

A JUSTIÇA TRANSICIONAL E A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES OCORRIDOS NO REGIME MILITAR DIANTE DA RETROATIVIDADE NA APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE CARÁTER SUPRALEGAL*

THE TRANSITIONAL JUSTICE AND THE IMPRESCRITIBILITY OF THE CRIMES OCCURRED IN THE MILITARY REGIM IN FRONT THE RETROACTIVITY IN APPLICATION THE INTERNACIONAL TREATIES ONES TO SUPRALEGAL CHARACTER

**Abraão Soares dos Santos
Sarah de Castro Vasconcelos**

RESUMO

No ano em que se completa quarenta e cinco anos do golpe militar e a instauração do regime de exceção no País é um momento de se rever os conceitos e verificar a compreensão dos direitos e garantias fundamentais sob a ótica da Declaração Universal dos Direitos Humanos e questionar porque no Brasil se conhece os Direitos Humanos muito mais pelo seu descumprimento do que por sua efetividade. O enfrentamento de temas como a abertura dos documentos do período militar garantidos por meio do Habeas Data bem como a imprescritibilidade dos crimes cometidos estão na ordem do dia e ensejam o encontro das passadas, presentes e futuras gerações com sua história institucional, de modo a questionar o que somos e o que queremos ser. Uma sociedade que enfrenta seus percalços de formação e passa a admiti-los como pedagógicos. Do contrário, a ineficácia da justiça transicional procrastina ao máximo o fechamento de uma ferida e não se aprende com os equívocos. Disso resulta o risco de repetí-los sob uma nova roupagem igualmente autoritária.

PALAVRAS-CHAVES: SISTEMA JURÍDICO INTERNO E INTERNACIONAL – REGIME MILITAR –LEI DE ANISTIA – CRIMES IMPRESCRITÍVEIS - NOVA ORDEM POLÍTICA E JURÍDICA – JUSTIÇA TRANSICIONAL - SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS.

ABSTRACT

In the year where complete forty five years of the military blow and the instauration of the regimen of exception in the Country it is a moment of if reviewing the concepts and verifying the national understanding of the rights and basic guarantees under the optics of the Universal Declaration of the Human Rights and to question because if knowing the Human Rights much more for its no meet the expectations of what for its effectiveness. The confrontation of subjects as the opening of guaranteed documents of

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

the period by means of the Habeas Data as well as the imprescriptibility of the committed crimes is in the order of the day and tries the meeting of passed, the gifts and future generations with its institucional history in order to invalidate what we are and what we want to be. A society that faces its profits of formation and admits them as pedagogical. In opposite, the inefficacy of the transitional justice later to the maximum the closing of this wound and it does not learn with its mistakes, without if attempting against to the risk to repeat them under a new equally authoritarian form.

KEYWORDS: INTERNAL AND INTERNACIONAL LEGAL SYSTEM – MILITAR REGIM - AMNESTY LAW – JURIDICAL AND POLITICAL NEW ORDER – TRANSITIONAL JUSTICE - UPPERLEGAL OF HUMAN RIGHTS TREATY.

1 - INTRODUÇÃO

A permanente consolidação do Estado Democrático de Direito reclama da sociedade brasileira o encontro permanente com seu passado, revelado das sombras das instituições autoritárias implantadas pelo do *Golpe de 1964*. O legado dessas instituições é defender que a Lei de Anistia enseja a impunidade dos atos de seus agentes que, nesta qualidade, violaram de Direitos Humanos. Esses que por meio dos Atos Institucionais[1](AI's), de caráter supraconstitucional e não passível de controle pelo judiciário, se achavam legitimados para praticar perseguições, torturas, lesões corporais, atentado violento ao pudor, estupro e até mesmo decretar a morte daqueles estigmatizados como adversários do regime[2], sendo que não se sabe a verdade acerca desses dados, pois o que consta nos poucos documentos oficiais divulgados ainda é incompleto, mesmo com a garantia do direito personalíssimo a essas informações após o retorno da institucionalidade democrática (art. 5º, XXXIII, da Constituição da República de 1988) e a sua garantia por meio do *Habeas Data* (art. 5º, LXXII, da CR/88 e Lei 9.507/98), desdobrado do Mandado de Segurança.

Com efeito, direitos fundamentais insertos no sistema jurídico interno e internacional foram desrespeitados no período sob a justificativa de se tratar de uma ruptura institucional, ressaltando que a essa altura dos acontecimentos o Brasil já era signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos[3], desconsiderada diante da necessidade de legitimar os abusos cometidos sob os auspícios do Estado de exceção. Por isso, a importância do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental/ADPF nº 153-6/800, de relatoria do Ministro Eros Grau, na qual a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) questiona a aplicabilidade da Lei de Anistia, Lei Federal 6.683/79, aos agentes públicos à época responsáveis por atos atentatórios aos Direitos Humanos.

Dessa forma, torna-se necessária uma análise comparativa espacial e temporal dos aspectos normativos em um assunto sensível como o de Direitos Humanos e seu grau de observância por seus destinatários. Esse é o verdadeiro marco do retorno da democracia no País, o qual exige um esforço cotidiano de cada indivíduo reconhecido intersubjetivamente como partícipe no fortalecimento das instituições consagradas por eles mesmos no Texto Constitucional e que, apesar dos percalços contingenciais, são indispensáveis na formação legítima de uma consciência nacional ao longo de duas décadas de sua promulgação.

