comutadas para prisão perpétua (PEREIRA, 2010, p. 75).

Essa conclusão apresentada por Pereira (2010) é passível de contestação, pois os dados estatísticos apresentados referem-se aos processos judiciais, cujos arquivos foram relevados pelo Estado, ou seja, não abrangeu vários outros, cujos documentos foram eliminados ou escondidos. Ademais, Pereira (2010) afirmou que demoravam 45,77 meses para se proferir sentença. Enquanto isso, em regra, o réu ficava preso, incomunicável e vulnerável à tortura, pois nem os advogados tinham acesso aos detentos na primeira fase da prisão (PEREIRA, 2010, p. 214). Logo, a punição mais severa fornecida pelo Estado não era após o julgamento, mas antes dele, quando os detentos eram recolhidos, interrogados e submetidos a sevícias graves. Mesmo após a fase do inquérito, o acusado, em regra, permanecia preso por um longo tempo, pois “os processos costumavam se arrastar por dois anos, a contar da data da acusação original, e uma apelação podia prolongá-los por mais um ou dois anos” (PEREIRA, 2010, p. 147).

Contudo, se o Judiciário conteve algumas (embora poucas) condutas políticas do regime autoritário, por qual motivo esse poder foi mantido? Isso ocorreu porque a judicialização da repressão trouxe notáveis benefícios à ditadura, pois, acima de tudo, legitimou a sua autoridade, referendando suas decisões mediante o processo judicial. Levando os opositores a julgamento, podia-se divulgar a imagem dos militares como defensores da ordem constitucional vigente e que quaisquer ilícitos cometidos eram apenas desvios da legalidade tradicional para se superar uma ameaça extraordinária. Eles queriam causar a mesma repercussão que a instituição de um sistema de crise – uma suspensão temporária de direitos para se superar uma grave instabilidade institucional.

Essa legitimação é maximizada pela constatação de Loewenstein (1942, apud PEREIRA, 2010, p. 86) de que os brasileiros têm empatia pelo meio jurídico, pela advocacia e pela magistratura, evidenciada pela característica do judicialismo, em que questões sociais são cada vez mais apresentadas ao Judiciário para que ele apresente soluções, sobretudo associado a um descrédito do Legislativo e uma omissão desse poder. Diante desse fato, a ditadura, ao ter os seus atos ratificados pelo Judiciário, conferia um cariz de legalidade a seus atos, demonstrando que lidava com a oposição de forma “lícita e “democrática”, o que acalmava os ânimos internos e externos. Com isso, os movimentos sociais opositores eram vistos como

ilegais, ilícitos, subversivos, ou seja, sua popularidade era altamente negativa, enquanto a da ditadura era, em regra, positiva. Por conseguinte, os movimentos eram drasticamente reduzidos, desmobilizados e suas ações eram, de certo modo, previsíveis e controladas.

Pereira (2010) observou que essa cooptação do Judiciário pela ditadura foi possível no Brasil que, no contexto de 1964, tinha um Judiciário fraco e ineficiente quando comparado ao Executivo. O Juiz era visto como “boca da lei”, ou seja, como um servidor público com pouca força criativa e inovadora. Associado a isso, houve um forte apoio do meio jurídico ao regime autoritário, embora ela tenha se efetivado por meios ilegais. O curioso é que Pereira (2010) observa tal situação como positiva para a proteção dos direitos de liberdade, pois foi em razão do Judiciário dotar-se dessas características, que a repressão foi altamente controlada, quando comparada à do Chile e à da Argentina. Se o Judiciário fosse uma forte oposição à ditadura, ele seria suprimido, optando-se por uma repressão extrajudicial mais intensa. Em outras palavras, se a situação com o Judiciário foi grave, sem ele seria pior, pois esse poder, ao menos, conteve certos abusos.

O perigo, nos regimes autoritários, é de os militares virem a passar por cima ou até mesmo solapar o Judiciário, lançando-se numa guerra aberta contra os supostos oponentes. Nesses casos, os advogados de defesa e os grupos da sociedade civil têm que esperar pelo fim do regime autoritário para exigir justiça com algum grau de esperança de sucesso (PEREIRA, 2010, p. 45)

Contudo, embora próximas a relação entre o Judiciário e a ditadura, não havia uma identidade ou uma forte proximidade entre ambos, pelo contrário, houve, de fato, vários conflitos políticos e ideológicos entre eles. Por isso que, nesse regime autoritário, o Judiciário foi amplamente restringido mediante a promulgação dos atos institucionais que, dentre outras medidas: excluiu de sua apreciação as disposições constantes nos atos institucionais; aumentou de 11 (onze) para 16 (dezesesseis) o número de ministros do Supremo Tribunal Federal, designando os outros 5 (cinco) ministros como pessoas apoiadoras do regime; excluiu, com o AI 05, as garantias da vitaliciedade e da inamovibilidade; autorizou a exoneração de magistrados; transferiu a competência dos crimes contra a segurança nacional para o Superior Tribunal Militar, em que alguns membros não tinham formação jurídica; instituiu a Justiça Federal, composta de magistrados indicados pelo Executivo e cuja competência era apreciar ações que envolviam a União. Houve, portanto, uma diminuição das prerrogativas do Judiciário, sem as garantias de independência, imparcialidade, vitaliciedade ou inamovibilidade, que, assim como o Legislativo, foi utilizado pelo Executivo para ratificar o regime.

Embora tenha sido um apêndice do regime autoritário, Valério (2010) ainda observa casos excepcionais de autonomia da atuação do Judiciário no sentido de proteger os direitos. Conforme o autor, em resposta contrária ao disposto no ato institucional 1, o Supremo Tribunal Federal, mudando o entendimento outrora assente naquela Corte, passou a entender que era de sua competência e não mais do Superior Tribunal Militar (STM), apreciar e julgar *habeas corpus* dos opositores do regime. Ainda, inovou no ordenamento jurídico ao admitir medida liminar em sede de *habeas corpus*, aplicando, por analogia, dispositivo constante na lei do mandado de segurança.

Foi em razão dessa postura assecuratória de direitos pelo Judiciário que o governo ditatorial instituiu o AI 2, aumentando o número de ministros e deixando clara a competência da Justiça Militar para apreciar e julgar crimes políticos, revertendo o entendimento do Supremo. Ainda assim, a referida Corte manteve sua linha de oposição ao regime nos julgamentos de prisão por excesso de prazo e, com isso, muitos *habeas corpus*, contrários ao regime, foram concedidos.

Contudo, com a edição do AI 5, o Judiciário foi totalmente cooptado pelo regime autoritário, encerrando a sua história de combate ao regime de exceção. Com essa medida legislativa, banuiu-se o *habeas corpus* na hipótese de crimes políticos e três ministros foram induzidos a aposentar-se. Com isso, todos os Ministros do STF tornaram-se favoráveis ao regime, o que não mais justificava a existência de 16 magistrados naquela Corte. Logo, em 1969, voltaram para 11 o número de ministros do STF. Enfim, o AI 05 foi uma medida radical de silenciar o Judiciário.

O Ato Institucional nº 5 caiu como uma bomba atômica não apenas na composição do Supremo, mas também em sua jurisprudência. Todos os fundamentos pelos quais o STF havia concedido dezenas de *habeas corpus* durante o período entre o Ato Institucional n.º 2 e o n.º 5 continuavam presentes no ordenamento jurídico. Os fundamentos estavam lá, mas o principal meio jurídico para pedi-los não. Era o fim do processo de neutralização do STF. Praticamente cessou a concessão de *habeas corpus* pelo Supremo relativo aos opositores do regime. A legislação constitucional e infraconstitucional já estava toda adaptada ao regime militar e à idéia de segurança nacional. As regras processuais de competência já haviam sido modificadas de forma a retirar do Supremo a responsabilidade de julgar os casos de maior repercussão política, redirecionando-os para a justiça militar. Todos os ministros do STF indicados por presidentes civis (com exceção de um) já haviam sido substituídos em 1969, o que, apesar de não fazer diferença do ponto-de-vista de julgar de forma contrária ou favorável ao regime, aclamava a linha dura. Os ministros não gozavam das garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade (VALÉRIO, 2010, p. 211).

Contudo, Scabin (2001) afirma que a autonomia do Judiciário foi quebrada com o art. 14 do ato institucional n.º 2, quando os magistrados tiveram suspensas suas garantias de vitaliciedade, estabilidade e inamovibilidade, pois, “a partir do momento em que um magistrado pode perder seu cargo, sua decisão tende a ser aquela que o mantenha estável”.

Além dos casos mencionados por Valério (2010), em que o Judiciário aproximou-se de sua função como protetor dos direitos fundamentais de liberdade, Lemos (2001) destaca a postura do general e magistrado Peri Bevilaqua, que se opôs ao regime autoritário em defesa dos direitos de liberdade e dignidade, muito embora ele tenha sido removido em 1969.

O general Peri Bevilaqua foi, provavelmente, responsável por momentos de humanização da rotina do STM, onde se julgava à sombra da rígida Lei de Segurança Nacional. Seus votos se nutriam de referências da história brasileira em que são afirmados valores identificados com a defesa da liberdade (LE MOS, 2001, p. 124).

Ademais, Scabin (2001) observa a atuação combativa de alguns ministros do STF em oposição à ditadura e em defesa dos direitos de liberdade, a exemplo do ministro Victor Nunes Leal, aposentado compulsoriamente pelo AI 5, juntamente com os ministros Hermes Lima e Evandro Lins e Silva. O Ministro Victor Nunes Legal não deixou de consignar a sua posição pessoal, ainda que contrária ao regime ou que seu posicionamento fosse minoritário na Corte.

Também não é outra a visão de Arns (1985), segundo o qual o STF, no período pré AI 05, dignou-se a tomar decisões compatíveis com a Constituição garantista de 1946:

com isso, centenas de IPMs foram interrompidos por decisão dessa Corte antes de alcançarem a etapa judicial, ou travados em fases posteriores, sem atingir a hora do julgamento. Até a decretação do ato institucional n.º 5, em 13 de dezembro de 1968, o recurso utilizado mais frequentemente pelos atingidos era a impetração de “*habeas corpus*” que, muitas vezes obtinha a cessação do processo (ARNS, 1985, p. 170).

Por isso que, na visão de Valério (2010), Lemos (2001), Scabin (2001) e Arns (1985), embora o Judiciário tenha perdido sua autonomia, houve, em alguns casos, manifestações contrárias à política autoritária, conforme se pode observar da postura de alguns ministros, em defesa da Constituição e dos direitos.

Embora haja exemplos singulares, nem Scabin (2001), nem Lemos (2001), nem Arns (1985), nem ao menos Valério (2010), rejeitam o fato de que havia, no âmbito do Judiciário, um forte apoio ao regime ditatorial. Valério (2010, p. 204) ressalta, ainda, que o STF, desde o

início do regime autoritário, reconheceu a vigência e a validade dos atos institucionais, sem discutir sua inconstitucionalidade. Um exemplo concreto dessa situação foi o relatório redigido por Ângela Maria Rocha dos Santos e por Gregório Gomes Silvestre ao Conselho Federal da OAB em 23/10/1975. Nele, havia uma descrição de fatos concretos de violação aos direitos da pessoa, por parte dos agentes públicos. O presidente do STF, Min. Djaci Falcão, recebeu o referido documento e ficou-se inerte, cruzando os braços para uma situação de flagrante violação a direitos humanos (BRASIL, 2013, p. 18).

Além da situação acima mencionada, ao se analisar o relatório de mortos e desaparecidos, redigido por Cabral e Lapa (1979), que descreve diversos casos de pessoas mortas ou desaparecidas, observa-se a ineficácia do Judiciário na proteção dos direitos daqueles que procuraram por sua chancela. Vislumbra-se, também, a postura do Judiciário de apoio ao regime autoritário.

David Capistrano da Costa, uma das vítimas da ditadura militar, foi declarado preso pelo presidente do STM, Hélio Leite, em 14 de março de 1978 (CABRAL e LAPA, 1979, p. 60). O Ministro, respondendo a uma solicitação da representante da Anistia Internacional, Patrícia Deerey, reconheceu a prisão de David pelo governo brasileiro, mas disse que ele foi libertado depois de uma semana. Não esclareceu, porém, a data, o local da prisão nem para onde ele foi levado. A fragilidade dessa afirmação do presidente do STM não foi convincente, demonstrando o uso de declarações oficiais para acobertar as ilegalidades do regime, a ausência de fundamentação para prisão, tal como privação do direito à informação para viabilizar o direito de ação do acusado.

