

**UNESP – UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA
“JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS**

ROBERTO DA FREIRIA ESTEVÃO

**DIREITOS HUMANOS NO CONE SUL (BRASIL E ARGENTINA): A
HERANÇA DAS DITADURAS E A CONSTRUÇÃO DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA PERSPECTIVA DO DIREITO
PENAL**

**MARÍLIA – SP
2017**

**UNESP – UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA
“JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS**

ROBERTO DA FREIRIA ESTEVÃO

**DIREITOS HUMANOS NO CONE SUL (BRASIL E ARGENTINA): A
HERANÇA DAS DITADURAS E A CONSTRUÇÃO DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA PERSPECTIVA DO DIREITO
PENAL**

**Tese apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de doutor, pelo
Programa de Pós-Graduação em Ciências
Sociais da Universidade Estadual Paulista
“Júlio de Mesquita Filho” – UNESP,
campus de Marília.**

**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: Ciências
Sociais.**

**LINHA DE PESQUISA: Pensamento
Social e Políticas Públicas.**

**ORIENTADOR: Prof. Dr. Jayme
Wanderley Gasparoto.**

**MARÍLIA – SP
2017**

Estevão, Roberto da Freiria.

E79d Direitos humanos no Cone Sul (Brasil e Argentina): a herança das ditaduras e a construção do estado democrático de direito na perspectiva do direito penal / Roberto da Freiria Estevão. – Marília, 2017.

314 f.; 30 cm.

Orientador: Jayme Wanderley Gasparoto.

Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Filosofia e Ciências, 2017.

Bibliografia: f. 272-293

1. Direitos humanos - Brasil. 2. Direitos humanos - Argentina. 3. Ditadura - Brasil. 4. Ditadura – Argentina. 5. Tribunais supremos – Argentina. 6. Brasil – Supremo Tribunal Federal. I. Título.

CDD 323.4

ROBERTO DA FREIRIA ESTEVÃO

DIREITOS HUMANOS NO CONE SUL (BRASIL E ARGENTINA): A
HERANÇA DAS DITADURAS E A CONSTRUÇÃO DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP, campus de Marília, como requisito parcial para a obtenção do título de doutor em Ciências Sociais.

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: Ciências Sociais.

LINHA DE PESQUISA: Pensamento Social e Políticas Públicas.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Jayme Wanderley Gasparoto
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”
Faculdade de Filosofia e Ciências – Campus de Marília

Prof. Dr. Edemir de Carvalho
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”
Faculdade de Filosofia e Ciências – Campus de Marília

Prof. Dr. Alexandre Naoki Nishioka
Universidade de São Paulo - USP
Faculdade de Direito – Campus de Ribeirão Preto

Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho
Universidade de São Paulo – USP
Faculdade de Direito – Campus de Ribeirão Preto

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes
Faculdade de Direito / Universidade de Brasília – UNB

Marília, 20 de março de 2017.

Ao Deus Eterno, que fortalece, cuida e sustenta na caminhada, por tudo o que é, foi e sempre será, e pelos maravilhosos presentes que me deu, apesar do meu demérito.

À Marieny, minha esposa; à filha Rebeca, ao seu esposo Ícaro, e à linda, vívida, encantadora e amada netinha Emília, que nos atrai por sua graciosidade, alegria e esperteza; e à Elisa, filha mais nova. Vocês são jóias preciosas da minha vida.

Às pessoas que, nos “anos de chumbo”, sofreram perseguições, violências, torturas e desrespeitos aos seus direitos humanos e fundamentais.

AGRADECIMENTOS

Ao Deus Eterno, que até aqui nos preservou, ajudou e nos deu condições de chegarmos ao final de mais essa etapa.

À Marieny, esposa amada, sábia companheira, apoio incondicional, mulher especial e graciosa, que nunca se esquece de que “é preciso ter força, é preciso ter raça, é preciso ter gana, sempre”, agradeço pelo amor dedicado em todo o tempo, pela compreensão que teve nos momentos de maior exigência durante todos esses anos e estímulo dado para que esse sonho fosse concretizado.

Às nossas filhas Elisa e Rebeca, ao seu esposo Ícaro e à nossa netinha Emília, incomensuráveis razões para vivermos e lutarmos, esplendorosas árvores que nos permitem contemplar flores e frutos, pelo apoio que sempre deram.

À minha família, que comigo está em todos os momentos, inclusive naqueles de alegria e tristeza, riso e choro, nas conquistas e nas perdas. Em especial à minha mãe Elisa da Freiria Estevão, exemplo de mulher virtuosa, e ao meu pai Manoel Messias Estevão (*in memoriam*), exemplo de ser humano vitorioso, que sempre lutou com dignidade, que fez de sua vida um grande e valoroso livro repleto de preciosos ensinamentos em cada página.

À UNESP-MARÍLIA, sua direção e seus funcionários, que sempre se portam com extrema abnegação; ao competente e dedicado corpo docente, em especial aos professores Rafael Salatini de Almeida, José Geraldo Alberto Bertoncini Poker, Jair Pinheiro, Edemir de Carvalho e Luís Antônio Francisco de Souza, e à professora Christina de Rezende Rubim, pelas orientações e preciosos ensinamentos; aos queridos e queridas colegas que tão bem me acolheram e sempre me apoiaram nas dificuldades.

Ao Centro Universitário Eurípides de Marília – Fundação/Univem, ao qual sou como que “devedor insolvente”, pela acolhida em fevereiro de 1997, apoio em todos esses anos, carinho e respeito daqueles que a dirigem, de seus operosos funcionários e estimados colegas docentes.

Meus profundos e eternos agradecimentos ao doutor Jayme Wanderley Gasparoto, eminente e competente professor-orientador, que tem o dom de ensinar em todos os contatos – vive ensinando e ensina vivendo –, mestre de elevados ideais e cultura, verdadeiro exemplo de luta, dedicação e simplicidade própria dos sábios, de quem sempre recebo preciosos ensinamentos.

Aos ilustres professores doutores integrantes das bancas de qualificação e de defesa deste trabalho, pela abnegação e preciosas contribuições com sugestões, críticas e orientações dadas.

“A verdadeira democracia, aquela que implica o total respeito aos Direitos Humanos, está ainda bastante longe no Brasil. Ela existe apenas no papel. O cidadão brasileiro na realidade usufrui de uma cidadania aparente, uma cidadania de papel. Existem em nosso país milhões de cidadãos de papel” (DIMENSTEIN, Gilberto. “O Cidadão de Papel”)

“Só a ‘superstição política’ pode imaginar ainda hoje que a vida civil deva existir dentro do Estado; na verdade, é o Estado que existe dentro da vida civil” (Marx, 1845, A Sagrada Família)

ESTEVIÃO, Roberto da Freiria. Direitos humanos no Cone Sul (Brasil e Argentina): a herança das ditaduras e a construção do estado democrático de direito na perspectiva do direito penal. 2017. 314f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Faculdade de Filosofia e Ciências – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais – Doutorado, Marília.