2 - A RUPTURA INSTITUCIONAL DIANTE DA IMPLANTAÇÃO DO REGIME DITATORIAL PELO DO GOLPE DE 1964

O Golpe Militar ocorrido em 1964 revelou-se um misto de acontecimentos entre 31 de março e 09 de abril com a edição, por Castelo Branco, do primeiro Ato Institucional, acarretando na efetivação do que seria mais uma ditadura brasileira. Nesse primeiro Ato Institucional, o general do exército Artur da Costa e Silva, o tenente-brigadeiro Francisco de Assis Correia de Melo e o vice-almirante Augusto Hamann Rademaker Grünewald[4] assinaram a suspensão por dez anos dos direitos políticos de alguns cidadãos até então opositores ao regime, prevendo ainda a eleição indireta do Presidente da República e a suspensão da Constituição democrática de 1946 por seis meses. Desse modo todas as garantias constitucionais foram deixadas de lado e estava aberta a temporada de ameaças de cassações, prisões, enquadramento como subversivos e eventuais expulsões do país.

Com a divulgação da lista dos cassados foram incluindo quarenta dos mais importantes políticos, dentre eles [João Goulart](#) e [Jânio Quadros](#), esse ex-Presidente da República e aquele Presidente da República em exercício no período; [Luís Carlos Prestes](#) – secretário-geral do proscrito [Partido Comunista Brasileiro](#) (PCB); [Miguel Arraes](#) – governador deposto de [Pernambuco](#); [Leonel Brizola](#) – deputado federal e ex-governador do [Rio Grande do Sul](#); [Plínio de Arruda Sampaio](#) – deputado federal e relator do projeto de [Reforma Agrária](#); [Osni Duarte Pereira](#) – desembargador; [Celso Furtado](#) – economista; [Josué de Castro](#) – embaixador; [Abelardo Jurema](#) – ministro deposto da Justiça; [Almino Afonso](#) – ex-ministro do Trabalho e Juscelino Kubitschek.

Em outubro do mesmo ano caducou o Ato Institucional 01, sendo atingidas 4.454 pessoas das quais 2.757 eram militares. Esse ano terminou com um índice de 20 mortos, sendo 9 suicídios, além de 203 denúncias de torturas[5].

Com efeito, o segundo Ato Institucional[6] foi baixado em 27 de outubro de 1965 e esteve vigente até 15 de março de 1967 quando foi substituído pela Constituição autoritária de 1967 e pela Lei de Segurança Nacional (7.170/83). O motivo da edição deste segundo ato supraconstitucional é o fato de que a Constituição de 1946 não ser compatível com o Regime de Exceção que se instaurava. Nota-se que o Presidente da República necessitava de mais poderes para aprovar leis e exercer atos sem maiores controles[7]. A partir de então, enfraqueceu o Supremo Tribunal Federal, ao aposentar compulsoriamente membros, aumentou o número de ministros de onze para dezesseis, de modo a garantir uma maioria de ministros aliados ao novel Regime. A Justiça Ordinária se subordinava à Justiça Revolucionária a partir do momento em que civis poderiam ser presos e processados por crimes contra a segurança nacional.

A extinção do pluripartidarismo e a criação de apenas dois partidos políticos; um a favor do regime, a ARENA – Aliança Renovadora Nacional, hoje Democratas (ex-PFL); e outro de oposição, o MDB – Movimento Democrático Brasileiro, hoje PMDB, PSB e PSDB. Desse modo, Castello torna indireta a eleição para seu sucessor e transfere o poder de eleger o presidente ao Congresso Nacional. Ainda, reabriu-se “o ciclo punitivo

extinto em 1964”[8], de modo que os crimes políticos se tornaram matéria da Justiça Militar.

Ao prosseguir a busca de legitimação do Regime, o Presidente Castello Branco, decreta o Ato Institucional 03[9] onde fica expresso que a eleição de governadores e vice-governadores seria indireta, executada por colégio eleitoral estadual e que haveria a nomeação pelos governadores dos prefeitos das capitais e cidades de segurança nacional, que deixaram de ser eleitos para serem indicados.

Outrossim, o Ato Institucional 04[10], outorgado em 07 de dezembro de 1966,

Castello convocou o Congresso Nacional para a votação do projeto de Constituição que acabaria, definitivamente, com a Constituição de 1946. Logo, teve-se outorgada a sexta Constituição no “período Republicano”, do ano de 1967. Nota-se que embora tenha sido votada pelo Congresso Nacional, órgão tradicional do Poder Constituinte Derivado, não se pode denominar essa constituição como promulgada. Tal Constituição já delegava grandes poderes ao Presidente da República. Ainda não satisfeitos, no ano de 1969 o Regime baixou a Emenda Constitucional nº 01, reformulando quase que totalmente a Constituição de 1967, tornando ainda maiores os poderes do Presidente e centralizando o poder em suas mãos.

Por fim, em 13 de dezembro de 1968 decretou-se o Ato Institucional 05[11], considerado o mais rígido e abusivo em termos de infração aos Direitos Humanos. Emitido pelo regime militar brasileiro em que a imprensa foi censurada e centenas de pessoas presas, incluindo o Juscelino Kubitschek, Lacerda, Caetano Veloso e Gilberto Gil. Até mesmo garantias básicas como o *habeas corpus* foi suspenso para os denominados crimes políticos, como também qualquer possibilidade de reuniões de caráter político.