Caso similar ocorreu com o desaparecimento de Hiram de Lima Pereira (CABRAL e LAPA, 1979, p. 63). Sua esposa, Sra. Célia, após inúmeras buscas pelo marido, apelou para o ministro da justiça, mediante uma carta em que “pedia providências para a localização do marido e relatava as coações, torturas e ameaças sofridas também pelas filhas por parte dos órgãos de repressão” (CABRAL e LAPA, 1979, p. 63). Ela pediu um julgamento justo, com contraditório e ampla defesa, das acusações que eventualmente forem impostas ao seu marido. Segundo o relatório do Comitê Brasileiro de Anistia, à época:

oficialmente, são poucas as citações do nome de Hiram desde sua prisão. A petição apresentada pelos advogados do desaparecido visando à obtenção de esclarecimentos sobre o motivo e as circunstâncias de sua prisão, com efeito, foi respondida pela Justiça Militar. Sob o título de Comunicação de prisão, o nome de Hiram aparece como indiciado sem irregularidade no despacho de 23 de abril de 1975, processo 433/75, da 2ª Auditoria da 2ª CJM de São Paulo (Diário da Justiça, 13/05/1975, p. 2480). Em 20 de setembro de 1978,

Hiram foi julgado à revelia pela 2ª Auditoria da Marinha, a partir de quando também foram baldados os esforços para averiguar as circunstâncias do seu desaparecimento (CABRAL e LAPA, 1979, p. 63).

No mesmo período, Jayme Amorim de Miranda, advogado, devidamente inscrito na OAB de Alagoas (CABRAL e LAPA, 1979, p. 66), foi preso e desapareceu, sem esclarecimentos pelo Estado de seu paradeiro ou circunstâncias em que o acontecimento se deu. Essa situação chamou a atenção do então presidente da Ordem, Dr. Ribeiro de Castro:

ninguém em Maceió, na OAB, queria assumir a grave responsabilidade de - imaginem - dizer que o associado era realmente associado, filiado à Ordem. Os estatutos da OAB proíbem que gestões sejam feitas sem o ponto de partida original - ou seja, a entidade de origem do associado. O jeito foi apelar. E o apelo foi entendido pelo Dr. Ribeiro de Castro que achou mais justo se tentar salvar uma vida a se ater a convencionalismos que a sombra do medo prejudica (CABRAL e LAPA, 1979, p. 61).

Ainda assim, as tentativas de busca sobre o paradeiro de Jayme não tiveram resultado (CABRAL e LAPA, 1979, p. 66-67).

Em relação a João Messena Neto, o Judiciário também se mostrou ineficaz para proteger os direitos de liberdade em sistema de crise. Precipuamente, devido à forma como o processo foi conduzido, ou seja, mediante a inércia, a verdade relativa e a não produção de provas. Desse modo, somente a defesa e a acusação poderiam solicitar a realização de provas, sendo que, muitas delas, podiam ser recusadas ao arbítrio do juiz. Ainda que houvesse o livre convencimento motivado, o magistrado não podia se esquivar às provas constantes no processo, pois é vinculado a elas e à lei. Houve, também, naquele processo judicial, várias manifestações dos agentes do poder público, que gozam de fé pública, afirmando que João Massena não se localizava em nenhuma organização militar. Caso se contestasse essa afirmação, o suposto prejudicado ou sua família que deveriam realizar a prova contrária. Frise-se que não bastava qualquer prova, ela precisava ser uma robusta e de exaustiva comprovação para afastar uma declaração oficial, presumida como verdadeira.

A família de João Massena Neto impetra um *habeas corpus* no STM, n. 31.242, distribuído ao ministro Alcides Carneiro. Mas foi negado sob alegação de que Massena não se encontrava preso em nenhuma dependência militar. Já em 1975, sai uma nota do Ministro da Justiça, reafirmando que Massena não se achava detido em nenhum organismo oficial militar (CABRAL e LAPA, 1979, p. 77).

No caso de João Messena, bem como dos demais presos e desaparecidos e eventualmente mortos políticos, os órgãos do Judiciário, ou vinculados a ele como o

Ministério da Justiça e a OAB, não tiveram a capacidade de investigar, apurar e amparar essas vítimas do regime. A proteção judiciária era encerrada mediante a inexistência de provas: os órgãos prisionais afirmavam que não havia aquele desaparecido político em sua organização e, assim parecia que, ao valor da justiça, isso bastava. A rigor, extinguiu-se o processo por inexistência de provas, como ocorreu no caso acima do *habeas corpus* no STM, n. 31.242, distribuído ao ministro Alcides Carneiro. Mas “foi negado sob alegação de que Massena não se encontrava preso em nenhuma dependência militar” (CABRAL e LAPA, 1979, p. 77).

Ocorreu situação similar com o membro do Comitê Central do PCB, Orlando Bonfim Júnior, que desde o ano de 1964 foi retirado do convívio com a família e a sociedade para entrar na clandestinidade, forçado pela situação política estabelecida no Brasil. Até os dias em que se produziram os relatórios do Comitê Brasileiro de Anistia do Rio de Janeiro, ninguém assumia a sua prisão até que a redação do Jornal *O Estado de São Paulo* recebeu um telefonema anônimo informando da morte de Orlando Bonfim. Em síntese, no relatório descreveu-se que:

no dia 31 de outubro a família recebeu a informação, vinda através de amigos e de áreas militares, de que ele estava preso no DOI-CODI do Rio de Janeiro. Todos os contatos foram retomados. Novas cartas foram despachadas e a ABI [Associação Brasileira de Imprensa], solicitada, enviou um pedido de informação ao comandante do I Exército, general Reynaldo Mello de Almeida. Mais três confirmações chegaram à família de que ele estava no Rio. Mas 11 dias depois o I Exército informava que ele não estava e nunca estivera lá. A resposta de outras áreas militares seria idêntica: ninguém assumia sua prisão (CABRAL e LAPA, 1979, p. 79).

Semelhantemente às situações acima mencionadas, ficaram sem efeito as medidas jurisdicionais para encontrar o paradeiro de Walter de Souza Ribeiro, militar reformado e jornalista, embora sua esposa, Sra. Adalcy Byrro Ribeiro, além das medidas judiciais propostas, como o *habeas corpus*, tivesse buscado pelo apoio da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Por intermédio da atuação da CNBB, a esposa do desaparecido recebeu a certeza do general Golbery de uma resposta no prazo máximo de um mês, mas a resposta não lhe foi dada. “O esfacelamento familiar foi completo, de modo que a família de Walter, em face da inércia do Poder Judiciário, sofreu a angústia, a revolta do desaparecimento e privações financeiras” (CABRAL e LAPA, 1979, p. 81). Isto, pois, Adalcy tinha direito a um soldo que não lhe foi pago, pois, para recebê-lo, fazia-se necessário o atestado de óbito, não emitido para desaparecidos.

Em geral, grande parte das acusações estavam relacionadas a ideologias político-partidárias, como sucedeu com José Montenegro Lima, acusado pelos órgãos de segurança de ser militante do Partido Comunista Brasileiro - PCB, além de, em 1963, ter sido eleito para a

diretoria da União Nacional dos Estudantes Técnicos Industriais - UNETI, no Rio de Janeiro. Afirma o relatório do Comitê Brasileiro pela Anistia do Rio de Janeiro:

seus companheiros de cárcere, que se encontravam no DOI-CODI de São Paulo naquele setembro de 75, afirmam que ele não chegou até lá. Teria sido levado diretamente para um dos sítios clandestinos da repressão, de onde não mais se teve notícias suas (CABRAL e LAPA, 1979, p. 85).

Luiz Inácio Maranhão, ex-deputado pelo Rio Grande do Norte, cassado em 1964, professor universitário, advogado, jornalista, foi apontado como membro efetivo do Comitê Central do PCB em nota emitida pelo então ministro da Justiça, Armando Falcão (CABRAL e LAPA, 1979, p. 87). Por isso, foi arbitrariamente preso pelos órgãos de segurança. Odete Maranhão, esposa de Luiz Inácio, “constituiu como advogado Aldo Lins e Silva e peregrinou ‘de delegacia em delegacia, de entidade em entidade, de autoridade a autoridade, tudo em vão’” (CABRAL e LAPA, 1979, p. 87).

Mesmo com o apelo do deputado Thales Ramalho de pedido de julgamento de Inácio, a empreitada não obteve êxito. Além disso, o próprio ex-deputado reivindicou o direito de ser visitado por seu advogado, sua mulher e seus familiares, mas nada disso aconteceu. Em apertada síntese, Luiz Inácio apenas pretendia que fosse respeitada e reconhecida a sua dignidade.

A falta de respostas satisfatórias nos *habeas corpus*, impetrados antes do AI 05 para a garantia dos interesses do jurisdicionado, constituiu um atentado ao acesso à justiça, o que era incompatível com uma atuação eficaz do Judiciário.

Este cenário pode ser auferido na prisão de Rui Frazão Soares, pois muito embora Felícia Soares e a Sra. Alice Frazão, sua mãe, tivessem contratado advogados em Recife, Fortaleza e no Rio e tivessem sido impetrados diversos *habeas corpus* para sua localização, a atividade jurisdicional permaneceu inerte à situação. Sua esposa afirmou então que: “nenhuma notícia nos foi dada desde então” (CABRAL e LAPA, 1979, p. 93).

Em carta ao deputado Laerte Vieira, a Sra. Alice Frazão, mãe do desaparecido político, revela sua aflição. Num trecho diz ela:

não sei qual a acusação que pesa sob meu filho, não sei que crime ele cometeu, e, principalmente – o que é particularmente doloroso para mim, como também para nossa família – é não saber onde ele se encontra, como está sendo tratado, se está vivo, se está morto, se está doente, sem assistência médica... (CABRAL e LAPA, 1979, p. 93).

No caso de Mário Alves, jornalista, ex-diretor do jornal *Novos Rumos* e secretário geral do Partido Comunista Brasileira Revolucionário - PCBR, ele, segundo testemunhas, foi assassinado em 17 de julho de 1970, depois de uma longa noite de torturas no 2º andar do Pelotão de Investigações Criminais de Polícia do Exército do Rio de Janeiro (CABRAL e LAPA, 1979, p. 95). Em 16 de janeiro de 1970, Mário Alves foi sequestrado na rua e imediatamente conduzido para o quartel da polícia do Exército (DOI-CODI¹²² do I Exército). Segundo a esposa de Mário Alves, Dilma Borges Vieira:

um determinado dia, no STM, me dirigi ao brigadeiro Correia de Mello e falei que queria saber o resultado do *habeas corpus* que eu havia impetrado. Aí, ele me perguntou: quem é a senhora para estar tão emocionada? – Sou mulher dele, respondi; – Ah! Eu só atendi a senhora porque pensei que era a advogada. O Mário foi para Cuba e vai aparecer qualquer dia desses dando uma entrevista e falando mal do Brasil (CABRAL e LAPA, 1979, p. 100).

A falta de uma minuciosa investigação é denominador comum nos casos envolvendo desaparecidos políticos, privados da eficaz tutela de seus direitos fundamentais. Paulo Ribeiro Bastos e Sérgio Landulfo Furtado, também integram esta extensa lista de protagonistas de casos misteriosos envolvendo o Poder Judiciário (CABRAL e LAPA, 1979, p. 127). Os dois jovens militantes foram presos, levados para o DOPS¹²³ carioca, de onde mais tarde “foram transferidos para o DOI-CODI e torturados barbaramente” (CABRAL e LAPA, 1979, p. 126). Apesar de denúncias e provocações à Justiça feitas por suas respectivas famílias, que levaram, em 1978, o ministro e general Rodrigo Otávio Jordão a pedir ao STM para apurar o paradeiro de Paulo, Sérgio e outros acusados, nada foi realizado.

Apesar de sua insistência, nada foi apurado até hoje. Ambos protagonizaram casos misteriosos, porque todos os processos em que estiveram envolvidos correram à revelia. A Justiça Militar nunca explicou o paradeiro dos dois (CABRAL e LAPA, 1979, p. 127).

Há ainda o caso paradigmático do ex-deputado federal de São Paulo, Rubens Paiva (CABRAL e LAPA, 1979, p. 233), que teve os seus direitos políticos suspensos em 1964 pelo AI 01, sem acusação alguma nem a instauração de nenhum inquérito ou processo.

Durante certo período ninguém podia entrar nem sair da casa de Rubens Paiva. Três rapazes, amigos da família, que procuraram pelo paradeiro do ex-deputado federal, foram reprimidos mediante o recolhimento em uma delegacia de polícia no Alto da Boa Vista. O

¹²² Destacamento de Operações de Informações - Centro de Operações de Defesa Interna.

¹²³ Departamento de Ordem Política e Social.

telefone também ficou controlado: quem ligasse, ouviria a voz de Eunice, afirmando que Rubens viajara e que tudo estava bem (CABRAL e LAPA, 1979, p. 233). Armou-se, também, uma cena de sequestro que se revelou uma farsa. Outrossim,

o caso teve grandes repercussões no Congresso Nacional, através de sucessivos pronunciamentos do então deputado Marcos Freire. O STM, por duas vezes, quando examinava os pedidos de *habeas corpus*, insistiu para que a Procuradoria Militar apurasse o paradeiro do ex-deputado. Quando examinado pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, em 1971, o caso dividiu opinião de seus membros. No mesmo conselho, em julho de 1971, com voto de Alfredo Buzaid (parente remoto de Rubens) a questão foi arquivada (CABRAL e LAPA, 1979, p. 246).