RESUMO

O presente trabalho é fruto de pesquisa relacionada aos períodos das ditaduras e pós-ditaduras no Brasil e na Argentina, com o fim de analisar a movimentação histórica da justiça, especialmente, no Supremo Tribunal Federal e na Corte Suprema de Justicia de la Nación, da Argentina, no que diz respeito aos direitos humanos e fundamentais notadamente na área da execução penal. Os regimes autocráticos e os democráticos sempre propiciam intrigantes questionamentos, pois aqueles, em regra, violam direitos humanos e fundamentais, que deveriam ser respeitados nestes. Porém, nota-se que, no Brasil e na Argentina, durante o período em que ambos estiveram sob ditadura militar, houve nas Cortes Supremas dos dois países decisões que primaram pela efetivação dos direitos humanos e fundamentais dos presos, e, de forma inquietante, na pós-ditadura, há, no STF e na CSJN, posturas retrógradas, de desprestígio a esses direitos. Com a pesquisa, procurou-se entender o porquê dessas movimentações, além de se fazer a apreciação de várias decisões das duas Cortes Supremas em relação aos avanços dos posicionamentos no tocante aos direitos humanos e fundamentais, bem como em matéria de execução penal. No curso dos trabalhos, houve abordagem sobre os regimes políticos e as confusões terminológicas verificadas quanto a esse assunto. Também buscou-se entender as relações existentes entre os regimes políticos e a instituição justiça, com o objetivo de se verificar a influência que nela causam a ditadura e a democracia. E, dos muitos acórdãos do STF e da CSJN levantados, sobreveio a análise dos mais importantes para o fim da pesquisa. Em considerações finais, aponta-se, em especial, que a aproximação entre a justiça e os comandos militares interfere diretamente nas posturas das Cortes Supremas a respeito da garantia dos direitos humanos e fundamentais.

Palavras-chave: Ditadura e Democracia. Direitos Humanos e Fundamentais. Supremo Tribunal Federal. Corte Suprema de Justicia de la Nación, da Argentina.

ESTEVIÃO, Roberto da Freiria. Human rights in the Southern Cone (Brazil and Argentina): the inheritance of dictatorships and the construction of the democratic state of law in the perspective of criminal law. 2017. 314f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Faculdade de Filosofia e Ciências – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais – Doutorado, Marília.

ABSTRACT

The present work is the result of research related to the periods of dictatorships and post-dictatorships in Brazil and Argentina, in order to analyze the historical movement of justice, mainly in the Supreme Federal Court and the Supreme Court of Justice of la Nación, from Argentina, with regard to the human and fundamental rights, notably in the area of criminal enforcement. The Autocratic and democratic regimes always offer intriguing questions, since those, as a rule, violate human and fundamental rights, which should be respected in these ones. However, it is observed that, in Brazil and Argentina, during the period when both were under military dictatorship, there were decisions in the Supreme Courts of both countries that prevailed for the realization of the human and fundamental rights of prisoners, and, in a disturbing way, in post-dictatorship, there are in the STF and CSJN retrograde positions, of discrediting these rights. The research sought to understand the reasons for these movements, in addition to assessing various decisions of the two Supreme Courts in relation to advances to the positions on human and fundamental rights, as well as in criminal enforcement issue. In the course of the work there was an approach on the political regimes and the terminological confusions verified on this subject. It also sought to understand the relations between political regimes and the institution of justice, in order to verify the influence of dictatorship and democracy on it. And from the many STF and CSJN judgments raised, the analysis of the most important ones for the end of the research came up. In final considerations, it is pointed out, in particular, that the approximation between justice and military commands interferes directly in the positions of the Supreme Courts regarding the guarantee of human and fundamental rights.

Keywords: Dictatorship and Democracy. Human and Fundamental Rights. Supreme Federal Court. Supreme Court of Justice of la Nación, from Argentina.

ESTEVIÃO, Roberto da Freiria. Direitos humanos no Cone Sul (Brasil e Argentina): a herança das ditaduras e a construção do estado democrático de direito na perspectiva do direito penal. 2017. 314f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Faculdade de Filosofia e Ciências – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais – Doutorado, Marília.

RESUMEN

Este trabajo es el resultado de la investigación relacionada con los períodos de dictadura y post-dictadura en Brasil y Argentina, con el fin de analizar el movimiento histórico de la justicia, sobre todo en el Supremo Tribunal Federal y en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Argentina, con respecto a los derechos humanos y fundamentales, especialmente en el ámbito de la ejecución penal. Los regímenes autocráticos y democráticos siempre proporcionan preguntas intrigantes, porque aquellos generalmente, violan los derechos humanos y fundamentales, que deben ser respetados en los mismos. Sin embargo, tenga en cuenta que, en Brasil y Argentina, durante el período en el cual ambos estaban bajo la dictadura militar, había en las Cortes Supremas de los dos países decisiones que eran visibles por su realización de los derechos humanos y fundamentales de los presos, y la alarmante, en la post-dictadura, hay las posiciones retrógradas en STF y en la CSJN de descrédito a estos derechos. . Con la investigación hemos tratado de entender la razón de estos movimientos, además de hacer la evaluación de varias decisiones de las dos Cortes Supremas en relación con los avances de posiciones con respecto a los derechos humanos y fundamentales, así como en el ámbito de la ejecución penal. En el transcurso de la obra fue el enfoque sobre los regímenes políticos y las confusiones terminológicas comprobadas a este tema. También buscamos comprender la relación entre los regímenes políticos y la institución justicia con el fin de verificar la influencia que causa la dictadura y la democracia. Y, de muchos de los juicios de el STF y CSJN levantados, vino el análisis de los más importantes para los fines de la investigación. En las palabras de clausura, se señala en particular, que el acercamiento entre la justicia y los comandos militares interfiere directamente en las posturas de las Cortes Supremas con respecto a la garantía de los derechos humanos y fundamentales.