Não obstante, nota-se que a efervescência política e cultural no mundo neste período reflete até hoje na formação social do País, conforme explicita Waldo Silva:

1968 catalisa um processo histórico, no qual a aceleração dos ritmos, ao imprimir uma intensa velocidade ao tempo histórico, e proporcionar mudanças profundas na ordem social, esboçou uma antecipação do futuro. No tempo histórico não prevalece a medida “cronológica”; ele não pode ser medido pelo curso dos ponteiros de um relógio, ou pela trajetória dos planetas em torno dos sol, ou pelo ciclo das estações. O tempo histórico é dado pelos ritmos que se impõem aos homens. O poeta grego Arquíloco sentenciava: “*Antes de mais nada é preciso saber a que ritmos estão submetidos os homens.*” Assim, são os ritmos que contêm o tempo histórico e não a duração cronológica dos fatos. É possível dizer que à nenhuma outra geração na história o tempo impôs ritmos tão acelerados, quanto os que submeteram as décadas 1960/1970. Neste período, experimentou-se uma relação com a liberdade, mais intensa e profunda que em qualquer outro momento da história humana. Romperam-se preconceitos, inventaram-se ideias, experimentou-se novos laços entre os indivíduos, romperam-se hábitos, comportamentos, mudanças se processaram na cultura, na política, na economia, etc.

Enfim, muitas sociedades foram submetidas a um impulso revolucionário inusitado, resultando numa profunda mudança da ordem social e política[12].

Importante resgatar que o processo de mutações, engajado nos anos 1950, acentua-se nos anos 1960, expresso na radicalização das lutas populares, e sofre uma descontinuidade com o golpe militar de 1964. Sob tração de circunstâncias internas e externas, nos anos subsequentes, as mutações desaguardam, como uma torrente, numa intensa politização entre intelectuais, artistas, religiosos, etc; catalisada por uma mobilização dos estudantes (universitários por razões que virão em seguida), que encontrou na luta contra a ditadura militar e o eixo em torno do qual fez pivotar suas formas de luta, portadoras de uma expectativa revolucionária acentuada e crescente.

Criava-se, assim, uma situação singular: o golpe militar procurava se apresentar com um discurso modernizador (e de fato tentaria sê-lo no governo do general Ernesto Geisel), mas tinha como tarefa histórica travar o processo de construção nacional, que vinha sendo tracionado pelo desenvolvimentismo do período Vargas, que apontava na direção da independência econômica e da emancipação da classe operária, com o discurso do trabalhismo. Destarte, como em todo processo de crescimento e modernização, as mudanças no sistema produtivo, iniciadas nos anos 1950, deixaram como herança um impulso revolucionário; portanto, frear, ou reduzir ao máximo os efeitos deste turbilhão mutante, era a principal tarefa histórica do golpe militar de 1964, em particular impedindo a reforma do setor agrário, que, ao romper com as formas de propriedade da terra, tornaria possível uma política agrícola capaz de mergulhar o Brasil numa etapa de desenvolvimento econômico acelerado, libertando as forças produtivas para acentuar a acumulação de capital na indústria.

Do ponto de vista filosófico, Waldo Silva afirma que o golpe militar foi a expressão mais aguda do confronto entre o velho e o novo, confronto que se havia engajado desde o início dos anos 1930 - embate entre a velha estrutura da produção agroexportadora e a indústria nascente -, e que, interrompido em 1945, foi retomado nos anos 1950, em um período de profundas transformações na ordem econômica e social mundial, em que floresciam novas contradições no interior do capitalismo, através da aceleração de rupturas e mutações no plano tecnológico - que acompanharam a consolidação da hegemonia do capital monopolista[13]. O golpe de 1964 estava, então, estrangido pela composição de sua base social e pelos interesses que representava (suas circunstâncias), a compor a face retardatária deste confronto; e, incapaz de enfrentar a luta política, e barrar o impulso nascido com o projeto “varguista”, impôs a violência como método para frear a mudança. Contribuiu para transformar a violência em elemento definitivo da conjuntura política do período, e tornou mais elevado o preço pago pelos brasileiros.

Portanto, o governo militar forneceu as circunstâncias necessárias à radicalização da luta política. No final de 1960 esta radicalização atingiu seu limite extremo, estreitando as vias da luta institucional e abrindo caminho para o recurso crescente ao uso da violência. Opção que não correspondia ao grau de evolução das contradições da sociedade brasileira, elemento imprescindível para que as massas populares se tornem atores de uma etapa revolucionária. Portanto, o uso da violência foi abortado pela ditadura militar; não que ela fosse evitável, entretanto, foi precipitada pelas

circunstâncias. O processo histórico brasileiro caminhava para o confronto, mas o recurso às armas na resistência contra a obstrução do processo histórico, foi precipitado por uma conjuntura revolucionária, gerada no interior do capitalismo pela aceleração do desenvolvimento das forças produtivas, e pela prática da violência pela ditadura militar.

Entretanto, o extraordinário florescimento da produção intelectual, das artes, do cinema, da música, do teatro, da cultura popular, etc, - desdobramentos do processo de crescimento/modernização do período “varguista” - foi suficiente para fertilizar o terreno onde proliferou, além das mudanças profundas no comportamento, a contestação política, catalisada pela luta contra a ditadura militar, que, em seguida, empurrou os setores organizados da sociedade à opção pela luta armada, principalmente após o recrudescimento do Regime após o AI-5.

A produção intelectual, a música, o teatro, o cinema, as artes e a cultura, entre outros, foram elementos endógenos que contribuíram para acender a consciência crítica, que passou a se expressar como contestação ao governo militar; foram elementos circunstanciais, que, aliados aos elementos estruturais acima destacados, tornaram-se suficientes para bater uma estreita relação entre os movimentos estudantis, os intelectuais, artistas, setores religiosos, profissionais liberais e feminista, setores que forneceram as bases sociais dos ventos mutantes que se dirigiram para 1968. Reitere-se, ventos que sopravam dos escombros do projeto “varguista”, cuja continuidade foi interrompida pelo golpe militar, e da profunda revolução tecnológica.