No caso de Rubens Paiva, somente em fevereiro do ano de 2013, ou seja, há mais de 40 (quarenta) anos do seu desaparecimento, é que registros contundentes de seu “sumiço” estão sendo revelados, mediante a atuação da Comissão Nacional da Verdade (NASCIMENTO, 2013a).

Segundo o presidente da referida Comissão, Rubens Paiva foi, sem sobre de dúvidas, morto pelo DOI-CODI. Essa afirmação foi elaborada com base em documentos, que estavam na posse das Forças Armadas e que foram recentemente disponibilizados. Eles demonstram que membros do Centro de Informações de Segurança da Aeronáutica prenderam Rubens Paiva, encaminhando-o ao DOI-CODI do 1º Exército (COMISSÃO DA VERDADE: RUBENS...).

Contudo, ainda não se sabe a(s) pessoa(s) envolvida(s) no assassinato de Paiva, demonstrando a incompletude e insuficiência na produção de provas, bem como a ocultação de informações e documentos por parte do Estado ditatorial.

Além desse, há vários outros casos, relatados por Cabral e Lapa (1979) em que o Judiciário não protegeu de modo eficaz os direitos fundamentais na ditadura de 1964, privilegiando, nesses casos, tão somente o regime militar, deixando à revelia a sociedade brasileira, que padeceu indignada em face de afrontas constantes ao direito de ação e de acesso à justiça.

Até nos casos em que o Judiciário apresentou certa oposição ao regime militar, sua própria estrutura apresentou deficiências na proteção a direitos. Primeiramente, porque ele não possui função investigativa e limita-se às provas constantes no processo. No processo de Mário Alves de Souza Vieira, desaparecido em janeiro de 1970, consignou-se que “o juiz está adstrito às provas dos autos e ao que consta no processo” (TELES, 2010b, p. 280), não podendo ir além disso.

Embora o Judiciário tivesse a prerrogativa investigativa para ir além das provas constantes nos autos, sobretudo no processo penal com o princípio da verdade real, não houve muito o uso dessa disposição. Ademais, muitas das ações eram de natureza cível, que rejeitavam qualquer forma de investigação pelo Judiciário sob pena de se quebrar o princípio da imparcialidade.

Também era mitigado o poder investigativo do Ministério Público (MP), regulamentado pelos arts. 137 a 139 da Constituição de 1967. Essa instituição jurídica estava indissociavelmente ligada à Justiça Federal, criada pela ditadura. Com a emenda de 1969, o MP passou a ser regulamentado pelos arts. 94 a 96, aparecendo a figura do MP estadual. Contudo, conforme conclui Poli (2010), esta instituição era dotada de pouca autonomia, sendo reduzida a um mero instrumento manipulável, voltado para consolidar e legitimar a ditadura. Arns (1985, p. 156) também compactua com esse entendimento:

o instrumento legal acionado para tanto foi, quase sempre, a Lei 1.802, de 1953, visto que ainda não existia a Lei de Segurança Nacional (LSN) que as novas autoridades cuidaram de preparar nos anos seguintes. Mas a ótica adotada pelos membros do Ministério Público nas acusações é aquela, rotineira nas ditaduras, de fazer o espírito da lei voltar atrás no tempo, castigando como delitos de hoje comportamentos que eram virtudes de ontem. O afã punitivo, a ânsia de perseguição que chegava a ter ares de vingança, impediu as autoridades responsáveis pelos processos de qualquer ponderação sensata sobre o direito de cidadãos brasileiros possuírem opiniões contrárias às dos generais vitoriosos, sem que isso representasse, necessariamente, crime.

Associado a essa limitação probatória nas ações judiciais, não havia nenhuma cooperação do Estado em produzir ou apresentar os elementos de prova ao processo, ou seja, o Estado omitia-se, mesmo porque muitas evidências eram contrárias aos interesses do próprio regime ditatorial, conforme se observou pelo relato dos mortos e desaparecidos de Cabral e Lapa (1979). Outro fator de grande relevância foi a existência de poucos arquivos referentes aos fatos ilícitos ocorridos durante a ditadura militar, que, ou não foram produzidos ou foram eliminados pelo próprio Estado, seguindo-se o exemplo histórico de Rui Barbosa, que mandou queimar os arquivos da escravidão no Brasil. Visava-se, com a prática, dar um fim a qualquer meio de prova da detenção arbitrária, do paradeiro das vítimas e dos ilícitos cometidos pelo Estado.

A situação agravava-se quando o Estado proferia informações oficiais, que, de fato, não correspondiam à situação descrita nos autos do processo, o que, conforme mencionado no relatório de mortos e desaparecidos (CABRAL e LAPA, 1979), era comum. Tal atitude

esbarrava em outro paradigma sacralizado legislativamente, que é a presunção de veracidade e legitimidade dos atos do Poder Público, previsto no art. 9º, inc. III da CF/1967¹²⁴, reproduzido no art. 19, inc. II da CF/88. Ora, o Judiciário, ao deparar-se com uma declaração oficial do Estado, afirmando não conhecer o paradeiro de tal pessoa; ou que aquela pessoa havia suicidado ou que certa pessoa não se encontrava reclusa em determinada organização prisional ou militar, nada podia fazer, já que os atos estatais são presumidos verdadeiros. Isso permitia ao regime manipular o Judiciário mediante declarações oficiais falsas, que raramente podiam ser revertidas, pois a vítima ou seus familiares, na quase totalidade dos casos, não possuíam condições de produzir uma contraprova idônea e robusta o bastante para quebrar a presunção de legitimidade dos atos estatais.

Nesse sentido, além dos casos dos mortos e desaparecidos acima mencionados, o Jornal Nacional da Rede Globo de Televisão publicou uma notícia afirmando existir 44 (quarenta e quatro) casos, já confirmados pela Comissão Nacional da Verdade, de mortos ou desaparecidos, cuja declaração oficial não correspondeu à realidade dos fatos (COMISSÃO DA VERDADE, 2013b). Ainda, Arns (1985, p. 173) frisou que, nas perseguições penais, no âmbito da Justiça Militar, era comum proferir-se alegações inverossímeis:

a incomunicabilidade e os maus tratos físicos e mentais eram a tônica dos chamados “interrogatórios preliminares”. Na maioria das vezes, nem mesmo a Justiça Militar era comunicada sobre as detenções efetuadas pelos órgãos de segurança. E, nas poucas vezes em que isso era feito, a data indicada não correspondia ao verdadeiro dia da prisão.

Com isso, o Judiciário, nas demandas por ele apreciadas e julgadas durante o período de ditadura, ainda que adotasse uma postura de proteção aos direitos fundamentais de liberdade em contraposição ao regime militar, ele não possuía meios de prova idôneos para realizar um julgamento justo. Por isso, não eram raras as ações extintas por insuficiência de provas. Somente após a ditadura, é que eclodiram sentenças condenatórias contra o Estado, mas, para isso, foi necessária uma evolução jurisprudencial para considerar, nesses ilícitos, uma prova indiciária, consoante entendimento da própria Corte Interamericana de Direitos Humanos que “tem admitido, além da prova testemunhal ou documental, também a prova circunstancial, fundada em indícios de presunções, quando deles possam ser inferidas conclusões consistentes sobre os fatos” (TELES, 2010b, p. 286/287). Contudo, as condenações limitavam-se à seara civil (cujo recebimento de indenização é deveras difícil, sobretudo com o

¹²⁴ Art. 9º da CF/1967 – A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: III - recusar fé aos documentos públicos.

regime de precatórios), não abrangendo a persecução penal dos infratores, nem, ao menos, a busca pela verdade e memória dos eventos ocorridos.

As experiências envolvendo o Judiciário no período da ditadura contribuem muito para se compreender a atuação desse poder na constância do sistema constitucional de crise. A experiência com a Justiça Militar e com os mortos e desaparecidos da ditadura contribui para a persecução penal, pois deve-se ter cautela ao apreciar as provas do inquérito, confeccionadas, em regras, sem contraditório e ampla defesa. As provas devem ser refeitas em fase de ação penal e, quando impossíveis de serem realizadas, a balança deve pender a favor do acusado. Deve-se privilegiar também a participação física do acusado na fase do processo, acompanhado por advogado por ele escolhido, a fim de que, com esse contato pessoal, o Juiz possa averiguar a condição do detento e a confiabilidade dos depoimentos prestados. Logo, deve-se, ao máximo, rejeitar audiências por videoconferência. A imparcialidade, independência e demais garantias do magistrado devem ser rigorosamente asseguradas sob pena de se viciar o processo. Também deve-se vedar a incomunicabilidade do preso, porém, tal questão, a Constituição de 1988 cuidou de regulamentar de forma específica no art. 136, § 3º, inc. IV¹²⁵, embora essa vedação aplica-se somente ao estado de defesa. Isso ameniza um dos grandes problemas da ditadura de 1964 em que, muitas vezes, a detenção não era nem comunicada à Justiça Militar¹²⁶.

A experiência da Justiça Militar, no âmbito da ditadura, demonstrou a necessidade de se proteger não apenas os indivíduos, mas também as instituições que (em tese) asseguram esses direitos, ou seja, para se proteger direitos, é necessário que haja vias institucionais de acesso. Logo, urge que, no sistema constitucional de crise, haja uma proteção não apenas individual, mas também institucional, para que as vias de acesso à justiça e ao devido processo legal sempre estejam abertas ao cidadão. Em síntese, o Judiciário deve permanecer incólume e intocável em suas garantias e prerrogativas em sistema de crise.

Isso se justifica, pois, com o agravamento das situações de crise, tornam-se mais enérgicas as medidas de controle. Não há, contudo, um aumento das prerrogativas do Judiciário para defender os abusos cometidos por esse sistema extraordinário, nem ao menos para impedir a conversão desse regime de exceção em uma ordem autoritária. Quanto mais sensível torna-se o limite entre o sistema de crise e o Estado de Exceção, maior deve haver

¹²⁵ Art. 136, § 3º, inc. IV da CF/88- é vedada a incomunicabilidade do preso.

¹²⁶ “A incomunicabilidade e os maus tratos físicos e mentais eram a tônica dos chamados “interrogatórios preliminares”. Na maioria das vezes, nem mesmo a Justiça Militar era comunicada sobre as detenções efetuadas pelos órgãos de segurança. E, nas poucas vezes em que isso era feito, a data indicada não correspondia ao verdadeiro dia da prisão” (ARNS, 1985, p. 173).

um controle jurisdicional sobre a medida, o que, de fato, não ocorre, dada a inexistência de previsão constitucional ou a inexistência de legislação específica. Logo, a persistir essa omissão, essa atuação protetiva a ser empreendida pelos Tribunais deve ser realizada pela jurisprudência em conformidade com as medidas de crise adotadas.

Em outro viés, em situações de instabilidade, nas ações que envolverem violações a direitos supostamente cometidas pelo Estado (limitar-se-á a essas hipóteses), deve haver instituições com forte poder investigativo, seja no âmbito do Judiciário ou em apoio a ele. No âmbito da Constituição de 1988, há a figura do Ministério Público, não como um apêndice do Estado, mas como um órgão autônomo, dotado de garantias, que atua tanto no âmbito estadual quanto no federal. Poli (2010) observa que o MP é instituição indispensável para a consolidação da democracia que age na defesa e proteção da ordem jurídica e dos direitos fundamentais. Por isso, nesse trabalho, rejeita-se qualquer postura no sentido de retirar a força investigativa do MP, como a proposta de emenda à Constituição de n.º 37¹²⁷.

Não basta, contudo, haver órgãos com poderes investigativos, é necessária uma adaptação legislativa e jurisprudencial para rever alguns paradigmas e aumentar algumas prerrogativas jurisdicionais para a busca da verdade. Logo, em sistema constitucional de crise, não basta apenas que o Executivo e o Legislativo tenham suas prerrogativas aumentadas e os direitos individuais sejam restringidos. É necessário que o Judiciário tenha um aumento em suas atribuições para controlar de modo mais eficaz eventuais abusos de direitos e as tentativas em converter o sistema de crise em uma ordem autoritária.

Diante disso, entende-se, nesse estudo, a necessidade de se relativizar, em sistema de crise, os paradigmas da presunção de legitimidade e veracidade dos atos do Estado, sobretudo os que envolvem direitos individuais, pois, conforme já exposto, a ordem autoritária fundamenta-se em uma sólida base de “verdades produzidas”, que não correspondem à realidade. Urge adotar-se uma distribuição do ônus da prova para compelir o Estado a provar, fática e logicamente, suas alegações. Em algumas situações, é defensável a inversão do ônus da prova, compelindo o Estado a fornecer informações, sob pena do próprio Juiz, com base nos elementos dos autos, decidir em favor do lesado ou de seus familiares, emitindo-se, inclusive, declarações oficiais em substituição às prolatadas pelo Governo.