Palabras-clave: Dictadura y Democracia. Derechos Humanos y Fundamentales. Supremo Tribunal Federal. Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Argentina.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

CNMP: Conselho Nacional do Ministério Público

CONADEP: Comisión nacional sobre la desaparición de personas

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación

EC: Emenda Constitucional

HC: *Habeas Corpus*

MI: Mandado de Injunção

NCPC: Novo Código de Processo Civil

OEA: Organização dos Estados Americanos

ONU: Organização das Nações Unidas

RE: Recurso Extraordinário

REsp: Recurso Especial

STF: Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 DOS REGIMES POLÍTICOS.....	20
1.1 Regimes Autocráticos	24
1.2 Regimes Democráticos	30
1.2.1 O declínio da democracia	45
1.3 A Ditadura no Brasil e na Argentina	47
1.4 A Democracia no Brasil e na Argentina	67
CAPÍTULO 2 REGIMES POLÍTICOS E A INSTITUIÇÃO JUSTIÇA	72
2.1 As instituições, o Patrimonialismo e o Coronelismo.....	72
2.2 O Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina – apontamentos históricos.....	84
2.3 A Justiça Durante a Ditadura Militar no Brasil e na Argentina	89
2.4 A Justiça na Pós-Ditadura no Brasil e na Argentina	117
CAPÍTULO 3 A EXECUÇÃO PENAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN – UMA VISÃO A PARTIR DE ALGUNS ACÓRDÃOS	160
3.1 Os Direitos do Preso à Luz dos Princípios de Direitos Humanos e Fundamentais.....	163
3.2 Alguns Princípios Processuais Penais Constitucionais.....	165
3.2.1 Princípio do devido processo legal	167
3.2.2 Princípio do juiz natural	169
3.2.3 “Princípio” da presunção de inocência.....	171
3.2.4 Princípio do contraditório.....	174
3.2.5 Princípio da ampla defesa.....	179
3.2.6 Princípio da igualdade.....	182
3.2.7 Princípio do acesso à Justiça e o duplo grau de jurisdição.....	187
3.2.8 Os direitos humanos e fundamentais <i>versus</i> a segurança pública.....	192
3.3 Decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte Suprema de Justicia de La Nación em Matéria de Execução Penal	196
3.3.1 Decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de execução penal e direitos humanos/fundamentais na ditadura militar (1964-1985).....	198
3.3.1.1 Recurso de Habeas Corpus nº 56.059-8 – São Paulo, de 02 de maio de 1978 – reconhecimento da ilegalidade de decisão que impôs regime carcerário com isolamento celular de 22 horas por dia, de segunda a sexta-feira, e de 24 horas por dia, nos finais de semana.....	199
3.3.1.2 Recurso de <i>Habeas Corpus</i> nº 56.189-6 – São Paulo, de 02 de maio de 1978 – cassação de julgamento em que fora negado o direito de aplicação de lei nova, mais benigna.....	200
3.3.1.3 <i>Habeas Corpus</i> nº 54.917 – Minas Gerais, julgamento efetivado em 07 de dezembro de 1976 – reconhecimento da validade da prisão domiciliar.	

<i>Habeas Corpus</i> nº 51.477/RS, julgamento realizado em 18 de setembro de 1973 – prisão domiciliar em caso não previsto por lei – adoção da interpretação extensiva/ampliativa	201
3.3.1.4 RHC 62.411/GO, julgamento em 23 de novembro de 1984 – reconhecimento do direito de transferência do preso para a comarca de residência de sua família.....	204
3.3.1.5 RHC 60.952/MG, julgamento em 10 de junho de 1983 – espancamento de preso por policial militar – julgamento perante a justiça comum	205
3.3.1.6 RHC 59.692/RJ, julgamento em 26 de março de 1982 – reconhecimento <i>ex officio</i> de excesso de prazo na execução	207
3.3.2 Decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de execução penal e direitos humanos/fundamentais na pós-ditadura militar	209
3.3.2.1 RHC 63.098/RJ – negativa de individualização da pena aplicada e sua decorrente redução	211
3.3.2.2 <i>Habeas Corpus</i> nº 61.701-8/SP – afirmação de que a concessão da prisão albergue é de ampla discricionariedade do juízo das execuções	212
3.3.2.3 <i>Habeas Corpus</i> nº 126.292 / São Paulo, e Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44 – execução antecipada da pena privativa de liberdade X presunção de inocência.....	214
3.3.3 Decisões da Corte Suprema de Justicia de la Nación, da Argentina, em matéria de execução penal e direitos humanos/fundamentais na ditadura militar	232
3.3.4 Decisões da Corte Suprema de Justicia de la Nación, da Argentina, em matéria de execução penal e direitos humanos/fundamentais na pós-ditadura militar.	235

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	247
----------------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	273
---------------------------	------------

ANEXOS	295
---------------------	------------

INTRODUÇÃO

Desde logo, é necessário esclarecer o leitor que, em relação à sessão pública de defesa da tese elaborada houve um equívoco na ata, no tocante ao título do trabalho. Em vez de constar o título correto - [Direitos Humanos no Cone Sul (Brasil e Argentina): a herança das ditaduras e a construção do Estado Democrático de Direito na perspectiva da execução penal], por equívoco constou outro, com a alteração da expressão “da execução penal” para “do direito penal” [Direitos Humanos no Cone Sul (Brasil e Argentina): a herança das ditaduras e a construção do Estado Democrático de Direito na perspectiva do direito penal]. Por exigência normativa de correspondência do título na versão impressa com aquele constante da ata da sessão de defesa pública, imprescindível este registro formal, para constar que, em verdade, o trabalho se refere à execução penal.

É inequívoca a umbilical ligação das relações sociais com as relações jurídicas. O direito está vinculado a uma causa estruturante, resultante das movimentações sociais ocorrentes no cotidiano. A sociologia apresenta e estuda fatos extrajurídicos como elementos que ligam as relações sociais com as jurídicas. Assim, o direito busca prever as decorrências das diversas espécies de comportamentos na realidade social, de maneira que a sociologia é uma contribuição metodológica para se entender os fenômenos jurídicos.

Por isto, “as pressões de grupos estratificados, os interesses econômicos, as tensões partidárias, a opinião pública, a influência da mídia”, dentre outros, “são alguns dos fenômenos políticos que evidenciam problemas sociais que demandam a atenção do Direito, sob o prisma de uma Sociologia no Direito”. E a normatividade, própria do direito, é antecedida por fatores sociais, de maneira que o Direito atua como “uma ciência mediadora das relações sociais, que observa as inconsistências das relações humanas e os influxos dos demais subsistemas que retroinfluenciam o processo de desenvolvimento dessa estrutura normativa” (CACHICHI e BANNWART JÚNIOR, 2015, pp. 62-63).

Posto isto, é de se registrar que o presente trabalho é fruto de pesquisa relacionada aos períodos das ditaduras e pós-ditaduras no Brasil e na Argentina, com o fim de analisar a movimentação histórica da justiça, de forma mais específica, a respeito de direitos fundamentais, notadamente na área da execução penal.

Durante o significativo período de docência em Cursos de Graduação e Pós-Graduação na área do Direito - desde 1992 -, em especial nas disciplinas de História do Direito e Filosofia do Direito, este pesquisador sempre se deparou com intrigantes questões

que têm relação com regimes autocráticos e suas consequências no Direito e na Justiça. Passou, então, a interessar-se pelo estudo da ditadura militar no Brasil, no Séc. XX, entre 1964 e 1985, e notou que não são muitos os estudos e pesquisas que investigam a relação do Poder Executivo com o Judiciário no período.