Com a abertura do Regime Militar, a partir da segunda metade da década de 1970, em que se tem o advento da Lei de Anistia, a Lei Federal 6.683/79, de caráter amplo, geral e irrestrito para aqueles que sofreram a repressão e tentaram reagir contra o regime opressor. No entanto, nunca se questionou formalmente sua aplicação bilateral, ou seja, tanto para as vítimas, quanto para os algozes.

Interessante que numa recém-liberada ata de uma reunião secreta do Conselho de Segurança Nacional (CSN), órgão meramente homologador das decisões da cúpula militar, em que se discutia a Lei de Anistia, o próprio Presidente Ernesto Geisel, considerado como um dos idealizadores da abertura política, dizia que “A anistia é inoportuna, porque eles continuam a conspirar; eles continuam a querer subverter, continuam a agitar”^[14]. Além disso a ata demonstra o temor dos Militares em rever decisões praticadas com arbítrio dos atos de exceção e que a proposta de anistia do regime não fosse modificada pelo Congresso Nacional, que por sua vez, efetivamente, permaneceu intacta, tendo em vista a maioria no legislativo.

3 - A UTILIZAÇÃO DA TORTURA PELA REPRESSÃO E A DESCONSIDERAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: O ESTADO “SEM DIREITO”

Os agentes públicos dos órgãos oficiais que praticavam métodos de tortura recebiam treinamento e tinham, para isso, cobaias que ajudavam a explanar a teoria ensinada. Essas cobaias eram os próprios presos políticos que relataram minuciosamente a forma

como eram tratados[15]. De acordo com os depoimentos, o professor era o tenente Ayton, que ensinava sobre torturas com demonstrações práticas por meio de slides e *Know How*. Entre outros, um dos maiores torturadores dos “Anos de Chumbo” foi Marcelo Paixão de Araújo, com mais de 20 (vinte) processos de denúncias de tortura e 30 vítimas confessadas na entrevista realizada à revista *Veja*[16]. Em um tom sádico e com alterações no seu estado de humor, Marcelo admitiu ter torturado por considerar que era o correto a se fazer e não porque o obrigavam.

Dentre vários instrumentos utilizados pelos torturadores para a prática dos abusos estava o *pau-de-arara*[17], que quase nunca era usado de forma isolada, sendo cumulado com eletrochoques, palmatórias e afogamento. O *eletro choque*, que consistia em dois fios longos ligados nos órgãos sexuais, ouvidos, dentes ou língua onde os torturados recebiam descargas de choques elétricos. Marcelo Paixão[18] indica ainda, que esses choques eram dados por um telefone de baixa amperagem e alta voltagem. “O que não se pode fazer é deixar a corrente passar pelo coração. Aí mata”[19]. Havia, ainda, a *Pimentinha* e *Dobradores de tensão*, *Afogamento*, *Cadeira do Dragão*, *Geladeira*, *Insetos e animais*, *Produtos Químicos*, *Lesões Físicas* e outros métodos e instrumentos de tortura[20] como a um equipamento de esticamento, torturas psicológicas intercaladas com choques elétricos, a posição *Cristo Redentor*, que “desarticulava a musculatura e os rins”[21], imersão em um tambor de gasolina cheio d’água com a boca aberta e inúmeros outros que são citados no livro *Brasil: Nunca Mais*.

No Brasil as torturas não se diferenciavam pela idade, sexo ou situação moral, psíquica ou física dos suspeitos. A intenção não era apenas de “marcar” o corpo das vítimas e fazê-las sentir uma dor quase insuportável a ponto de declararem um discurso que favorecesse o sistema repressivo, mas as torturas visavam a destruição moral da vítima, por meio de uma ruptura dos limites emocionais que cercavam as relações efetivas de parentesco. Desse modo, “crianças foram sacrificadas diante dos pais, mulheres grávidas tiveram seus filhos abortados, esposas sofreram para incriminar seus maridos”[22].

Segundo o artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. Mesmo o país sendo signatário deste tratado, durante os vinte anos de ditadura, este artigo foi ignorado pelos militares responsáveis pelo Regime Militar. Era como se o Direito Internacional não atuasse num oásis que se permite atrocidades em nome de um determinado ideário.

Sendo assim, foram sacrificados direitos e garantias fundamentais na obtenção de declarações que incriminassem os “inimigos do Regime”. Na cartilha oficial dos generais no Poder, Golbery pontificou que, quando a segurança é ameaçada, fica justificado “o sacrifício do Bem-Estar que [...] é o sacrifício também da liberdade, das garantias constitucionais, dos direitos da pessoa humana”[23]. Fica assim demonstrado que ao “rasgar” a Constituição, depor um Presidente da República eleito de forma legítima, fechar o Congresso Nacional, caçar deputados e manifestantes de modo a suspender-lhes direitos e garantias, prendendo-os, torturando-os e assassinando-os em nome da pavimentação de uma “democracia tutelada” simboliza exatamente o contrário do que os militares justifique que estavam protegendo.

Foram denunciados mais de 280 torturadores dos quais, aproximadamente, 88% eram homens e apenas 12% mulheres. Durante a ditadura houve 7.367 nomes de pessoas indicadas como torturadoras, levando em conta os autores que repetiram nomes de pessoas já denunciadas. Dividindo esses números por época cronológica tem-se que entre 1964 e 1966 (governo de Castello Branco) foram citados 2.127 nomes de cidadãos e em 1969 e 1974 (governo de Garrastazu Médici) registraram-se 4.460 denunciados, “coincidentemente”, durante a vigência do AI-5, decretado em 13 de dezembro de 1968.