Também defende-se, em sistema de crise, nas ações que envolverem violações a direitos supostamente cometidas pelo Estado, uma postura mais ativa do Judiciário, fundamentada no princípio da verdade real, que deverá abranger não apenas os processos penais, mas também

¹²⁷ A proposta de emenda à constituição n.º 37/2011, dentre outras disposições, vedava o poder de investigação criminal do Ministério Público. Essa proposta foi rejeitada pelo Congresso Nacional em 2013

aqueles de natureza cível. Com esse entendimento, referendado por Theodoro Júnior (2013), seria obrigação do magistrado abandonar o cariz de mero espectador para contribuir para a instrução probatória no processo, determinado de ofício as provas necessárias para alcançar a verdade, atenuando-se, por consequência, o princípio da preclusão. O principal fundamento dessa medida não visa apenas a proteção da pessoa, mas assegurar as próprias instituições democráticas que se veriam ameaçadas, caso fossem acobertados os atos ilícitos praticados pelos agentes estatais, como ocorreu no período da ditadura de 1964. Deve-se, também privilegiar provas indiciárias, sobretudo as das vítimas, já que é deveras dificultosa a contraprova dos atos cometidos pelo Estado.

Após o período ditatorial as empreitadas na Justiça para se obter um provimento satisfatório para as vítimas e seus familiares também foram dificultosas. Uma das barreiras encontradas foi a prescrição que foi de encontro aos direitos à reparação, à transparência e à memória das situações ocorridas durante a ditadura, fazendo olvidar a relevância social dessas investigações para o Brasil. Muitas tutelas jurisdicionais foram negadas com base na prescrição, excetuando-se alguns casos isolados. Teles (2010b, p. 295) consignou que “em setembro de 2006, o juiz Gustavo Santini Teodoro, da 23ª Vara Cível de São Paulo, acolheu a ação declaratória impetrada contra Ustra – fato inédito no que diz respeito à responsabilização de torturadores no Brasil – por entender que a ofensa aos direitos humanos não está sujeita à prescrição”.

Outra questão paradigmática enfrentada pelo STF foi a arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 153, que apreciou a Lei da Anistia (Lei 6.683/1979). A ação, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgada em 29 de abril de 2010, visava que o art. 1º, § 1º da referida lei fosse interpretado conforme a Constituição de 1988 para declarar que a anistia concedida pela Lei n.º 6.683/79 aos crimes políticos ou conexos “não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar” (BRASIL, 2010, p. 3). Logo, a princípio, não se buscou que essa norma fosse afastada do ordenamento jurídico por não ter sido recepcionada pela Constituição de 1988, mas visou-se que fosse adotado apenas um único significado, compatível com esse novo ordenamento jurídico, que consistia na responsabilização criminal dos agentes da repressão.

Antes de se adentrar ao mérito da ação, alguns esclarecimentos processuais são necessários. A arguição de preceito fundamental, com respaldo no art. 102, § 1º da CF/88 e regulamentada pela Lei 9.882/99, é uma ação jurídica do controle concentrado de constitucionalidade. Ela possui um caráter subsidiário e, portanto, somente é proposta quando não é cabível a ADI (ação direta de inconstitucionalidade), a ADC (ação direta de

constitucionalidade) (art. 102, I, a da CF/88), a ADI por omissão (art. 103, § 2º da CF/88) e a ADI interventiva (art. 34, VII e art. 36, III da CF/88). Diante disso, ela é, geralmente, aplicada para apreciar a inconstitucionalidade de atos normativos municipais ou na hipótese de normas anteriores à Constituição de 1988, analisando-se a recepção ou não dessa norma ao atual ordenamento jurídico brasileiro. Logo, como a Lei de Anistia (Lei n.º 6.683/79) era anterior à CF/88, foi usada a ADPF para discutir a sua interpretação.

No mérito, a ADPF foi julgada improcedente, vencidos os Ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandowski, que deram parcial provimento à ação. Por conseguinte, foi negada a repressão dos algozes no período ditatorial, acusados da prática de tortura. Dentre os magistrados que votaram pela improcedência da ADPF, o Min. Marco Aurélio acatou a questão preliminar de prescrição, alegando, em síntese, que, quando do julgamento, já havia passado mais de 30 (trinta) anos da ocorrência dos eventuais atos ilícitos. Logo, até o julgamento final das ações penais, o(s) crime(s) já estaria(m) prescrito(s). Essa persecução penal afrontaria, ainda, a segurança jurídica, já que os fatos estariam em um passado distante, bem como haveria uma grande dificuldade probatória. A Min. Ellen Graci ressaltou que a Lei de Anistia foi um pacto entre o regime ditatorial e a sociedade para haver uma transição democrática “pacífica” que, inclusive, teve o apoio da Ordem dos Advogados do Brasil.

Nesse sentido, Ferraz Júnior (2006) critica a interpretação de se afastar a Lei da Anistia com base em sua inconstitucionalidade, porque, segundo o autor, haveria um grande esforço em perquirir fatos, construir argumentos para, de fato, não haver repercussão prática alguma. Segundo o autor, se fosse afastada a aplicação da lei de anistia, não apenas os agentes torturadores do Estado deveriam ser responsabilizados, mas também os revolucionários que atuaram clandestinamente contra o regime, o que acarretaria muitos problemas jurisprudenciais práticos. Ademais, se os revolucionários que agiram contra a ditadura de 1964 não fossem responsabilizados, não se poderia responsabilizar os agentes do Estado “algozes” por adoção de um critério de isonomia.

Malgrado os entendimentos divergentes, todos os Ministros, contudo, foram uníssonos de que a negativa da persecução penal não obstaría a reparação civil do Estado nem a busca pela verdade dos fatos ocorridos pela ditadura, que são indispensáveis para consagrar o direito à memória no sistema brasileiro. De fato, essa preocupação veio à tona no Legislativo que, com as Leis 12.527/2011 e 12.528/2011, buscaram investigar e apurar a realidade dos fatos ocorridos durante o regime militar brasileiro¹²⁸. Esta última Lei instituiu a Comissão da

¹²⁸ Pereira (2010, p. 29), em sentido contrário, conclui serem perfunctórios os resultados a serem obtidos com novas iniciativas da justiça de transição no Brasil, confira-se: “novas tentativas de instaurar uma justiça

Verdade em que há uma linha de pesquisa, que busca justamente estudar a relação entre a ditadura e o Judiciário¹²⁹.

Contudo, em favor da responsabilização criminal dos agentes estatais infratores, é curioso notar o voto do Ministro Ricardo Lewandowski que deixou a cargo do magistrado de primeiro grau, que analisaria a ação penal, averiguar a responsabilização penal caso a caso, confira-se:

por todo o exposto, pelo meu voto, julgo procedente em parte a ação para dar interpretação conforme ao § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979, de modo a que se entenda que os agentes do Estado não estão automaticamente abrangidos pela anistia contemplada no referido dispositivo legal, devendo o juiz ou tribunal, antes de admitir o desencadeamento da persecução penal contra estes, realizar uma abordagem caso a caso (*case by case approach*), mediante a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, nos moldes da jurisprudência desta Suprema Corte, para o fim de caracterizar o eventual cometimento de crimes comuns com a consequente exclusão da prática de delitos políticos ou ilícitos considerados conexos (BRASIL, 2010, p. 130).

Essa decisão foi minimalista, já que o ministro optou por não resolver de forma completa e definitiva a situação, deixando, sob a incumbência do magistrado de primeiro grau, caso a caso, apreciar a questão. Contudo, embora minimalista, o autor privilegiou a possibilidade de responsabilização dos agentes estatais infratores em detrimento de uma situação de impunidade em abstrato.

Tal postura adotada pelo Judiciário brasileiro na ADPF 153 possui explicações nítidas na teoria de Pereira (2010), segundo a qual a aproximação entre as elites judiciárias e políticas no período da ditadura teve fortes influências na forma como ocorreu a justiça de transição, evidenciado que esse poder não se preocupou em reprimir as forças políticas. Esse enlace entre o Judiciário e a elite política na ditadura tornou a justiça de transição brasileira lenta e ineficiente, que induziu ao ostracismo e ao esquecimento, diverso do que ocorreu no Chile e na Argentina.

transicional, caso venham a ocorrer no Brasil, têm poucas probabilidades de encontrar forte apoio fora do país”, pois “os Estados e as instituições multilaterais – com certeza não oferecerão nada além de silêncio e intervenções hipócritas e seletivas” (PEREIRA, 2010, p. 29). Não se compactua, contudo, com esse posicionamento, pois, ainda que modestos os resultados, as tentativas na busca da verdade e da memória, bem como as modificações legislativas decorrentes dessa empreitada, é uma demonstração de que a sociedade brasileira não compactua com posturas autoritárias, radicalmente contrárias aos direitos fundamentais. Demonstra, ainda, a busca em se consolidar a democracia no Brasil.

¹²⁹ Informação obtida em: <<http://www.cnv.gov.br/index.php/2012-05-22-18-30-05/ditadura-e-sistema-de-justica>>. Acesso em: 24 jun. 2013.

O Brasil foi o que, após a transição democrática, apresentou o menor grau de justiça transicional [quando comparado ao Chile e à Argentina], em parte porque sua legalidade autoritária gradualista e conservadora contava com a participação de uma boa parcela dos sistemas estabelecidos, tanto Judiciários quanto militares, que continuaram a desfrutar de legitimidade na democracia (...). Os sistemas judiciais conservadores, como o brasileiro, talvez consigam diminuir, em certa medida, a violência praticada pelas forças de segurança, mas tendem a ser muito mais resistentes a mudanças após a queda do regime militar (PEREIRA, 2010, p. 290).

As medidas de justiça de transição no Chile foram e estão sendo enfáticas de modo que a Associação dos Magistrados do Poder Judiciário do Chile reconheceu, neste ano de 2013, em situação inédita na história mundial, que esse poder foi omissor durante a ditadura do general Augusto Pinochet (1973-1990). De acordo com o pedido de desculpas, durante o regime militar chileno, 5 mil requerimentos de proteção para desaparecidos ou presos ilegais foram rejeitados pelos tribunais (JUDICIÁRIO CHILENO..., 2013).

Todavia, apesar desse evento inédito ocorrido no Chile, em regra, o Judiciário se omite nas medidas de justiça de transição, conforme conclui Pereira (2010). O referido autor menciona, ainda, uma possível preocupação dos membros do Judiciário em serem responsabilizados por terem apoiado o regime, embora, eles, na quase totalidade das situações, gozam de total impunidade. Não haveria com a cassação da anistia um receio de que pudessem ser punidos? Pereira (2010, p. 74) lembra, ainda, dos Tribunais da Alemanha nazista em que os juízes, raramente, foram responsabilizados por seus atos.

Contudo, tal situação de impunidade, na ótica desse estudo, é deveras prejudicial ao ordenamento jurídico brasileiro que, em vias de consolidação democrática, ainda não conseguiu superar ou ao menos conviver com seu passado ditatorial. Na realidade, a justiça de transição brasileira foi caracterizada por pouco empenho, pelo esquecimento e pelo silêncio. Por isso, ainda há muitas dúvidas, questionamentos e reivindicações por justiça, não apenas reparatoria, mas também punitiva das vítimas da ditadura. Quer-se identificar os infratores e puni-los. Objetiva-se, também, conhecer os eventos passados para evitar que ocorram novamente, pois, consoante Teles (2010a, p. 315), em recente pesquisa realizada nos Estados Unidos, “os países que julgaram e puniram os criminosos dos regimes autoritários sofrem menos abusos de direitos humanos em suas democracias. O estudo atesta que a impunidade em relação aos crimes do passado implica em uma cultura de violência dos crimes atuais”. Na concepção de Pereira (2010, p. 28), há um vínculo, embora tênue, entre a violência passada e a presente, pois tratar da primeira pode atenuar a segunda, “na medida em que a justiça

transicional é um ideal prospectivo, uma base sobre a qual erige a ampliação dos direitos humanos, e não apenas um monumento aos mortos”.

Em sentido contrário, o ministro Gilmar Mendes, no julgamento da ADPF 153 (BRASIL, 2010), manifestou que a anistia, do modo como foi feito, possibilitou enterrar o passado e voltar-se os esforços para a consolidação da democracia.

O fortalecimento da democracia enquanto regime se dá na sua capacidade de resolver os conflitos. E um dos instrumentos de fortalecimento desse ideário é exatamente a formação de uma Constituição pactuada, que proceda à superação de determinado momento crítico (BRASIL, 2010, p. 240) (...). Independentemente das posições políticas, temos de reconhecer que aos avanços feitos por essas pessoas - não de armas, mas do diálogo -, podemos vivenciar nosso processo de evolução democrática, o que nos faz positivamente diferentes em relação aos nossos irmãos latino-americanos, que ainda hoje estão atolados num processo de refazimento institucional sem fim (BRASIL, 2010, p. 241-242).