Questionamentos surgiram, mormente relacionados à influência dos comandantes militares na organização e funcionamento do Supremo Tribunal Federal e, de resto, na magistratura nacional. Posteriormente, houve o despertamento para a investigação histórica acima mencionada, relacionada às decisões do STF quanto aos direitos humanos e fundamentais em matérias de execução penal, na ditadura, com o natural caminho do interesse da pesquisa também no período pós-ditatorial.

Não tardou para surgir o interesse em estudar as mesmas questões em relação à Argentina.

De fato, a busca do passado é relevante para se entender o presente e projetar o futuro. A propósito, o jusfilósofo belga François Ost anota que uma sociedade só pode ser construída tendo como base uma memória compartilhada entre seus membros, e é ao Direito que cabe instituí-la. Consoante suas palavras:

[...] instituir o passado, certificar os fatos acontecidos, garantir a origem dos títulos, das regras, das pessoas e das coisas: eis a mais antiga e permanente das funções do jurídico. Na falta de tais funções, surge o risco da anomia, como se a sociedade se construísse sobre areia. (OST, 2005, p. 49).

A sociedade que se “esquece” do passado traumático pode vir a incorrer nos mesmos erros de outrora. Em seus legítimos anseios, os cidadãos buscam sempre a verdade e a transparência, o que se extrai de fatos recentes verificados na história do Brasil, como o marcante interesse demonstrado durante o julgamento da Ação Penal 470 – caso conhecido como “Mensalão” –, pelo Supremo Tribunal Federal.

A história é entendida como um processo, vale dizer, uma cadeia sucessiva de fatos que constantemente se imbricam. Assim, de um ou outro modo, os acontecimentos posteriores ou consequentes sempre se vinculam aos anteriores ou antecedentes, de modo que é perene a corrente causal nesse processo.

Não se compreende a vida desconectada da história. Por isto, faz-se necessário o retorno no tempo, com a investigação de fatos passados, que devem ser vasculhados, garimpados e submetidos ao exame da razão.

Estas colocações evidenciam a existência de relevante motivo para investigação do processo histórico verificado no Brasil e na Argentina, notadamente os motivos que o levaram

à ditadura e os que possibilitaram o retorno à democracia, com a pesquisa voltada aos direitos humanos nos mencionados períodos, em especial, no tocante às questões ligadas à execução penal.

A propósito, a Constituição Federal promulgada no Brasil em 1988 traz um elenco de direitos e garantias fundamentais, dando-lhes tamanha relevância a ponto de inseri-los como cláusulas pétreas, vale dizer, enunciados normativos que não podem ser alterados ou excluídos por meio de reforma ou emenda. Nota-se mais elevada valorização do tema para os brasileiros, até mesmo em decorrência das históricas práticas repressoras sofridas durante a denominada ditadura militar, que se estendeu de 1964 a 1985, além dos sistemas do mandonismo, que traduz estrutura oligarca com a figura do mandante, detentor do poder, e do patriarcalismo, que propicia privilégios garantidos aos parentes, pelo poder público, como verdadeira herança de família (CENPEC, 2005).

Todavia, convém lembrar que ditadura não se verificou apenas no Brasil, pois em outros Estados da América Latina movimentos semelhantes ocorreram.

Após oito anos de ditadura na Argentina, a democracia foi restabelecida em 1983, depois de práticas extremadas ainda bem vivas na memória daquele povo, que tem vários grupos organizados e relacionados aos Direitos Humanos com atuação marcante, visando à revitalização da memória das vítimas e das práticas dos militares detentores do poder naquele período. Até em decorrência dessas lutas, foram declaradas inconstitucionais duas Leis promulgadas naquele Estado, que garantiam a impunidade aos praticantes de crimes contra o povo, a saber, a “Lei do Ponto Final” e a “Lei da Obediência Devida”. O reconhecimento da inconstitucionalidade das referidas Leis possibilitou às vítimas da ditadura a obtenção de indenizações, estendidas até mesmo a não nacionais da Argentina, que sofreram danos físicos e psíquicos no território daquele país no período já mencionado.

Durante as ditaduras militares já mencionadas foi concretizada a chamada Operação Condor, criada no final dos anos 60 e início dos anos 70 pelas ditaduras militares do Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e Chile, com extensão também à Bolívia, e que teve como fim perseguir, torturar e matar pessoas apontadas como opositoras aos regimes militares, como se vê no relatório “A tortura no Brasil”, da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados do Brasil (2000).

A denominada Operação Condor levou à unificação de políticas e até mesmo fez desaparecer fronteiras, no tocante às práticas de desrespeitos aos direitos humanos, em especial aqueles ligados à liberdade, à integridade física, à privacidade e ao direito de

expressão, com a constante busca de controlar ideologicamente a população, inclusive por meio da educação, da cultura e de manifestações políticas e cívicas.

O término da Operação Condor ocorreu no final da década de oitenta e início da década de noventa. Nota-se que, em data bem anterior, já estava em pleno vigor o Pacto de São José da Costa Rica, ou seja, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, de 1969, que não impediu as constantes práticas violadoras de tais direitos. É de se registrar que o Brasil subscreveu a referida Convenção de Direitos Humanos.

A Constituição Federal de 1967 (artigo 150) e a Emenda Constitucional nº. 1, de 1969 (artigo 153) também contemplavam inúmeros direitos humanos.

Em outras palavras, o sistema normativo do Brasil, à época do início da ditadura, era suficiente para evitá-la.

Então, surge a indagação: como, com o referido sistema normativo garantidor de direitos humanos, foi possível a ditadura no Brasil, com tantas violações às garantias constitucionais então existentes?

O mesmo se diz em relação à Argentina, que desde a Constituição de 1853 já possuía texto legal bem avançado a respeito, com o estabelecimento de muitos direitos humanos e fundamentais.

Poder-se-ia cogitar de interferência do poder executivo no judiciário, em especial no Supremo Tribunal Federal, no Brasil, e na Corte Suprema de Justiça da Nação, na Argentina. Porém, não se constata interferência tal que justificasse a falta de firme postura dos referidos órgãos maiores da Justiça nos dois Estados. As duas Cortes continuaram em funcionamento – ao contrário do legislativo, no Brasil, que foi “fechado”.

Esse fato – a continuidade das Supremas Cortes nos dois Estados – é intrigante, na medida em que decisões não foram tomadas a ponto de evitar ou colocar fim às ditaduras que se instalaram nas duas nações, nem para evitar as constantes violações às garantias constitucionais.

E, inquestionavelmente, as posturas não firmes das Cortes Supremas no Brasil e na Argentina em muito cooperaram para que presos catalogados, como políticos, sofressem seríssimas ofensas em seus direitos humanos e fundamentais.

Depois das ditaduras no Cone Sul, surge o período reconhecido como de reconquista de direitos. Mas, quem é esse ser humano que busca a reconquista de direitos? Como tem ocorrido esse processo de reconquista de direitos? São apenas reconhecidos ou efetivamente protegidos?