4 - O DESRESPEITO AO DIREITO INTERNO E INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E A SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS

É cediço que o Direito Internacional considera a tortura crime contra a humanidade, imprescritível e passível de punição pelo Judiciário de qualquer país. Frente ao regime de terror que ocorreu no período da 2ª Grande Guerra Mundial, surge a necessidade de determinação “dos direitos humanos, como paradigmas e referencial ético a orientar a ordem internacional. Diante da ruptura, há a necessidade de reconstrução.”[\[24\]](#)

Verifica-se que ainda no preâmbulo da Constituição da República de 1988, houve a consagração da preocupação com a tutela aos Direitos Humanos, sendo este, um marco na transição entre a repressão e a democracia. Tem-se a partir de então, a legitimação de direitos que são alicerces para um Estado Democrático de Direito. Para tanto, necessita-se focalizar critérios como os “direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”, de modo a estabelecer o encontro entre o princípio deste Estado e os direitos fundamentais, constituindo estes, elementos básicos para a concretização de princípio democrático.[\[25\]](#)

Os direitos humanos internacionais têm um papel muito importante nos direitos humanos nacionalmente consagrados, uma vez que aqueles completam e inovam direitos, até então, não constantes no ordenamento jurídico interno. Ademais, os direitos humanos internacionais estabelecem parâmetros protetivos mínimos acerca dos direitos que devem constar no ordenamento jurídico de cada país, enfatizando a defesa da dignidade da pessoa humana e estabelecendo uma “instância internacional de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais mostram-se falhas ou omissas.”[\[26\]](#)

Quanto à universalidade dos Direitos Humanos, cabe ao Estado observar rigorosa e criteriosamente os instrumentos internacionais de direitos humanos que compõem vínculo jurídico com o Estado brasileiro, bem como aferir visibilidade aos tratados assinados pelo país, por meio de campanhas de divulgação. Dessa forma, almeja-se esclarecer quais os compromissos assumidos pelo Estado frente à proteção e promoção desses direitos. Nesse âmbito, a responsabilidade do Estado embasa-se na extensão da cidadania e no desafio de se fazer cumprir as obrigações internacionais assumidas, em

se tratando de direitos humanos advindos dos Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

A tarefa crucial do Estado está em se repensar e re-imaginar a atuação estatal, sob uma nova ótica lógica referencial, quebrando paradigmas e consolidando a cidadania. Nesse sentido, importa resgatar que de sobremodo, no Estado Democrático de direito o público não existe sem o privado; ele precisa do privado (garantia de cidadania e integridade do direito). De outro lado, o privado sem o público é egoísmo; por isso também necessita da dimensão pública. Podem ser aparentemente contrários, no entanto, no caso concreto, não são contraditórios, mas complementares. Segundo a teoria procedimentalista da democracia na qual o direito positivo, por depender das resoluções adotadas por um legislador, tem que distinguir, na autonomia das pessoas jurídicas, uma autonomia privada e uma pública, as quais se encontram numa relação complementar, permitindo que os destinatários do direito estabelecido possam entender-se, ao mesmo tempo, como autores que criam o direito.

Por sua vez, a democracia não é um ente absoluto, abstrato e muito menos um simples dispositivo de técnica jurídica sobre como colocar em vigor textos de normas; não é, portanto, apenas uma estrutura (legislatória) de textos, o que vale essencialmente também para o Estado de Direito. Não é tão-somente “status activus” democrático.

Nesse sentido, ao criticar o conceito de legitimidade de Weber, por estar condicionado às convenções sociais ligadas ao carisma, à tradição e à legalidade, Habermas indica o esvaziamento da normatividade da representação por Weber, pelo fato de este não haver entendido o sentido no qual o representante deve atuar em benefício dos representados, para simplesmente existir enquanto forma de legitimação.

A democracia é dotada de idealidades e passível de críticas, refutações em que cada inclusão pressupõe uma exclusão. Eis a modernidade da modernidade, na qual se consegue ver os erros e busca-se controlá-los, tendo em vista que cada vez que se lançam luzes em algo também se produzem sombras.

Desse modo, na história recente do constitucionalismo, principalmente no período de descolonização do pós-guerra, vê-se a tentativa de alguns doutrinadores de criar uma classe específica de estudo e compreensão, concebendo a existência de um divórcio entre a conhecida manifestação da prática constitucional e o Texto Constitucional na vida cotidiana de comunidades políticas, onde não se originou, tradicionalmente, o constitucionalismo moderno.

Desta forma, Karl Loewenstein propõe uma metodologia ontológica na classificação das Constituições ao levar em consideração a função da Constituição escrita e a realidade sociopolítica dos Estados vindo a diferenciá-los, seu caráter normativo, nominal e semântico, partindo do pressuposto de que uma Constituição não funciona por si mesma, uma vez que fora adotada por um povo. Em seu aspecto normativo, o autor aponta que, quando se aplica sem uma prévia educação política uma democracia plenamente articulada com um Estado recém-liberado de uma autocracia tradicional e de tutela colonial, os riscos são iminentes. Ele expõe que para ser uma Constituição normativa deve ser efetivamente vivida pelos destinatários e detentores do poder, pois necessita de um ambiente nacional favorável para sua realização.