Esse encerramento do passado não coaduna com as dúvidas, incertezas e a falta de transparência do Estado em relação aos fatos ocorridos na ditadura. As vítimas e seus familiares ainda anseiam pela revelação das situações que lhe afetaram diretamente. Diante dessa constatação, defende-se, nesse estudo, que, em sistema de crise, haja uma vedação de anistia, graça e indulto das infrações perpetradas pelas entidades durante o sistema de crise, revertendo a situação de impunidade que ocorreu durante o regime militar instituído em 1964. Ora, se toda a vez que houver um sistema de crise, houver anistia, tal qual ocorreu em 1979, após o período mais repressor da ditadura, estar-se-á diante de um Estado de Exceção, ou seja, um vazio de direito na visão agambeniana em que as autoridades não transgrediam, nem cumpriam, mas inexecutavam o direito.

A anistia na ADPF 153 foi vista por muitos ministros como um ato político (BRASIL, 2010, p. 234), no qual o Judiciário não podia se manifestar. Foi vista, ainda, como uma “lei-medida”, ou seja, “uma regra não para o futuro, dotada de abstração e generalidade” (BRASIL, 2010, p. 34), mas uma disposição normativa voltada para eventos consumados no passado e que, portanto, “há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada” (BRASIL, 2010, p. 34). Caso se aplique esse raciocínio para o sistema de crise, se, cada vez que essa legalidade for instituída, houver a possibilidade de anistia, graça ou indulto, não haverá, de fato, responsabilização, deixando de lado a legalidade extraordinária para se aderir, de fato, ao Estado de Exceção.

A necessidade de repressão é enfatizada por Teles (2010a) ao observar a modesta atuação do Judiciário em relação aos eventos ilícitos ocorridos durante a ditadura. A estrutura

normativa e jurídica brasileira não conferiu a importância necessária a esses eventos, a começar pelo ônus da prova, que incumbiu à vítima, embora o Estado contivesse os arquivos e informações, referentes ao período autoritário. Não houve, ainda, a criação de varas especializadas para apreciar e julgar os ilícitos cometidos durante a ditadura; não houve, também, o benefício de prioridade àqueles processos, nem outras benesses legais, voltadas para a busca da verdade e da justiça dos ilícitos cometidos no período ditatorial. Por conseguinte, os processos tramitavam de forma lenta¹³⁰ e a instrução probatória muito limitada, pois o Estado negou os fatos e recusou-se a apresentar informações, conforme posicionamento de Janaína de Almeida Teles (2010a, p. 254):

mas as ações judiciais promovidas pelos familiares desde o ano 1970 têm sido encaminhadas de forma muito lenta pela justiça brasileira. O Estado, contudo, vem sendo responsabilizado pelos seus crimes. Na maioria das vezes, porém, a produção de provas ocorreu com muitas limitações, pois o Estado negou os fatos e negou-se a apresentar informações que fundamentasses suas alegações. Afinal, a Lei dos Desaparecidos, de 1995, impôs às vítimas o ônus da prova!

Outra reivindicação social é por transparência ou também chamada de verdade, compreendida como o conhecimento dos elementos de prova, que, passados por um raciocínio lógico e por crivos valorativos, chegam a uma conclusão verossímil. Essa demanda social visa reprimir o Estado que, quando faz “desaparecer” os opositores do regime e, com isso, a notícia da morte, impede qualquer ligação com o passado das pessoas, nega a memória e o luto, ou seja, extermina a própria morte. “Ao tornarem anônima a morte, roubaram dela o significado de desfecho de uma vida realizada, informando que nem a morte pertence ao desaparecido e que ele não pertenceria a ninguém” (LAFER, 2001, p. 111). Em outras palavras, nega-se a existência de que a pessoa realmente existiu¹³¹.

Por isso, a busca pelas provas dos fatos ocorridos durante o período da ditadura é tão importante para os familiares das vítimas e para a sociedade, a fim de demonstrar que o Estado não pode apagar a morte ou a existência desses “desaparecidos”. É curioso notar, ainda, que os familiares das vítimas das ditaduras - maridos, esposas, filhos, filhas, mães, pais - buscam a verdade para saber o que realmente ocorreu, como se essa informação lhes

¹³⁰ Nesse sentido: “a longa duração da ação reitera que o Estado tem se negado a fornecer informações aos familiares ou proceder sérias investigações sobre o paradeiro das vítimas, o que a juíza Solange Salgado descreveu como “a opressão do silêncio fabricado” (TELES, 2010b, p. 287).

¹³¹ Essa situação de negar o luto, a morte e a existência da pessoa desaparecida também ocorreu no nazismo, conforme descrito no subcapítulo 1.1. Trata-se de outro aspecto de similaridade entre o referido regime totalitário e a ditadura de 1964.

pudessem libertar de um severo prejuízo sofrido. Essas pessoas ficam presas ao passado e buscam a revelação dos eventos ocorridos, assim como uma vítima de uma lesão acintosa fica presa ao trauma. Esses “perseguidores da verdade” são como os astrônomos, os geólogos e os arqueólogos que buscam pertinazmente pelo passado, com a única diferença que esses profissionais não se envolvem emocionalmente nesse processo de conhecimento, enquanto que os familiares das vítimas padecem agudo sofrimento, cada vez que remontam e buscam pelos fragmentos do passado (Nesse sentido, NOSTALGIA POR LA LUZ, 2010).

Essa busca pela verdade é também uma forma de escoar a séria violação que as pessoas sofreram em seus direitos pelo próprio Estado, que somente se sustenta com base na confiança depositada pelas pessoas (conforme LUHMANN, 1983). Ademais,

quando essa confiança é seriamente violada, a vida de muitas pessoas pode ser adversamente atingida pela falta de abertura. E essa falta de transparência, que macula a presunção de confiança entre as pessoas, é muito usual nos regimes ditatoriais (SOARES; BASTOS, 2012, p. 50).

A averiguação da realidade dos fatos é ademais uma forma de se resistir ao regime de exceção, o qual tem a pretensão de negar a realidade e implantar na mente humana memórias falsas. Os regimes ditatoriais visam negar a existência dos “algozes” e apagar a existência dos “subversores”. Por isso, a intenção das vítimas sobreviventes, dos familiares dos “desaparecidos” e da sociedade, não se limita à verdade, mas tem o intuito também reparatório e punitivo das autoridades infratoras da ditadura, cuja identificação e punição são necessárias.

Por isso que o Judiciário foi tão procurado durante e no período pós ditadura militar, pois se trata de um meio institucional para que os parentes das vítimas busquem uma resposta aos ilícitos sofridos por seus entes e para escoar o sentimento de impunidade, mesmo porque é dever constitucional desse poder perquirir esses eventos ilícitos e buscar sua reparação (art. 5º, inc. XXXV). Foi um modo de presenciar e ouvir, de forma pública, as narrativas doloridas das prisões ditatoriais e dos atos cometidos pelos algozes. “Desse modo, as vítimas vislumbram algum conforto ao ouvir os testemunhos diante do juiz” (TELES, 2010b, p. 296), muito embora, na grande maioria das vezes, quedassem frustradas. Não foi outra a conclusão de Teles (2010b, p. 281) sobre os problemas apresentados pelo Judiciário no período pós ditadura militar brasileira:

as semelhanças no formato das ações e o conteúdo das contestações da União merecem destaque, pois ficam evidentes as dificuldades de produção de provas na busca pela verdade jurídica. Esta forma de encaminhamento da luta política por “verdade e justiça” trouxe vitórias importantes para as famílias que obtiveram sentença definitiva – a maioria ainda aguarda o desfecho de suas ações judiciais – e para as lutas de reparação pela democratização do país. A via judicial, contudo, provocou muita frustração, o sentimento de impotência e sérias dificuldades para a conscientização do luto entre os familiares de mortos e desaparecidos políticos e a sociedade. A análise das sentenças destaca que a principal característica de todas essas iniciativas é a de que a recuperação dos fatos envolvendo crimes cometidos durante a ditadura ocorreu de forma muito restrita, impedindo o país de conhecer parte considerável de seu passado recente de violência política.

Diante desses fatores, a ditadura brasileira demonstrou que não se pode ter uma supressão do direito à comunicação e à informação em sistema constitucional de crise. Por óbvio, esse direito precisa ser limitado a fim de se evitar o pânico da população e também mobilizar esforços para a superação da crise. Contudo, as informações devem existir e devem, sobretudo, corresponder à realidade, já que a ditadura brasileira foi calcada com uma sólida base de inverdades.

O passado autoritário brasileiro e a experiência com a ADPF 153 demonstraram, para o sistema de crise, a necessidade de se focar em uma proteção dos direitos e da ordem democrática concomitante à vigência desse sistema de legalidade extraordinária para que ela não se converta em uma ordem autoritária e não haja abuso de direitos, pois, primeiro, muitos danos causados nesses períodos são irreparáveis ou de difícil reparação; segundo, torna-se mais dificultosa a apuração de responsabilidades e a reparação dos ilícitos, pois, do mesmo modo que os agentes estatais algozes violam a ordem democrática, os revolucionários também o fazem. Daí, qual seria o parâmetro de punição? Ademais, como reprimir os agentes estatais que seguem ordens e cumprem as leis positivas (ainda que em desconformidade com os valores de liberdade, igualdade e dignidade)? Por isso, deve-se privilegiar o controle prévio e o concomitante das medidas de crise, deixando o controle posterior somente para as hipóteses excepcionais.

A experiência com a ditadura militar brasileira de 1964 também reforça o entendimento, já esposado, do risco da suspensão das garantias constitucionais, quando, com o AI 5, foi eliminado o *habeas corpus*. Essa possibilidade de suspensão das garantias está prevista no caput do art. 138, o que evidencia um risco, já que, inibir remédios jurídicos processuais e, com isso, o acesso à justiça, faz desaparecer o modo de assegurar o direito e, por consequência, o próprio direito se extingue. O pior é que isso acontece com uma infinidade de direitos e não com um ou alguns, taxativamente consignados pelo legislador. No período

ditatorial, o Judiciário foi silenciado sobretudo com a edição do AI 05, que suprimiu o *habeas corpus*.

Portanto, observa-se que o Judiciário possui a prerrogativa de assegurar os direitos de liberdade em sistema de crise. Essa conclusão é corroborada quando se analisa algumas posturas protetivas desse poder no período da ditadura de 1964 que amenizaram a supressão de direitos, sobretudo o direito à vida.

Todavia, na ditadura de 1964, observou-se certa deficiência do Judiciário em sua função assecuratória de direitos, bem como na busca pela verdade e pelas provas dos eventos ocorridos durante o regime militar. Trazendo essa constatação para o sistema de crise, conclui-se que deve haver apoio legislativo e jurisprudencial para o Judiciário exercer esse controle de modo eficaz no sentido de proteger direitos, pois, diverso do Executivo e do Legislativo, ele não possui as suas prerrogativas aumentadas em sistema constitucional de crise.

CONCLUSÃO

Um sistema de legalidade rígido, baseado em regras jurídicas e em um modelo formal de criação do direito, desvinculado de qualquer conteúdo de ordem material e moral, apresentou grave deficiência, pois serviu para justificar a instituição de regimes autoritários. Contudo, o oposto desse sistema, que é um ordenamento baseado na moral, mostrou-se incerto, subjetivo e insuficiente para se conferir segurança jurídica ao cidadão. A fim de intermediar os inconvenientes desses dois modelos, adotou-se um modelo intermediário que não excluía nem um nem outro, adotando-se como fundamento o princípio jurídico, que são normas as quais estabelecem um fim ou um estado ideal de coisas a ser atingido.

Os princípios jurídicos são mais concretos que os valores e menos específicos que as regras e, por isso, são os elementos do sistema do direito que tornam perceptíveis a unidade interna e a ordenação. Eles não são absolutos nem exclusivos, mas podem contradizer-se e se oporem. Ademais, para serem aplicados ou compreendidos, carecem de inter-relacionarem com as demais disposições contidas no sistema, ou seja, necessitam de uma complementação e também de uma restrição recíproca.

Contudo, o fato de se caracterizarem como princípios, não lhes retira sua natureza axiológica de modo que podem ser denominados de “princípios morais constitucionais” (DWORKIN, 2003, p. 16), em razão da indispensabilidade dos valores para fornecer uma base material para o sistema do direito. Canaris (2002) compreende que é a justiça o princípio básico ou o valor supremo do ordenamento, que confere unidade, coesão e ordem ao sistema do direito. Por isso, esse ordenamento é axiológico e teleológico. Axiológico por fundamentar-se, sobretudo, em um valor supremo que é a justiça e teleológico porque busca um fim que também é a justiça. Na óptica desse estudo, um sistema que não se fundamente nos valores de liberdade, igualdade e dignidade não é jurídico. Por isso, essa pesquisa enquadra-se na vertente pós-positivista ou neoconstitucionalista do direito, compreendida, por Sarmiento (2009), como um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, caracterizado por uma gama de distintos fenômenos, que guardam entre si alguns pontos de similaridade, como, a aproximação entre o direito e a moral.