Eis alguns apontamentos norteadores do presente trabalho.

Como não poderia deixar de ser, vários textos foram analisados. Dentre os autores consultados e aqui trabalhados, procurou-se inspiração para esta pesquisa naqueles que têm mais experiência com democracias fracas e não muito organizadas, como é o caso do Brasil, o que também se verifica em vários países da América Latina e outros, como a Itália. Assim, optou-se por teóricos como o italiano Norberto Bobbio (estudioso, em especial, da democracia não forte da Itália) e o argentino Guillermo O'Donnell (que pesquisa democracias latino-americanas, notadamente em relação ao autoritarismo), dentre outros.

A pesquisa envolve dois Estados, governos e instituições de ambos (a justiça), num mesmo período (década de 70 e primeira parte da década seguinte). O poder judiciário é analisado, especialmente, em relação às prerrogativas dos magistrados no período, que, num primeiro olhar, devem ser entendidas como conferidas com o fim de garantir a isenção e a segurança nas decisões judiciais. Vale lembrar que, sem isto, tais prerrogativas perdem toda a razão de existência.

Não se pode perder de vista que o Poder Judiciário é o órgão que, por excelência, tem o dever de assegurar a efetivação dos direitos, como se extrai da constitucional garantia do acesso à justiça, de acordo com a qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão ao direito pode ser subtraída da apreciação do judiciário. Esse acesso à justiça garante não apenas o formal direito de acionar o Judiciário, por meio de um processo, mas também abrange a realização de um julgamento efetivo, justo e equânime, com o asseguramento da paridade de armas aos litigantes, do direito de produzir provas, do direito ao concreto contraditório e à ampla defesa – muitas vezes observados apenas formal e, não, materialmente –, assim como do direito ao recurso, sempre com decisões em primeira instância ou nos graus de recurso que considerem os argumentos apresentados pelas partes, relevantes para a causa, consoante, aliás, a expressa previsão, hoje, existente no sistema normativo brasileiro, por meio do atual Código de Processo Civil (de 2015), em seu artigo 489, § 1º, IV. Em poucas palavras, tem-se que o acesso à justiça é o mais básico dos direitos dos cidadãos para se falar num sistema jurídico igualitário, que efetivamente concretize, e não apenas reconheça, os direitos humanos e fundamentais.

E, em meio a regimes ditatoriais militares, como os que se instalaram no Brasil e na Argentina, o acesso à justiça é essencial para tentar se evitar ou reparar lesões aos direitos dos cidadãos, o que é prática constante de governantes autocráticos. Todavia, nos já mencionados regimes, até mesmo o acesso à justiça foi severamente limitado por textos normativos editados pelo executivo ou por um legislativo totalmente submisso a ele.

Nos levantamentos feitos para a pesquisa constatou-se, no tocante aos direitos fundamentais relacionados à execução penal, que as Cortes Supremas do Brasil e da Argentina, durante as ditaduras militares que ambos vivenciaram, prolataram decisões que podem ser entendidas como avançadas em relação ao respeito aos mencionados direitos; por outro lado, na pós-ditadura, têm-se decisões que significam retrocesso quanto aos referidos direitos. Assim, o questionamento que se faz é: historicamente, o que explica essas diferentes posturas das Cortes, que em alguns momentos dos regimes autoritários tiveram posições mais avançadas, e, posteriormente, já na pós-ditadura, adotam posturas retrógradas? Para a busca da resposta, outras indagações são feitas: como se deu a relação entre o Poder Executivo e a justiça, notadamente as Cortes Supremas, no período ditatorial, nos dois países? Que influências o judiciário – e a justiça – sofreu dos comandos militares, durante o período pesquisado? As prerrogativas aos magistrados foram suficientes para a efetivação de direitos fundamentais? Na pós-ditadura, tem-se, no Brasil e na Argentina, judiciário que atua com respeito aos valores democráticos, especificamente o essencial respeito aos direitos humanos e fundamentais? As Cortes Supremas dos dois países têm sido, de fato, guardiãs da ordem constitucional?

Para responder a tais questionamentos, no primeiro capítulo busca-se discorrer a respeito de regimes políticos, a saber, a democracia e a ditadura, além de uma abordagem desta (ditadura) no Brasil e na Argentina.

Nele, trabalha-se a questão terminológica, em razão da confusão que existe a sobre as expressões “regimes políticos” e “formas de governo”.

Há, também, uma abordagem relativa ao pensamento aristotélico quanto aos regimes políticos, para se chegar, no particular, ao pensamento contemporâneo, tendo-se a autocracia e a democracia – com suas várias facetas – como regimes, expondo-se, inclusive, a respeito do elenco das características de um e de outro regime.

Ainda, busca-se focar as diferentes formas de autocracia como a conquista, a herança, a cooptação, o sorteio, a nomeação. Além disso, faz-se uma análise do regime democrático, suas modalidades e estágios, bem como o seu declínio.

Na América Latina a referência à autocracia se faz por meio da expressão “ditadura”, que teve sua origem em Roma, nos séculos V a III a.C., e se tratava de legítima providência tomada em tempo de maior dificuldade. Mas, com o passar da história, o significado de ditadura mudou e, contemporaneamente, a rubrica reúne todos os regimes não democráticos ou antidemocráticos.

Ainda no primeiro capítulo, na sequência, faz-se rápida análise das ditaduras no Brasil e na Argentina, assim como o retorno à democracia nos dois Estados. No tocante ao Brasil, tem-se, no trabalho, a abordagem dos muitos atos institucionais que foram impostos pelo executivo, especialmente, no que concerne aos dispositivos que atingiram o poder judiciário e os magistrados.

No segundo capítulo, procura-se abordar a relação existente entre o regime político vigente no Brasil e na Argentina, nos diferentes períodos, e sua relação com a instituição justiça, vista pelo viés do Poder Judiciário.

Num primeiro momento, desenvolve-se o estudo de uma concepção a respeito de instituições, para se chegar ao judiciário como uma delas. Em seguida, faz-se uma pequena análise histórica envolvendo o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, e a Corte Suprema de Justicia de la Nación, na Argentina, para, em seguida, serem analisadas as posturas dessas Cortes de Justiça durante o período ditatorial, inclusive considerando-se e abordando-se os atos normativos do período, em especial, nos aspectos atinentes ao judiciário.

Na sequência, ainda no segundo capítulo, efetiva-se o estudo da justiça, notadamente das duas Cortes Supremas, durante o período da pós-ditadura. Várias decisões do STF e da CSJN são analisadas, todas elas com o objetivo de se verificar como ambas evoluíram no período, especialmente, em relação às garantias e direitos fundamentais.

Por fim, no terceiro capítulo, é realizado o levantamento relativo à execução penal no Supremo Tribunal Federal e na Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir da análise de vários acórdãos.