Ao classificar a Constituição nominal, Loewenstein entende que os pressupostos sociais e econômicos existentes - por exemplo, a ausência de uma educação geral e, em particular, de uma educação política, a inexistência de uma classe média independente e outros fatores - atuam contra a concordância absoluta entre as normas constitucionais e as exigências do processo de poder. A situação, de fato, impede a completa integração das normas constitucionais com a dinâmica da vida política, “provavelmente a decisão política que conduziu a promulgação deste tipo de Constituição foi prematura.”

O caráter semântico da Constituição é ressaltado como a formalização existente de uma situação em que o poder político está em benefício exclusivo dos detentores dos poderes fáticos, que dispõem do aparato coativo do Estado. A conformação do poder está congelada em benefício desses detentores, independente de que sejam pessoas individuais (ditadores), uma junta, um comitê, uma assembléia ou um partido político. Entrementes, a Constituição semântica, em vez de servir de limitação ao poder, é instrumento de estabilização e eternização da intervenção dos dominadores fáticos no poder político do Estado.

Por sua vez, ao trabalhar o ultrapassado conceito de Constituições de “Terceiro Mundo”, Paolo Biscaretti de Ruffia destacava um ciclo próprio para estas como sendo a segunda fase do constitucionalismo (Estado Social). Para o autor, os estados de colonização recente geralmente copiavam as normas da democracia clássica, revisitando, sem embargo, um valor de caráter formal, posto que nestes países a realidade da vida constitucional é necessariamente muito diversa das disposições escritas, requerendo assim uma investigação extrajurídica dos ambientes que deformam sua estrutura e funcionamento. Assim, este tipo de Constituição, que, embora acolhesse formalmente as aspirações de justiça daquela determinada comunidade, portadora assim de legitimidade, não seria capaz de reger as relações por ela reguladas, dada sua difícil realidade econômica e social, muito distante da sonhada por todos, deixando de trazer a verdadeira efetividade.

Tal temática, hoje, é combatida de maneira incisiva, a ponto de se ver nesses posicionamentos verdadeiros postulados não meramente explicativos, mas justificativos da ordem excludente e dominante, de caráter eternizante de tais práticas políticas e jurídicas. Nesse sentido, Carvalho Netto demonstra tal fato como emblemático na história política do Brasil, ao expor que Oliveira Viana já qualificara a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 de “idealista”. Para ele, era preciso recuperar nossa própria Constituição, a oriunda da tradição escravocrata, estamental e politicamente centralista.

Considerado como elemento ideológico e agregador da elite imperial, a educação superior era um diferencial na influência institucional do Império que ora pendia para a República americana, ora para a Monarquia européia. Os membros dessa elite sempre apregoavam a necessidade da tutela aos ainda não iniciados, de forma a continuar a manter a ordem de privilégios, recorrendo, invariavelmente, a qualificações maniqueístas. Neste sentido, tem-se em Paulino José Soares de Souza, o Visconde do Uruguai, o retrato desse contexto, ao expor em seus escritos de 1862:

A Inglaterra é um país no qual as reformas encontram mais obstáculos para prevalecerem. Acontecem ali o contrário do que em outras nações nas quais o espírito das leis é mais liberal do que o espírito dos homens. E as reformas lentas e tardias que os ingleses preferem têm um grande vantagem. São as próprias para remover o mal, e uma vez feitas ficam assentadas sólida e definitivamente. Estou convencido de que as nossas instituições administrativas requerem, sobre muitos pontos, sem alteração de bases constitucionais <é de lembrar que a constituição imperial de 1824 não citava uma palavra sequer sobre o regime escravocrata>, desenvolvimento e melhoramentos consideráveis, preenchidas muitas lacunas que apresentam. Creio que, pela escassez de estudos e de conhecimento administrativos, não está uma grande parte de nossa população em estado de formar uma opinião conscienciosa sobre quaisquer reformas que sejam intentadas. É preciso primeiro que tudo estudar e conhecer bem as nossas instituições, e fixar bem as causas porque não funcionam, ou porque funcionam mal e imperfeitamente[27].

De fato, ao problematizar esses marcos do constitucionalismo, verifica-se que na dicotomia real - ideal vivenciam-se conteúdos idealizantes o tempo inteiro, Logo, por mais paradoxal que pareça, o Brasil teve um Estado Liberal em pleno modelo de exploração escravocrata. Da mesma forma, teve um Estado Social em pleno Estado Novo, muito embora nas condições mais cruéis possíveis. Assim, o não liberalismo brasileiro foi, paradoxalmente, o liberalismo e o não Estado Social autoritário foi Estado Social. Hoje, vive-se a herança de suas mazelas, inclusive entre aqueles que, ao não reportarem a essa história institucional, defendem, por ingenuidade ou má-fé, o mesmo fundamento “brasileiro” de Oliveira Viana, no tocante ao impacto da adoção contemporânea da teoria procedimentalista da democracia de Jürgen Habermas no Brasil.

Desse modo, sendo o modelo de exercício de poder e o da elaboração normativa submetidos à soberania popular e aos conteúdos do Poder Executivo, em desacordo com a formulação quase consensual da teoria política, deve-se sustentar que a ideologia e o programa político delineados pelo Regime Militar de 1964 não são anti-estatistas nem conduzem ao primado do mercado. Ao contrário, sua lógica implícita, eminentemente política, caracterizar-se-ia pela imposição autoritária da vontade do Poder Executivo sobre as demais formas de representação política, especialmente pela anulação da sociedade civil.