Os princípios morais do direito são de extrema relevância para o sistema de crise na CF/88, entendido como uma legalidade extraordinária, embora se reconheça que há hipóteses de crises extremas em que se pode suspender totalmente e até abolir uma ordem jurídica,

como o golpe de 1964. Esse sistema crítico também deve, necessariamente, observar valores como o direito de necessidade constitucional que é a proteção do Estado e das instituições democráticas. Aproximar o sistema de crise dos princípios jurídicos visa proporcionar guias teóricos para controlar o ingresso, permanência e também a saída desse sistema extraordinário de modo a viabilizar a superação da situação crítica, com o mínimo de prejuízo possível à democracia.

Contudo, a temática do sistema de crise, também denominado de ditadura constitucional, é deveras controversa, conforme bem estabelece Rossiter (2002, p. 13) para quem “the institutions of constitutional dictatorship are political and social dynamite”. O autor concluiu, após uma extensa análise histórica, que a ditadura constitucional, mesmo após o seu término, trouxe significativas modificações à democracia. Consignou, também, que o referido instituto é legal, pois previsto no próprio ordenamento jurídico e sem ele a democracia não subsiste (ROSSITER, 2002, p. 2), apesar dessa legalidade extraordinária permitir a suspensão do próprio sistema jurídico. Diante dessa característica, em grande parcela das democracias, esse sistema foi utilizado para suplantar a ordem que, a princípio, visou defender.

Essa preocupação de que o sistema de crise é um instrumento jurídico lícito que tem a prerrogativa de suprimir a ordem democrática é acentuada quando se observa a atual conjuntura pós-moderna, caracterizada pela desordem (imprevisibilidade dos acontecimentos sociais), pelo medo (sentimento difundido socialmente) e por graves situações de instabilidade cada vez mais frequentes. Observa-se, ainda, a utilização de medidas, outrora aplicadas apenas na hipótese de sistema de crise, na ordem democrática, como a “guerra ao terror” nos Estados Unidos, a prisão de Guantánamo e a utilização das forças armadas para reprimir o tráfico do Rio de Janeiro. Todo esse conjunto de situações torna imperioso o estudo do sistema de crise a fim de que ele cumpra sua finalidade, que é restabelecer a normalidade, mas sem suprimir os direitos ou abolir a ordem democrática.

Não é apenas o término desse sistema crítico que é dificultoso, mas também sua instituição, pois, em diversas situações, a autoridade estabeleceu a ditadura constitucional com base em um evento que, na realidade, não era crítico. Vale destacar que crise é um evento que causa grave instabilidade social e institucional não passível de ser superado pelos instrumentos legais ordinários. A fim de precisar o seu conceito, é necessário analisar caso a caso, considerando os fatores sociais, econômicos e históricos. Ademais, o sistema de crise, em diversas situações, não foi uma legalidade extraordinária, mas uma supressão ou um vazio

de direitos, acobertando graves violações a direitos fundamentais e a impunidade das autoridades coatoras.

É com fundamento nesse problema que se organizou nesse estudo princípios que visam nortear a instituição, permanência e saída do sistema de crise no afã de amenizar os inconvenientes inerentes a esse instituto. O primeiro desses princípios é a *perpetuação ou permanência da ordem jurídica originária* que orienta a manutenção do sistema de crise como uma legalidade extraordinária para não se recorrer a um Estado de Exceção. O segundo deles é a *ultima ratio ou comprovação fática da crise* o qual orienta que somente se pode instituir essa legalidade extraordinária diante de uma situação real de crise (e não apenas declarada pela autoridade competente), quando os meios legais ordinários restarem ineficientes. Também, na óptica desse estudo, o sistema de crise observa a *legalidade*, por situar-se dentro de uma ordem jurídica e, por isso, proporciona segurança jurídica ao cidadão. Ademais, esse sistema não deve ser permanente, mas *temporário* a fim de que as medidas de exceção tenham vigência apenas no prazo necessário para a superação da instabilidade institucional.

Por meio do princípio da *publicidade*, busca-se impedir um ordenamento baseado em inverdades e que, com o conhecimento da realidade, a sociedade possa também exercer um controle sobre os abusos cometidos e sobre as medidas implementadas, que devem ser proporcionais, isto é, os meios devem ser adequados aos fins para se evitar medidas altamente restritivas para se superar uma crise de menor monta. Por fim, destaca-se o princípio da *inalienabilidade ou derrogação*, o qual implica que os direitos não podem ser abolidos, mas carecem subsistir ainda que em um grau de eficácia jurídica mínima.

No âmbito do texto da CF/88, o controle das medidas de crise ocorre no âmbito institucional, mediante a atuação do Executivo, Legislativo e Judiciário. Calcada nesse controle, a CF/88 visa proporcionar segurança e confiabilidade de que o sistema de crise obedecerá aos parâmetros nele propostos de modo a não subverter a ordem e as instituições democráticas. É com fundamento nesse controle que considerável parte da doutrina, sobretudo Scalquette (2004, p. 172), afirma que “o sistema constitucional das crises atende aos fins do Estado Constitucional”.

O Executivo é o primeiro órgão que realiza o controle do sistema de crise, pois é de sua competência exclusiva a instituição dessa legalidade extraordinária. Sem a atuação desse poder, não há a instituição da ditadura constitucional não importa quão intensa seja a situação de crise. Também é o Executivo quem define as áreas abrangidas, o prazo, os motivos, as medidas e seus executores, ou seja, é o principal órgão que concentra os poderes e as

prerrogativas com a finalidade de se superar a crise, em razão de se suas características, como homogeneidade e por estar constantemente afeto às situações referentes à segurança nacional.

Também é muito evidente o controle do sistema de crise realizado pelo Congresso Nacional, que referenda ou autoriza sua instituição. Logo, a atuação do Legislativo é indispensável para a permanência (no caso do estado de defesa) ou instituição (na hipótese de estado de sítio) para o sistema de crise, podendo, inclusive, suspendê-los a qualquer momento (art. 49, inc. IV da CF/88).

Também, de acordo com a CF/88, durante todo o período da crise, o Congresso permanece em funcionamento (art. 138, § 3º) e também designa uma comissão especial para acompanhar e fiscalizar as medidas aplicadas (art. 140), além de ser incumbido de apreciar um relatório minucioso, confeccionado pelo Presidente da República, após cessado o sistema de crise (art. 141, § 1º). Destaca-se, ainda, que as garantias parlamentares permanecem incólumes durante esse sistema excepcional, ressalvada a hipótese do art. 53, § 8º¹³².

Quanto ao controle realizado pelo Judiciário, que é o objeto do presente trabalho, os dispositivos que versam sobre o sistema constitucional de crise (arts. 136 a 141 da CF/88) limitam-se a reproduzir que os agentes e os executores das medidas, que cometerem ilícitos, serão responsabilizados (art. 141, caput), referindo-se ao múnus jurisdicional de apreciar lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inc. XXXV).

Portanto, com fincas em exercer o controle de legalidade, o Judiciário, valendo-se das prerrogativas e garantias existentes, tem o dever de proteger os direitos de liberdade, alvo de restrição em sistema de crise. Contudo, diverso dos outros poderes, o controle realizado pelo Judiciário não foi objeto de acurado análise e adequação em sistema de crise, o que faz questionar se esse controle consegue ser juridicamente eficaz em sistema de crise na Constituição de 1988.

Ao se tomar como referência a ditadura de 1964, observa-se que o Judiciário foi um instrumento utilizado para corroborar com o regime de exceção. Apesar de ter sido alvo de restrições, como a vedação do controle dos atos institucionais; a inclusão de adeptos do regime nas Cortes; a criação de órgãos jurisdicionais de exceção, como a justiça militar e a federal; a cassação os direitos dos membros do Judiciário de vitaliciedade, inamovibilidade, estabilidade e irredutibilidade de subsídios, o Judiciário, nem no início do golpe, se manifestou contrário ao regime mediante a declaração da inconstitucionalidade do ato

¹³² Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. § 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

institucional n.º 1. Ademais, conforme posicionamento de Pereira (2010), a ditadura soou muito atraente para várias personalidades e instituições do meio jurídico.

Na ditadura de 1964, nenhum dos princípios do sistema de crise foram respeitados, o que faz concluir que esse regime militar não se tratava de uma legalidade extraordinária, mas de um Estado de Exceção. Primeiro, não houve a comprovação fática da crise. Não houve, na verdade, uma situação grave de instabilidade constitucional, pois a ameaça comunista, tão alegada pelo governo ditatorial, não era de fato uma ameaça, tanto que nem houve uma forte oposição ao governo. Os movimentos socialistas que ocorreram foram isolados, de pequena monta e facilmente sufocados pelo regime autoritário. Eventos como o sequestro de um embaixador estadunidense no Brasil, narrado por Gabeira (1988), não abalou em nada a estrutura da ditadura que, ao todo, perdurou por 21 (vinte e um) anos (1964 a 1985), embora sua fase mais repressiva tivesse sido até 1979.

Não havia publicidade, pois fatos eram omitidos ou distorcidos para inibir críticas e oposições ao regime. Para tanto, eram utilizados intensos recursos publicitários, focados no vertiginoso crescimento econômico, no sucesso no futebol e nas canções do tropicalismo. Ocultava-se, dessa forma, a gritante desigualdade econômica, o baixíssimo índice de desenvolvimento humano, a repressão à liberdade e as atrocidades cometidas pelo Estado em prol do regime militar, como torturas, sevícias graves e interrogatórios.

Somado a tudo isso, o Estado mantinha-se mediante uma sólida base de alegações oficiais, que, posteriormente, mostraram-se inverossímeis, a começar pelo próprio nome do golpe que se intitulava de “revolução democrática”. Visava-se maquiar, com a manutenção do Congresso Nacional e do Judiciário, o golpe promovido pelas forças civis-militares. Com essas medidas, a sociedade era mantida sob certo controle de modo que os movimentos de oposição não tiveram grande repercussão.

Quanto ao princípio da temporalidade, este, por óbvio, não foi cumprido, a observar-se pelo período de 21 (vinte e um) anos que durou a ditadura. Também não havia proporcionalidade na aplicação das medidas que, por óbvio, foram muito mais repressoras do que o motivo que as ensejou – a ameaça comunista. As repressões cometidas pelo Estado eram muito superiores às supostas infrações cometidas, a começar pelas penas previstas na Lei de Segurança Nacional (Decreto-lei n.º 898 de 29.09.1969). Clandestinamente, os opositores ao regime podiam ser alvo de uma morte cruel ou serem submetidos a tortura. Em suma, eram suprimidos direitos dos opositores do regime, apesar dos agentes da repressão, embora formalmente estivessem submetidos à lei, de fato, estavam além dela e, por isso, podiam, sem o risco de represálias, cometer os abusos que queriam, como as atrocidades que

caracterizavam e marcaram este período da história brasileira. Logo, não havia igualdade, pois havia distintas formas de direito – uma para os opositores (que, na verdade, não tinham direito algum); outro para os agentes estatais algozes (que, de fato, estavam além da Lei) e outro para a população que somente mantinha seus direitos em questões não envolvendo oposição ao regime político do Estado, que são as pretensões jurídicas de direito privado.

Essa experiência com a ditadura brasileira forneceu indicativos para análise do controle jurisdicional em sistema de crise, questionando a sua eficácia em assegurar os direitos de liberdade. Possíveis respostas ao problema proposto podem se dar sobre três aspectos: o marxista, o pragmático e o histórico.

Pelo critério marxista, o Judiciário não pode assegurar direitos nem defender a ordem democrática, já que é controlado pela classe detentora do poder político e econômico. Esse poder não é revolucionário, não se opõe ao sistema, mas, para manter a pacificação social, o conserva, o mantém e o perpetua. As críticas de Maus (2000) sobre o caráter antidemocrático do Judiciário se aproxima muito da visão marxista, por rejeitar qualquer postura inovadora, assecuratória e democrática por parte desse poder.

Pelo critério pragmático, o Judiciário não pode e nem deve interferir nas medidas de crise, pois, primeiramente, ele não se encontra qualificado para realizar esse controle que deve ser feito somente pelo Legislativo e pelo Executivo, que têm uma visão mais ampla e mais consequencialista da aplicação das medidas de exceção. Segundo, ele não deve interferir, pois, nesse sistema crítico, a segurança e sobrevivência do Estado estão em risco e as medidas protetivas de direitos podem ir de encontro com esse desiderato. Por fim, nem sempre um sistema de crise reduz direitos, mas, muitas vezes, em situações particulares, os amplia, a depender do ponto de vista ao qual se analisa a medida extraordinária, como ocorreu com os direitos dos escravos na guerra do Paraguai, conforme descrito no subcapítulo, referente ao pragmatismo jurídico.