Discorre-se sobre a judicialização da execução penal nos dois Estados, assim como a respeito dos direitos dos presos à luz dos princípios de direitos humanos e fundamentais, com abordagem relacionada aos contornos dos princípios e das regras, inclusive suas diferenças, e a necessária harmonização na hipótese de colisão dos primeiros.

Alguns dos princípios, elencados como fundamentais no que concerne ao Direito Criminal, são estudados, como o devido processo legal, o juiz natural, a “presunção” de inocência, o contraditório, a ampla defesa, a igualdade, o acesso à justiça e o duplo grau de jurisdição. Assim, procurou-se dar um embasamento teórico para a análise proposta no capítulo.

Em seguida, são analisadas decisões das duas Cortes Supremas, em matéria de execução penal, tanto no período da ditadura militar como na pós-ditadura, com o objetivo de se verificar os contornos dessa movimentação histórica. Para tanto, vários acórdãos foram levantados e os mais relevantes, estudados neste trabalho.

Há, da parte deste pesquisador, a consciência de que a investigação não foi exaustiva, até porque a história é contínua, do que se vê as transformações que ela registra. Contudo, espera-se que o trabalho contribua para a reflexão e olhar analítico, quem sabe, incitando debates, discussões e novos trabalhos a respeito da pesquisa, que envolve tema sobremaneira importante, na contemporaneidade, notadamente em razão das crises que se têm nos sistemas prisionais no Brasil e na Argentina.

Quanto à metodologia, a partir da análise documental, a pesquisa é empírica, observando-se que empiria é a experiência, que pode ser extraída de documentação. Já em relação aos procedimentos de pesquisa, foram efetivadas análises de fontes bibliográficas – doutrina, artigos e trabalhos científicos –, bem como de várias decisões das Cortes Supremas do Brasil e da Argentina. A pesquisa é de caráter histórico, de maneira que houve estudos de documentos e entrevistas, em especial os relativos ao período ditatorial e pós-ditatorial nos dois países, na tentativa de melhor compreensão a respeito das posturas dos comandos militares em ambos e das posturas de seus Poderes Judiciários. Tanto em relação às fontes bibliográficas como às documentais, buscou-se não apenas o conteúdo, mas a credibilidade do autor, a autenticidade e confiabilidade dos dados.

CAPÍTULO 1 DOS REGIMES POLÍTICOS

Quando se fala em golpes de estado, como o que o Brasil experimentou em 1937, que levou ao período do denominado Estado Novo, e em 1964, que deu início ao período de ditadura militar, há que se ter em mente a correlação entre eles e os regimes políticos, uma vez que estes podem favorecer aqueles. Por isto, desde logo, tem-se a preocupação de uma abordagem a respeito dos regimes políticos, suas características e decorrências.

Convém observar, desde logo, que se nota certa confusão terminológica entre os autores a este respeito, pois uns tratam o tema como regimes políticos (Duverger, 1985, p. 10; O'Donnell, 2013, p. 22; Silva, 2010, pp. 123 e segtes.; Sobrinho, 1984, pp. 47 e segtes.; Souza Junior, 2002, pp. 95 e segtes.) enquanto outros o fazem como formas de governo (Bonavides, 2000, pp. 192 e segtes.; Ferreira Filho, 2002, pp. 75 e segtes; Maluf, 1986, pp. 189 e segtes).

Em verdade, essa confusão é fruto de diferentes culturas intelectuais – francesa e norte-americana, de um lado, e outras da Europa, com diferente entendimento –, de modo que, por vezes, os autores dão nomes distintos quando tratam do mesmo tema, e em outros momentos dão os mesmos nomes ao tratarem de temas distintos. Aliás, isto é próprio de uma ciência que não tem precisão de linguagem, como a Ciência Política, ao contrário, do que se vê, v. g., na Economia.

Norberto Bobbio (2003, p. 234) menciona que, contemporaneamente, a “tradicional distinção das formas de governo, proveniente de um critério quantitativo e, como tal, extrínseco – um, poucos, muitos –, é substituída por outra, que se tornou predominante, entre democracia e autocracia”. Como se vê, ele analisa a democracia e a autocracia como pertencentes às formas de governo.

Já no conhecido “Dicionário de Política I” (Norberto Bobbio e outros), Gianfranco Pasquino observa que formas de governo se distinguem de “formas de Estado ou de regime”, que podem ser definidos de acordo com os critérios aristotélicos, “do poder de um, de poucos, de todos, exercido para utilidade de um, de poucos, ou de todos”, ou, “em termos modernos como regimes autoritários, totalitários e democráticos”, e menciona a “distinção entre monarquia (cujo titular ocupa um cargo hereditário) e república (cujo titular ocupa um cargo eletivo)”. Outrossim, sustenta que as formas de governo dizem respeito à dinâmica das

relações entre os poderes, além do que, nos regimes democráticos modernos, compreende, com muita importância, os “sistemas partidários nele presentes e operantes” (1998, p. 517).

Na mesma obra, Luccio Levi (1998, p. 1081) anota que “por regime político se entende o conjunto das instituições que regulam a luta pelo poder e o seu exercício, bem como a prática dos valores que animam tais instituições”, sendo instituições tanto “a estrutura orgânica do poder político, que escolhe a classe dirigente e atribui a cada um dos indivíduos empenhados na luta política um papel peculiar”, como também as “normas e procedimentos que garantem a repetição constante de determinados comportamentos e tornam assim possível o desenvolvimento regular e ordenado da luta pelo poder, do exercício deste e das atividades sociais a ele vinculadas”. E aduz que “o critério adequado que permite distinguir as características essenciais dos Regimes políticos, e apontar os seus tipos fundamentais, está na forma da luta política”, de maneira que “as diferenças entre os vários tipos de regimes não de, pois, ser imputadas aos diversos modos de conquista e manutenção do poder, que dependem das condições sociais e políticas da luta por esse poder”. Na sequência, indica como principais regimes políticos identificáveis na história a democracia direta dos gregos, “o despotismo oriental com que é definido o Regime político correspondente ao modo de produção asiático”, e, a partir da Revolução Industrial, a democracia representativa, mais compatível com a maior extensão territorial e aumento populacional que se verificou desde então, ao contrário do que se tinha nas cidades-estados gregas. Ademais, o autor lembra que a democracia representativa não foi sempre o regime que esteve atrelado ao desenvolvimento industrial, e, “um dos resultados mais relevantes dos regimes fascistas, por exemplo, foi o de fazerem desaparecer os resíduos feudais que impediam que a industrialização e suas conseqüências políticas obtivessem pleno êxito”, além do que, por outro lado, “o socialismo de versão russa e chinesa parece ser o Regime político mais apto a levar avante a industrialização rápida e forçada de um país atrasado” (ibidem, p. 1082).