Assim, fica evidente que o direito interno à época dos fatos não eram suficientes para resguardar os direitos fundamentais, pois

O código jurídico está subordinado ao código político, o direito está subordinado à economia, o Estado está subordinado à atividade econômica – com as conseqüências já insinuadas para os economicamente fracos, quer dizer, para a maior parte da população[28].

Isso se deve ao fato de que no Estado de Direito, em que o sistema jurídico tem por função fornecer respostas normativas ao problema da política, esta opera num patamar

de complexidade elevada e indeterminada, enquanto aquele atua num quadro de complexidade já reduzida e determinada por seus limites estruturais fundantes.

Tal circunstância se faz lembrar que, mesmo não possuindo como parâmetro a Constituição de 1988, à época dos fatos o Brasil era signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, desde a adesão pelo Brasil do Tratado que admite a jurisdição da Corte Americana de Direitos Humanos, sua posição firmada é no sentido da nulidade de toda e qualquer auto-anistia criminal do governante.

Importa salientar que o art. 11, da Convenção de Havana de 1928 é categórico ao expressar que a alteração do direito interno em nada desobriga o país com suas avenças em âmbito internacional. Logo, não há que se falar na inaplicabilidade dos tratados internacionais. Com base nesses fundamentos a Ordem dos Advogados do Brasil propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, requerendo que o Supremo Tribunal Federal conceda interpretação conforme a Constituição para excluir do âmbito do art. 1º, da Lei de Anistia, Lei 6.683/79, sua incidência para agentes públicos que cometeram crimes comuns praticados contra opositores do Regime.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal em recente decisão no Recurso Extraordinário nº 466.343 estabeleceu que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem “status” normativo supralegal, tornando inaplicável toda legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação (HC 90.192, Relator Ministro Gilmar Mendes, 05.06.2007), conforme expõe Mazuolli:

Em 3 de dezembro de 2008, o Min. Celso de Mello, no *RE* 466.343-SP, onde se questionava a impossibilidade da prisão civil pela aplicação do Pacto de San José, modificou radicalmente sua opinião anterior (tal como expressa no despacho monocrático do *HC* 77.631-5/SC, publicado no *DJU* 158-E, de 19.08.1998, Seção I, p. 35), para aceitar esta tese acima exposta, segundo a qual os tratados de direitos humanos têm índole e nível de normas constitucionais no Brasil.^[02] Mas a maioria dos Ministros não acompanhou tal posição (que adotamos como correta), para acompanhar o Voto-vista do Min. Gilmar Mendes, que alocou tais tratados de direitos humanos no nível *supralegal* (abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional). Assim, no julgamento (histórico) do dia 3 de dezembro de 2008 prevaleceu no Supremo Tribunal Federal o voto do Min. Gilmar Mendes (por cinco votos a quatro), ficando afastado (pelo menos por enquanto) o posicionamento do Min. Celso de Mello, que reconhecia valor constitucional a tais tratados. Como se percebe (e, sob esse aspecto, só temos o que comemorar), o STF não mais adota a equiparação dos tratados de direitos humanos às leis ordinárias. Porém, ainda que os tratados de direitos humanos tenham minimamente (voto do Min. Gilmar Mendes) nível *supralegal* no Brasil [...].[\[29\]](#)

Desse modo, estar-se-á abrindo o caminho para o preenchimento de mais um requisito essencial à Justiça Transicional, formada pela busca da *verdade*, pela *reparação* às vítimas e a necessária e pedagógica *responsabilização* dos agentes públicos. Nesse último, o esquecimento aparentemente conciliatório pode cobrar um alto preço: a

possibilidade do retorno de um regime de exceção que após as atrocidades, se auto-imuniza.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com fundamentos nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as leis de auto-anistia dos países latino-americanos que passaram por regimes ditatoriais estão sendo revistas, principalmente diante da atuação das comissões do “Direito à Verdade”, como a pioneira Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas, na Argentina.

No Brasil o debate ainda é incipiente. Até mesmo especialistas na matéria ainda não se deram conta da atual orientação do Supremo Tribunal Federal sobre o *status* normativo de supralegalidade dos tratados de Direitos Humanos.

Com efeito, tais tratados, mesmo não aprovados semelhante às emendas constitucionais (art. 5º, parágrafo 3º, da Constituição da República), ainda assim tornam inaplicável a legislação infraconstitucional, anterior ou posterior, com ele conflitante. Logo, tem-se que a sociedade brasileira, diante da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 está prestes a ter sua lei de anistia abrindo o caminho para a responsabilização dos violadores dos Direitos Humanos, descortinando assim as mazelas de sua história institucional que não pode nem deve ser esquecida. É olhando para o passado que se aprenderá a caminhar no futuro.

6 – REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ARNS, D. Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais*, Petrópolis – RJ: Editora Vozes, 1985.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 8 ed., Trad.: Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Paz e terra, 2000;

DREIFUSS, René Armand. *1964: A conquistada do Estado. Ação política, poder e golpe de classe*. Trad. : Ayeska Branca de Oliveira Farias e outros. Petrópolis: Vozes, 1981.

GASPARI, Élio. *A Ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. *A Ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Surkamp Verlag, 1993.

HAMBLOCH, Ernest. *Sua majestade o Presidente da República*. Tradução: Lêda Boechat Brasília: Senado Federal, 2000;

MULLER, Friedrich. *Quem é o povo*. São Paulo: Max Limonard, 2001.

OLTRAMARI, Alexandre. *Torturei Uns Trinta*, http://veja.abril.com.br/091298/p_044.html, acesso em 30/03/2009.