Pelo critério histórico, opção mais adequada, na óptica desse estudo, é possível e até desejável que o Judiciário exerça o controle das medidas de crise, uma vez que possui prerrogativas institucionais para tanto e também porque, ainda que de forma modesta, conseguiu apresentar certa oposição ao regime militar e reduzir abusos a direitos, conforme conclui Pereira (2010) ao comparar a ditadura brasileira com a chilena e com a argentina. Contudo, para que esse controle seja eficaz, apurou-se, nesse estudo, alguns indicativos, que não pretendem ser exaustivos, mas servir, tão somente, como apontamentos para se analisar e questionar o controle jurisdicional, contribuindo, assim, para fornecer princípios de controle para que o sistema de crise cumpra seu desiderato com o mínimo de prejuízo à ordem

democrática e aos direitos de liberdade e também fornecer uma base fático-argumentativa de fundamentação para a produção legislativa e de instrumentos processuais.

Primeiramente, as vias de acesso à justiça e as garantias processuais carecem estar abertas e disponíveis ao suposto lesado, no fito de resguardar seus direitos. Observa-se que uma postura mais ativa do Judiciário e também das instituições a ele relacionadas, como a Defensoria Pública e o Ministério Público, seria recomendável a fim de se buscar provas para contrapor ou ratificar as informações prestadas pelo Estado. A relativização dos paradigmas da presunção de veracidade e legitimidade dos atos do Poder Público; a distribuição do ônus da prova e até a inversão desse ônus em prol do lesado são instrumentos juridicamente eficazes para serem utilizados pelo Judiciário.

Destaca-se, sob o ponto de vista individual e do acesso à justiça, que, na ditadura de 1964, era comum as acusações estarem acompanhadas de declarações oficiais inverídicas, sendo que muitas delas foram desconstituídas com a atuação da Comissão Nacional da Verdade (COMISSÃO DA VERDADE, 2013b). O uso ilícito das declarações oficiais, na maioria dos casos, inviabilizava a vítima e seus familiares de comprovarem as arbitrariedades cometidas às ocultas pelo Estado.

Na ditadura, os processos judiciais, desde o seu início, eram conduzidos ao arrepio da lei, sendo a fase inquisitória a mais crítica, pois o lesado estava à mercê das autoridades coatoras, quando era submetido a sessões de tortura e a penalidades cruéis. Os opositores do regime militar eram judicialmente acusados por ações que não correspondiam à realidade. Em outros casos, as acusações eram aumentadas para se conseguir uma pena ou um regime prisional mais severo. Tal situação mantinha-se não apenas na fase inquisitiva, mas também durante a ação penal e até na fase recursal nos Tribunais Superiores (ARNS, 1985).

Portanto, outro indicativo é buscar cautela na apreciação das provas coletadas no inquérito e também, com muito mais rigor do que em períodos de normalidade, cuidado em reapreciar essas provas na fase judicial, pois, em caso de dúvida, conforme princípio da presunção de inocência, seria menos recomendável a condenação. O acompanhamento de um advogado é indispensável durante toda a fase acusatória, inclusive no inquérito. Na vigência de sistema de crise, deve-se privilegiar a visão do acusado e as provas por ele produzidas, ainda que não exaustivas. O acusado carece estar sempre comunicável e, nas audiências, necessita estar na presença física do Juiz.

Durante o sistema de crise, indica-se prestar informações verdadeiras sobre a crise e as suas medidas, possibilitando-se um controle social sobre elas, ainda que tais notícias sejam postergadas. Rejeita-se a promoção de notícias inverossímeis para assegurar um determinado

regime ou grupo detentor do poder, manipulando a sociedade, criando-se, assim, condições propícias para o regime autoritário, já que, na ditadura de 1964, os esforços do Estado estavam voltados para o controle da sociedade, mediante ação publicitária e também por meio de ocultação de informações ou por alegações oficiais inverossímeis.

Também é necessária a punição das autoridades infratoras, não apenas após a vigência da medida de crise, mas concomitante a ela, deixando evidente que atos de supressão e violação aos direitos fundamentais não serão tolerados. Na ditadura militar brasileira, as autoridades que cometiam violações a direitos não eram punidas, embora seus atos fossem ilícitos. Aos agentes do regime, o direito não era aplicável e essa situação de impunidade e privilégio manteve-se após a ditadura no julgamento da ADPF 153.

Superada a crise, é necessário revelar, de forma ampla, os fatos ocorridos e incentivar a memória como forma de aprimoramento do sistema de legalidade extraordinária e, com essa experiência de restrição de direitos, reforçar o regime democrático. Na ditadura de 1964, a busca pela verdade e o resgate à memória foi tardia no Brasil e intensificou-se apenas em 2011, ou seja, 27 (vinte e sete) anos após a ditadura, com a criação das Leis 12.527/2011 (acesso à informação) e 12.528/2011, bem como mediante a atuação da Comissão Nacional da Verdade. As investigações até então realizadas foram incompletas e insuficientes para levantar os arquivos das forças armadas e identificar os responsáveis, conforme consignado na ADPF 153 (BRASIL, 2010) em que os Ministros, em sua unanimidade, reforçaram a necessidade de se permitir a abertura de arquivos para dar conhecimento sobre os fatos ocorridos durante a ditadura, “como forma de exercício do direito fundamental à verdade” (BRASIL, 2006, p. 45).

Contudo, é necessária uma proteção institucional, pois, em sistema de crise, aumenta-se os poderes do Legislativo e, sobretudo, do Executivo, mas o mesmo não se aplica ao Judiciário que também deve ter as suas atribuições aumentadas para assegurar direitos e proteger a ordem democrática. Além de se preservar as prerrogativas do Judiciário de vitaliciedade, irredutibilidade de subsídios e inamovibilidade, proibindo-se a criação de órgãos jurisdicionais de exceção, como ocorreu com a Justiça Federal e a Militar no âmbito da ditadura de 1964, um aumento de suas prerrogativas institucionais parece ser necessária, semelhantemente ao que ocorre com o Executivo e o Legislativo, por meio de medidas de celeridade processual, concessão de prioridades na tramitação processual para as vítimas do regime e a criação de varas especializadas.

Recomenda-se, ainda, um reforço institucional a fim de se dar cumprimento de modo mais eficaz às decisões do Judiciário, ainda que em face dos outros poderes, reprimindo-se

por desobediência as autoridades infratoras. Isso não implica, necessariamente, que tais medidas prejudicarão a superação da crise, mas o referido poder tem o múnus de intervir em situações de evidente ilegalidade e violações a direitos que extrapolarem ou contradizerem o disposto no decreto instituidor. Busca-se conferir autonomia e eficácia jurídica aos atos do Judiciário, não o reduzindo a um órgão homologador dos atos do Executivo, com ocorreu no período da ditadura.

Em síntese, conclui-se que, no âmbito da CF/88, o controle jurisdicional em sistema de crise carece de reforços legislativos e institucionais para apresentar eficácia jurídica, o que requer modificações legais e uma adequação jurisprudencial para amenizar a omissão sobre o assunto.

Na perspectiva garantista desse estudo, que conflita com a visão pragmática, compreende-se, ressalvadas as hipóteses de crises as quais reclamam por um Estado de Exceção, que não se pode, com a justificativa de se superar a instabilidade, abolir os direitos fundamentais, ainda que com a justificativa de provisoriedade das medidas, mesmo porque essa supressão de direitos é de difícil ou de impossível reparação. Ademais, reproduzindo às avessas o jargão criado a partir da obra “O Príncipe” de Nicolau Maquiavel (2002), “os fins não justificam os meios”, ou seja, a proteção do Estado deve respeitar o direito e, ainda que de forma mínima, os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABDALLA, Guilherme de Andrade Campos. *O estado de exceção em Giorgio Abamben: Contribuições ao estudo da relação direito e poder*. 2010. 227 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, poder e opressão*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. Tradução de Alfonso García Figueroa. In: SÁNCHEZ, Miguel Carbonell (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 31-48.

ARANTES, Paulo. Estado de Sítio. In: LOUREIRO, Isabel; LEITE, Jose Corrêa; CEVASCO, Maria Elisa (Org.). *O espírito de Porto Alegre*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002. P. 51-60.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARNS, Dom Paulo Evaristo et. al. *Dossiê dos mortos e desaparecidos políticos a partir de 1964*. Pernambuco: Companhia Editora de Pernambuco, 1995.

_____. *Brasil: nunca mais*. 10 ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8.ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

AZEVEDO, Ana Lúcia. O Brasil dos desastres naturais. *O Globo*. 09 mai. 2012. Disponível em: <<https://conteudoclipppingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2012/5/9/o-brasil-dos-desastres-naturais/>>. Acesso em: 27 ago. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *BOLETIM de Direito Administrativo*, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49. jan. 2007.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a Constituição do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E SUPREMACIA JUDICIAL: DIREITO E POLÍTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO*. 2010. Disponível em : http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf. Acesso em 13 mar. 2012.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente*. São Paulo: Artmed, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *A era dos direitos*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: campus, 1992.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Mandado de injunção n.º 712 do Pará*, Brasília, DF, 27 de outubro de 2007, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28712%2EENUME%2E+OU+712%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 junho 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 153 do Distrito Federal*, Brasília, DF, 29 de abril de 2010, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 2 jul. 2013.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. 2013. *CNV 13 “estado ditatorial”*. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/textos-de-claudio-fonteles>. Acesso em: jan. 2013.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. Trabalho com redução do homem à condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana. *Genesis*. Curitiba, n.º 137, p. 673-682, mai. 2004.

BRITTO, Patrícia. Documento inédito mostra como Rubens Paiva foi preso. *Folha de São Paulo*. São Paulo, ano 92, n.º. 30.623, 4 fev. 2013.

CABRAL, Reinaldo; LAPA, Ronaldo (orgs.). *Desaparecidos políticos: prisões, sequestros e assassinatos*. Rio de Janeiro: Editora Opção, 1979.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Lisboa / Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Constitucional*. 16.ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia, o discurso competente e outras falas*. São Paulo: Moderna, 1994.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Apontamentos de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

CIRILO JÚNIOR. RJ não descarta pedir ajuda do Exército para conter violência nos protestos. *Terra*. 21 jun. 2013. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/cidades/rj-nao-descarta-pedir-ajuda-do-exercito-para-conter-violencia-nos-protestos,b85426033776f310VgnVCM4000009bcceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMISSÃO DA VERDADE DESMENTE VERSÃO OFICIAL DE SUICÍDIO DE UM Opositor AO REGIME MILITAR. Brasília: Jornal Nacional da Rede Globo, 03. jun. 2013. Disponível em: <<http://globoTV.globo.com/rede-globo/jornal-nacional/v/comissao-da-verdade-desmente-versao-oficial-de-suicidio-de-um-opositor-ao-regime-militar/2612891/>>. Acesso em: 24 jun. 2013. Vídeo disponível na internet.

COMISSÃO DA VERDADE: RUBENS PAIVA MORREU NO DOI-CODI. 04 fev. 2013. R7. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/comissao-da-verdade-rubens-paiva-morreu-no-doi-codi-04022013>>. Acesso em: 20 out. 2013.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE CONCLUI QUE EX-DEPUTADO RUBENS PAIVA FOI ASSASSINADO. Produção de Gioconda Brasil. Brasília: Jornal Nacional da Rede Globo, 04 fev. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/videos/t/edicoes/v/comissao-nacional-da-verdade-conclui-que-ex-deputado-rubens-paiva-foi-assassinado/2386570/>>. Acesso em: 11 mar. 2013. Vídeo disponível na internet.

CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR. Art. 48. Tradução de Carlos Augusto Oliveira e Márcio Freitas. 04 dez. 2004. Disponível em: <http://www.arco.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/6a-edicao/artigo-48-/>. Acesso em: 26 jun. 2013.

COSTA, Wilma Peres. *A espada de Dâmocles: o exército, a guerra do Paraguai e a crise do império*. São Paulo: Editora Hucitec, Editora Unicamp, 1996.

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. *A concepção de justiça de Hans Kelsen em face do positivismo relativista e do jusnaturalismo absolutista*. 2004. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

DALARI, Dalmo A. *A ditadura brasileira de 1964*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari_ditadura_brasileira_de_1964.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2013.

DALTRO, Ana Luiza. Só não falta tango e milonga. *Veja*. São Paulo, n. 15, p. 74, 11 abr. 2012.

DENNINGER, Erhard. ‘Security, Diversity, Solidarity’ Instead of ‘Freedom, Equality, Fraternity’. *Constellations*. United Kinddom, vol. 07, n.º 04, p. 507-521, 2000.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. 2013. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/crise>>. Acesso em: 12 out. 2013.