Souza Junior (2002, p. 95) sustenta que regime político é “a encarnação concreta da ordem política, em seu dinamismo, e segundo determinados princípios de organização referentemente às relações entre a comunidade e o poder”.

Livingstone dos Santos Silva (1977, p. 42) anota que regime “se refere à maneira, à orientação seguida pelo Estado”, ou seja, como ele se rege, com base “em um dos dois tipos conhecidos: totalitário ou liberal”.

É totalitário “o Estado que concentra em suas mãos a maior soma de poderes e que interfere diretamente sem controle no campo político, econômico, social religioso”.

Há, conforme o autor, o totalitarismo de direita, como o fascismo e o nazismo, e o de esquerda, por exemplo, o comunismo. Por outro lado, “os regimes liberais se caracterizam pela composição dos poderes através da participação, maior descentralização, pluripartidarismo, três poderes bem definidos e atuantes”, e aduz que “comumente chamamos de democráticos os estados liberais. No regime democrático a oportunidade de participação em decisões é amplamente praticada pelos cidadãos adultos” (idem).

Já, forma de governo, consoante o seu entendimento, “é o modo pelo qual o Estado existe ou se manifesta. É, na realidade, o aspecto mais concreto, visível do Estado”. Ele classifica as formas de governo em três grupos: monarquia, repúblicas e colegiados (ibidem, p. 52).

Guillermo O’Donnell, teórico das democracias latino-americanas – em especial no que diz respeito ao “autoritarismo” –, entende por regime político “os padrões, formais e informais, e explícitos e implícitos, que determinam os canais de acesso às principais posições de governo, as características dos atores que são admitidos e excluídos de tal acesso”, além de incluir nesse conceito “os recursos e as estratégias permitidas para realizá-lo, e as instituições através das quais esse acesso ocorre e pelas quais, uma vez realizado, são tomadas as decisões governamentais” (2013, p. 22). No mesmo sentido os posicionamentos de O’Donnell e Schmitter, in “Tentativas sobre las democracias inciertas” (1994, p. 118).

Forma de governo, conforme o mesmo autor sustenta, refere-se “às posições na cúpula das instituições do estado”, sendo que o acesso a elas se efetiva por meio do regime, “que permite aos funcionários respectivos tomar, ou autorizar a outros funcionários a tomar, decisões que são normalmente emitidas como regras legais obrigatórias sobre o território delimitado pelo estado” (O’DONNELL, 2013, p. 22).

Nesta linha, no presente trabalho, far-se-á o uso da expressão “forma de governo” para se tratar da estrutura de poder - o que os autores mais antigos expunham como “quem governa” -, e da expressão “regime político” para a abordagem a respeito da funcionalidade do poder - o que, antes, era descrito a respeito do “como se governa”, consoante Rafael Salatini de Almeida (2014), que menciona o ensino de Norberto Bobbio, em “A teoria das formas de governo” (BOBBIO, 1997).

Assim, pode-se dizer que regime político é a maneira como o poder político é exercido em cada sociedade, ou, em outras palavras, liga-se à sua funcionalidade.

Aristóteles, na conhecida obra “Política” (1985, Livro IV, cap. II, pp. 121-142), aborda seis “formas de governo” – neste trabalho opta-se pela expressão regimes políticos –, a saber, a monarquia (o poder de uma só pessoa), a aristocracia (o poder de algumas poucas

pessoas), e a política (o poder de todos), chamadas de formas boas, e, correlativamente, as formas degeneradas, a saber, a tirania, a oligarquia e a democracia, consoante esclarece Francis Wolff, em “Aristóteles e a política” (WOLFF, 2001).

Todavia, na contemporaneidade, em regra tem-se como formas de governo a monarquia e a república, e como regimes políticos a democracia e a autocracia (totalitarismo, ditadura).

Argelina Figueiredo e Marcus Figueiredo observam que regimes políticos existentes são os democráticos e os autocráticos. Os autores ainda lembram que “um regime político se caracteriza pelas regras e instituições que regulam a disputa pelo poder político e o seu exercício entre os cidadãos ou grupos sociais”, regras e instituições que funcionam “de acordo com valores e normas sociais”. Regras são as normas escritas, valores e normas sociais são as não escritas, e instituições “são as estruturas do poder político e os procedimentos que garantem o desenvolvimento ordenado e regular do exercício do poder político”. Ademais, ponderam que “as regras, ou seja, as leis, regulam e dão legalidade à origem, à distribuição e ao controle do exercício do poder político. Os valores, aceitos pela sociedade, dão legitimidade às leis e instituições que organizam a disputa e o exercício do poder” (1993, pp. 14 e 15 - grifamos).

E, a respeito do tema, não se pode ignorar a obra “Os regimes políticos”, de Maurice Duverger (1962), tida como das mais interessantes, neste assunto.

Conforme o mencionado autor, quando se estuda regimes políticos fala-se em governantes e governados. De acordo com a sua observação (1962, pp. 7-8), “sociólogos da Escola de Durkheim sustentaram que, na aurora da humanidade, não existia esta distinção entre governantes e governados”, e, assim, o poder “não era exercido por determinados indivíduos; permanecia difuso no interior do grupo, onde cada um obedecia a princípios gerais que considera impostos pela coletividade inteira”. Vale dizer, nesse modelo, todos eram governados e ninguém era governante. Só mais tarde é que alguns membros “passaram a encarnar esses princípios coletivos em proveito próprio e a comandar em seu nome: seria esse o fenômeno da ‘personalização do poder’”. Esse modelo primitivo gerou a infantilização no agrupamento, consoante bem se vê no estudo desenvolvido na obra “Da horda ao Estado – psicanálise do vínculo social” (ENRIQUEZ, 1990).

Porém, aquele autor observa que, de forma geral, nas sociedades primitivas, sempre são descobertos traços de poder individualizado sobre a comunidade, exercido por sacerdotes, magos, chefes de família, anciãos, peritos.

Regime político, conforme Duverger (1962, p. 9), é “a forma que, num dado grupo social, assume a distinção geral entre governantes e governados”, ou, em outras palavras, liga-se “à estrutura governamental” de uma nação, vale dizer, ao problema da escolha dos governantes, a forma dos organismos governamentais, a distribuição e extensão dos poderes etc.

Ou, ainda, “regime político constitui um conjunto de respostas dadas a cada uma das questões formuladas pela existência e organização dos órgãos de governo no interior de um grupo social” (ibidem, p. 11), o que leva à forma de solução dos problemas de governo. Referidas soluções são tomadas conforme duas grandes categorias: de um lado, “a tendência liberal que enfraquece a autoridade dos governantes em proveito da liberdade dos governados”, e, de outro lado, a “tendência autoritária, que, ao contrário, reforça a primeira em detrimento da segunda”. Essas categorias correspondem, conforme o autor, às “duas concepções de homem, da sociedade e de suas relações, de duas filosofias, de dois sistemas de vida, de que os diversos regimes políticos nada mais são que modalidades de adaptação técnica num plano particular” (ibidem, p. 12).