PELLET, Alain; **DAILLIER**, Patrick. *Droit international public*. 7 ed., Paris: LGDJ;

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional*. 8ª Ed. ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonard, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006;

_____. *Crise e desafios da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004;

SANTOS, Abraão Soares; **GOMES**, Fernando Alves. *Direito Constitucional*. Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

STARLING, Heloisa Maria Murgel. *Os senhores das gerais: os novos inconfidentes e o golpe de 1964*. Petrópolis: Vozes, 1986;

SILVA, Waldo. 1968: O futuro Dura um Longo Tempo. Belo Horizonte, 2009 (no prelo).

URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

[1] **GASPARI**, Élio. *A Ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, pp. 382. De acordo com o autor, no dia 31 de março “o general Mourão Filho decide rebelar-se”. A partir de então tem-se a instauração da ditadura militar que, no entanto, só começa a surtir efeitos quando o primeiro AI foi baixado, cassando 40 mandatos e fazendo com que João Goulart se exilasse no Uruguai.

[2] Nos processos pesquisados para a elaboração do *Projeto de Pesquisa BRASIL: NUNCA MAIS* foi constatado, nos próprios autos, o testemunho de pessoas encarceradas que presenciaram a morte de outros presos políticos por motivo de tortura. A partir de então, alega-se a possibilidade de outras mortes terem decorrido das torturas, como os “desaparecidos” ou os declarados mortos em “tiroteio” com os militares. De fato, não se deve afirmar tais alegações, pois não consta nos documentos oficiais, o que não nos

impede a reflexão do assunto. (ARNS, D. Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais*, Petrópolis – RJ: Editora Vozes, 1985, pp. 247-259)

[3] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional*. 8ª Ed. ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

[4] *Ato Institucional Número Um*, http://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_Institucional_N%C3%BAmero_Um, acesso em 08/04/2009.

[5] GASPARI, Élio. *A Ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, pp. 382. Dados informados pelo autor.

[6] *Ato Institucional Número Dois*, http://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_Institucional_N%C3%BAmero_Dois, acesso em 08/04/2009.

[7] HAMBLOCH, Ernest. *Sua majestade o Presidente da República do Brasil*. Trad.: Leda Boechat. Brasília: Senado Federal, 2000;

[8] GASPARI, Élio. *Op. Cit.*, pp. 240.

[9] *Ato Institucional Número Três*, http://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_Institucional_N%C3%BAmero_Tr%C3%AAs, acesso em 08/04/0/2009.

[10] *Ato Institucional Número Quatro*, http://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_Institucional_N%C3%BAmero_Quatro, acesso em 08/04/2009.

[11] *Ato Institucional Número Cinco*, http://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_Institucional_N%C3%BAmero_Cinco, acesso em 08/04/2009.

[12] SILVA, Waldo. 1968: *O futuro Dura um Longo Tempo*. Belo Horizonte, 2009 (no prelo).

[13] SILVA, Waldo. 1968: *O futuro Dura um Longo Tempo*. Belo Horizonte, 2009 (no prelo).

[14] *ATA REVELA VETO DE GEISEL À ANISTIA AMPLA: Em reunião um ano antes de enviar projeto ao Congresso, presidente revela temor de que “subversivos” voltassem ao poder*. Folha de São Paulo, 29.08.2009, p. A8.

[15] ARNS, D. Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais*, Petrópolis – RJ: Editora Vozes, 1985, pp. 31-33. O autor tratou de colocar com precisão trechos dos depoimentos dos torturados onde afirmam que “as torturas são uma instituição, vez que, o interrogado foi instrumento de demonstrações práticas desse sistema, em uma aula de que participaram mais de 100 (cem) sargentos e cujo professor era um Oficial da Polícia do Exército.” A denúncia é confirmada em outros processos onde parte destes consta no livro.

[16] OLTRAMARI, Alexandre. *Torturei Uns Trinta*, http://veja.abril.com.br/091298/p_044.html, acesso em 30/03/2009.

[17] ARNS, D. Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais*, Petrópolis – RJ: Editora Vozes, 1985, pp. 34-42

[18] OLTRAMARI, Alexandre. *Torturei Uns Trinta*, http://veja.abril.com.br/091298/p_044.html, acesso em 30/03/2009.

[19] *Ibid.*

[20] ARNS, D. Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais, Op. Cit.* pp. 41-42.

[21] ARNS, D. Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais, Op. Cit.* pp. 41-42.

[22] ARNS, D. Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais, Op. Cit.* pp. 43. No livro Arns conta com detalhes como eram feitas as pressões a fim de obtenção da informação necessária para incriminar os manifestantes.

[23] ARNS, D. Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais, Op. Cit.* pp.. 70. “Daí um dilema – o do Bem-Estar e o da Segurança, apontado por Goering, em dias passados, sob a forma menos justa, mas altamente sugestiva, de seu conhecido slogan: ‘Mais canhões, menos manteiga’. E, na verdade, não há como fugir da necessidade de sacrificar o Bem-Estar em proveito da Segurança, desde que essa se veja realmente ameaçada. Os povos que se negaram a admiti-lo aprenderam no pó da derrota a lição merecida”. Ao contrário do que Golbery interpretou, Goering referia-se a um inimigo externo e não interno, pois desta forma estava sendo procurado um inimigo entre o povo brasileiro.

[24] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, pp. 92.

[25] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. – 8ª Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 26.

[26] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, pp. 65-70.

[27] URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 12.

[28] MULLER, Friedrich. *Quem é o povo*. São Paulo: Max Limonard, 2001, p. 96.

[29] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos . Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2107, 8 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12584>>. Acesso em: 07 set. 2009.