DICIONÁRIO MICHAELIS. 2013. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=crise>>. Acesso em: 12 out. 2013.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. A verdade e a justiça constituem finalidades do processo judicial? *Revista Sequencia*, n.º 55, p. 175-194, dez. 2007.

DURKHEIM, Émile. *O suicídio*. São Paulo, Martin Claret, 2008.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de J. L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____, Tércio Sampaio. Revisão para ficar tudo como está? *Folha de São Paulo*, São Paulo, 2 dez. 2006, Tendências e Debates. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0212200608.htm>>. Acesso em: 29 jun. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.

FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Rio de Janeiro: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GABEIRA, Fernando. *O que é isso companheiro?* 35. ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1988.

GALHARDO, Ricardo. Ditadura copiou o nazismo, diz irmão de vítima. *iG*. 02 mai. 2012. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2012-05-02/ditadura-copiou-nazismo-diz-irmao-de-vitima.html>>. Acesso em: 10 set. 2013.

GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2010, p. 159-222.

GARGARELLA, Rorberto. Introducción. In: GARGARELLA, Roberto (organizador). *Derechos y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999.

GIANNOTTI, Vito. *O Golpe de 64*: um golpe de direita, civil-militar. 7 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.piratinanga.org.br/artigos/2004/01/vito-golpe3.html>>. Acesso em: 07 out. 2013.

GRABER, Mark A. Counter-stories: maintaining and expanding civil liberties in wartime. TUSHNET, Mark (org.). *The constitution in wartime: beyond alarmism and complacency*. United States of America: Mark Tushnet editor, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973.

GUADALINI, Giuliano; OYAMA, Érico. Um plano de pouco brilho. *Veja*. São Paulo, n. 15, p. 70/73, 11 abr. 2012.

_____; SVERBERI, Benedito; BORSATO, Cíntia. O Brasil e a crise mundial. *Veja*. São Paulo, 4 mar. 2009. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/040309/p_082.shtml>. Acesso em: 27 ago. 2012.

GUERRA, Cláudio. *Memórias de uma guerra suja*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2012.

HABERT, Nadine. *A década de 70*: apogeu e crise da ditadura militar brasileira. 2ª ed. São Paulo: Ática S/A, 1994.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

HÉRCULES 56. Produção de Suzana Amado. Rio de Janeiro: A & A Produções Artísticas; Diálogo Comunicação, 2006. 1 dvd.

HOBBS, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HONESKO, Vitor Hugo Nicastro; HONESKO, Raquel Schlommer; BARBOSA, Tatiane Alves. O estado de exceção como causa da corrupção no sistema político-constitucional brasileiro. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, ano 9, n.º 17, janeiro-junho de 2006.

HORTA, Raul Machado. Unidade e dualidade na magistratura. *Revista de informação legislativa*, v.24, n.º 96, p. 179-188, out./dez. de 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/181814/1/000434306.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2013.

INDA, Andrés García. Cinco apuntes sobre derecho y postmodernidad. *Doxa*. N.º 24, ISSN 0214-8876, p. 235-248, 2001.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Cancio. *Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas*. 2ª ed., trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JELLINEK, Georg. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KAFKA, Franz. *Metamorfose*. Tradução de Brenno Silveira. 2. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Universal Popular, 1965.

_____. *O processo*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martins Claret, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. *O que é justiça*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Jurisdição constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KRIELE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LARENZ, Karl. *El derecho justo*. Madrid: Civitas, 1991.

LEMONS, Renato. *ditadura militar, violência política e anistia*. 23 jul. 2011. Disponível em: <http://www.lemp.historia.ufrj.br/imagens/textos/ditadura_militar_violencia_politica_e_anistia.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2013.

_____. *Por inspiração de Dona Tiburtina: o general Peri Bevilaqua no Superior Tribunal Militar*. 2001, p. 113 a 124. Disponível em: <academia.edu/attachments/3408309/download_file>. Acesso em: 29 jun. 2013.

LISBOA, Marcelo Moreno Gomes. *O conceito de democracia em Hans Kelsen*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

LOPEA, Cristiano. É a lama, é a lama. *Veja*, São Paulo, n. 52, p.107-107, 28 dez. 2011.

LOPES, Fernando. O que foi a “Disney Nazista”? *Yahoo*. 30 jul. 2013. Disponível em: <<http://br.noticias.yahoo.com/o-que-foi-disney-nazista-130200592.html>>. Acesso em: 09 ago. 2013.

LOPES, Margarida Vaqueiro. Conflitos no Rio de Janeiro já fizeram 26 mortos. *Econômico*. 25 nov. 2010. Disponível em: <http://economico.sapo.pt/noticias/conflitos-no-rio-de-janeiro-ja-fizeram-26-mortos_105345.html>. Acesso em: 11 ago. 2013.

LOWENTHAL, Abraham F. Prólogo. In: O’DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe C. *Transições do regime autoritário: primeiras conclusões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo de fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o CDC e o CCB/02. *Revista de direito do consumidor*. Vol. 51. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Estudos em Avaliação Educacional*. São Paulo, n.º 20, p. 183-202, novembro de 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentário à Constituição Brasileira de 1946 – Volume III*. 5.ed. São Paulo, Livraria Freitas Bastos S. A., 1954.

MIRANDA, Juliana Gomes. *A teoria da excepcionalidade administrativa: a juridicização do estado de necessidade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOTTA FILHO; Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. *Direito constitucional: teoria, jurisprudência e 1000 questões*. 15.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2009.

“NÃO COMEREI ATÉ QUE DEVOLVAM MINHA DIGNIDADE”, DIZ PRESO DE GUANTÁNAMO: Em fim de semana marcado por violência, polícia entra em confronto com detentos em greve de fome. *Opera mundi*. 15 abr. 2013. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/28381/nao+comerei+ate+que+devolvam+minha+dignidade+diz+preso+de+guantanamo.shtml>>. Acesso em: 02 mai. 2013. Vídeo na internet.

NASCIMENTO, Luciano. Ditadura militar violou direitos de 50 mil pessoas, diz Comissão Nacional da Verdade. *Agência Brasil*. 20 fev. 2013. Disponível em: <agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-02-25/ditadura-militar-violou-direitos-de-50-mil-pessoas-diz-comissao-nacional-da-verdade>. Acesso em: 07.03.2013.

_____. Rubens Paiva morreu no DOI-Codi, diz coordenador da Comissão Nacional da Verdade. 04 fev. 2013a. *Agência Brasil*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-02-04/rubens-paiva-morreu-no-doi-codi-diz-coordenador-da-comissao-nacional-da-verdade>>. Acesso em: 20 out. 2013.

NEVES, Antônio Castanheira. *Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

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

NOSTALGIA POR LA LUCE. Produzido e dirigido por Patricio Guzmán. França: Atacama Productions, 2010. 1 dvd.

O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe C. *Transições do regime autoritário: primeiras conclusões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

JUDICIÁRIO CHILENO PEDE DESCULPAS POR OMISSÃO DURANTE A DITADURA. 09 set. 2013. Disponível em: <<http://www.zedirceu.com.br/judiciario-chileno-pede-desculpas-por-omissao-durante-a-ditadura/>>. Acesso em: 14 out. 2013.

ONU CRITICA EUA POR VIOLAR DIREITOS HUMANOS EM GUANTÁNAMO: Além de criticar alimentação compulsória de grevistas de fome, entidade pediu que detentos recebam julgamento justo. *Opera mundi*. 02 mai. 2013. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/28672/onu+critica+eua+por+violar+direitos+humanos+em+guantanamo.shtml>>. Acesso em: 02 mai. 2013. Vídeo disponível na internet.

ORWELL, George. *1984*. Tradução de Wilson Velloso. 10. ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1977.

O SUICÍDIO DE CARLOS ALEXANDRE AZEVEDO E AS FERIDAS ABERTAS DA DITADURA MILITAR. Fev. 2013. Disponível em: <<http://revistaforum.com.br/blogdorovai/2013/02/18/o-suicidio-de-carlos-alexandre-azevedo-e-as-feridas-abertas-da-ditadura-militar/>>. Acesso em: 4 jul. 2013.

PAULA, Carlos Eduardo Artiga; ALMEDIA, Isabel Arice Koboldt. Princípio do estado de necessidade administrativo: concepção, fundamentos, justificativas e controle. In: CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes et. al. (orgs.). *Direito e Administração Pública*. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e Repressão - O Autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

ANDERSON, Perry. *As origens da pós-modernidade*. Tradução de Marcus Penche. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. The Rule of Law and the Underprivileged in Latin America: Introduction. In: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs.). *The (Un)Rule of Law and Underprivileged in Latin America*. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 1999.

POLI, Mariana dos Reis Andre Cruz. A evolução histórica do ministério público e as constituições brasileiras: Aspectos relevantes. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7977>. Acesso em 29. jun 2013.

POSNER, Richard A. *Not a suicide pact: the constitution in a time of national emergency*. New York: Oxford, 2006.

_____. *Para além do Direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Direito, pragmatismo e democracia*. São Paulo: Forense, 2010.

RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

_____. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REIS, Daniel Aarão Reis. *Ditadura militar, esquerda e sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in The Modern Democracies*. New Brunswick: Kindle Edition, 2002.

ROUSSO, Bruno. Exército bloqueia acessos ao Alemão e moradores temem a volta do “terror”. R7. 07 set. 2011. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias/exercito-bloqueia-acessos-ao-alemao-e-moradores-temem-a-volta-do-terror-20110907.html>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

ROUQUIÉ, Alain. *Estado militar na América Latina*. Tradução de Rita Cintra Ferraz. São Paulo: Editora Alfa-ômega, 1984.

_____. *América Latina: Introducción al extremo occidente*. Traducción de Rosa Ana Domínguez Cruz. Mexico: Siglo veintiuno editores, 1989.

RUDZIT, Gunther; NOGAMI, Otto. Segurança e Defesa Nacionais: conceitos básicos para uma análise. *Revista Brasileira de Política Internacional*. São Paulo, ano 53, p. 5-24, 2010.

SALEM, Suhaib. Rezando para que dê certo. *Veja*. São Paulo, n. 52, p.112-113, 28 dez. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SALGADO, Joaquim Carlos. Carl Schmitt e o Estado Democrático de Direito. In: SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. *O direito e a justiça - dupla face do pensamento kelseniano: uma abertura para discussão acerca do papel do conhecimento e da ciência*. 2010. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Judas Tadeu, São Paulo, 2010.

SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARMENTO, D. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L.; OLIVEIRA, F. (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-268.

SCABIN, Cláudia Silva. *O Supremo Tribunal Federal nos Anos do Regime Militar: uma visão do Ministro Victor Nunes Leal*. 2001. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=4>. Acesso em: 15 jun. 2012.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Sistema constitucional das crises*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2004.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *La Dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Traducción de José Díaz García. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

_____. *Legalidade e legitimidade*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Alexandre Garrido da. Direito, Correção normativa e a Institucionalização da Justiça. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n.º 1, ano 1, p. 331-346, jan/mar 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. Direito de crise na Constituição de 1988: o emprego do estado de déficit e do estado de sítio (estado democrático de direito excepcional). *Artigos Jurídicos*, 2002. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/alfredocanellas/estadodesalvaguarda.htm>>. Acesso em: 04 fev. 2013.

TELES, Edson. Entre justiça e violência: estado de exceção nas democracias do Brasil e da África do Sul. In: SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson (orgs.). *O que resta da ditadura*. São Paulo: Boitempo, 2010a.

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 (orgs.). *O que resta da ditadura*. São Paulo: Boitempo, 2010b.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*. Disponível em: <<http://www.amlj.com.br/anexos/article/118/O%20processo%20justo%20o%20juiz%20e%20seus%20poderes%20instrut%C3%B3rios%20na%20busca%20da%20verdade%20real.doc>>. Acesso em: 29 jun. 2013.

TURKIA, Mahmud. Três vezes Godzilla. *Veja*. São Paulo, n. 52, p. 128/129, 28 dez. 2011.

TZORTZINIS, Angeles. O ano do incêndio grego. *Veja*. São Paulo, n. 52, p. 134/135, 28 dez. 2011.

VALÉRIO, Otávio L. S. *A toga e a farda: O Supremo Tribunal Federal e o Regime Militar (1964-1969)*. 2010. 222 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

VÍDEO MOSTRA MOMENTOS DE PÂNICO EM SHOPPING NO QUÊNIA APÓS ATAQUE. 22 set. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/09/video-mostra-momentos-de-panico-em-shopping-no-kenia-apos-ataque.html>>. Acesso em: 01 out. 2013.

VIEIRA, José Ribas. *O autoritarismo e a ordem constitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Orgs.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2010.

WEBER, Max. Legitimacy, Politics and the State. In: Connolly, W. (org.). *Legitimacy and the State*. United States of America: Oxford, 1984.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: RT, 2003.