Em seguida, o mesmo autor discorre a respeito da escolha dos governantes, ponto essencial para se avaliar um regime político, o que “depende amplamente do valor dos homens que o compõem: os processos de seleção desses homens constituem, pois, uma das bases essenciais do regime”. Quanto maior a liberdade dos governados, maior o controle sobre a autoridade dos governantes, relação que será mais acentuada quando os primeiros escolhem os segundos. “Em definitivo, a mais profunda diferença que separa as diversas categorias de regimes políticos repousa no fato de, neles, serem os governantes ou não a emanção de eleições gerais e francas”. (ibidem, p. 13)

Destarte, cumpre abordar os processos de escolha dos governantes de um Estado. A esse respeito, dentre os procedimentos conhecidos, o autor lembra a herança, a eleição, a cooptação, o sorteio e a conquista, procedimentos que podem ser agrupados em duas categorias: os processos democráticos, em que os governados escolhem os governantes e que correspondem, via de regra, à doutrina liberal, e os processos autocráticos, nos quais a escolha dos governantes, normalmente, escapa a qualquer ação dos governados e que correspondem à doutrina autoritária. Esses regimes autocráticos são trabalhados na sequência.

1.1 Regimes Autocráticos

Bobbio (2003, p. 235), recorrendo aos conceitos que extrai especialmente da matriz kelseniana, assinala “que a democracia é o sistema da autonomia e a autocracia, o da heteronomia”. De fato, na democracia o povo é governado por normas que ele mesmo estabelece, diretamente ou por representação, enquanto na autocracia o povo é governado por normas exteriores, que lhe são impostas pelo detentor do poder, sem qualquer consideração à vontade popular.

A expressão autocracia, aqui, é empregada com o significado de governo absoluto, que detém poder ilimitado sobre os súditos, e o detentor do poder “é um autocrata sempre que suas decisões não possam ser eficazmente freadas pelas forças intra-governativas” (STOPPINO, 1998, p. 372). Convém lembrar, com o mesmo autor, que a palavra autocracia “tem sido usada por alguns teóricos da política e do direito, nomeadamente Hans Kelsen, Ferdinand A. Hermes e Carl. J. Friedrich, como o termo [genérico] mais apropriado para designar toda classe dos regimes antidemocráticos ou não-democráticos”, com o sentido, pois, de ditadura, expressão específica que tende a ser empregada para “designar toda classe dos regimes não-democráticos especificamente modernos, isto é, dos regimes não-democráticos existentes nos países modernos ou em vias de modernização” (idem), além do que “até hoje ainda não se encontrou um termo mais adequado que o de Ditadura para designar, em seu conjunto, os regimes não-democráticos modernos” (ibidem, p. 373). Este é o sentido adotado neste trabalho, considerando-se a análise da ditadura no Brasil e na Argentina, entendendo-se autocracia como sinônimo de ditadura, pois, nos dois Estados, no período ditatorial, houve a figura de um chefe que personificou o poder. Todavia, é de se registrar a distinção conceitual, de grau, entre os termos, considerando-se “autocracia” um termo essencialmente genérico, e “ditadura” um termo essencialmente específico, que, todavia, é empregado como termo genérico e, pois, sinônimo de autocracia, expressão pouco utilizada na América Latina.

Entre os dois processos atrás mencionados (autocracia e democracia), há os que são denominados de mistos ou intermediários, pois têm características de um e de outro.

Em relação à ditadura, Mario Stoppino (1998, p. 368) lembra que essa palavra tem sua origem na “ditadura romana”. Nela, ditadura “era um órgão extraordinário que poderia ser ativado conforme processos e dentro de limites constitucionalmente definidos, para fazer frente a uma situação de emergência”, como numa situação de guerra (*ditadura rei gerendae causa*), em que era nomeado um ditador para conduzi-la, ou na busca de solução para uma crise interna (*dictatura seditionis sedandae et rei gerendae causa*). O ditador “era nomeado por um ou ambos os cônsules, em consequência de uma proposta do Senado ao qual cabia julgar se a situação de perigo fazia realmente necessário o recurso à Ditadura”, sendo vedado

ao cônsul autonomar-se como tal, além do que não lhe era permitido declarar o estado de emergência. O ditador deveria limitar-se ao fim para o qual tinha sido nomeado. Os poderes do ditador, não obstante tivessem limites, eram bem amplos, pois ele “exercia o pleno comando militar; os cônsules eram a ele subordinados; seus atos não eram submetidos à *intercessio* dos tribunos; gozava do *jus edicendi* e, durante o período no qual exercia o cargo, seus decretos tinham o valor de lei”. O autor aduz que, “contra suas sentenças penais, o cidadão não podia apelar”. Mas ao ditador era vedado “revogar ou mudar a Constituição, declarar a guerra, impor novos ônus fiscais aos cidadãos romanos, assim como não tinha competência na jurisdição civil”.

Outra interessante característica da ditadura romana é que ela “estava circunscrita entre limites temporais muito rígidos”. Não durava mais de seis meses, e menos ainda quando o magistrado, que tinha nomeado o ditador, deixasse o cargo por qualquer razão, além do que também podia ter prazo menor “quando o ditador tivesse chegado ao fim da incumbência para a qual fora nomeado”, e essa rigorosa restrição temporal produzia muita influência na conduta do ditador, “o qual sabia que num breve prazo de tempo voltariam a vigorar todos os limites e todos os controles constitucionais” (idem).

Essa forma de ditadura existiu entre os Séc. V a III a.C. e, posteriormente, seu significado foi sofrendo mutações ao longo do tempo. Atualmente, o sentido da expressão é bem diferente daquele, de modo que, sob essa rubrica, são reunidos “todos os regimes antidemocráticos ou não democráticos modernos”, sendo que “o ponto de coincidência entre os dois fenômenos é a concentração e o caráter absoluto do poder”. Todavia, ao contrário da ditadura romana, a moderna “não é autorizada por regras constitucionais: se instaura de fato ou, em todo o caso, subverte a ordem política preexistente” (ibidem, p. 369).

É relevante observar que “a extensão do seu poder não está predeterminada pela Constituição: seu poder não sofre limites jurídicos”, além do que, não obstante “algumas Ditaduras modernas tendam ainda a se auto-apresentar como ‘temporárias’, sua duração não está antecipadamente fixada”, de modo que permanece como regime político enquanto persistir a estabilidade social. “Em resumo, a Ditadura romana é um órgão excepcional e temporário, a Ditadura moderna uma forma de Governo normal e durável” (idem).

Ainda a respeito da chamada “Ditadura Romana”, é de se afirmar que, ao menos até o Séc. III a.C., ela era legítima e não tinha os contornos do que os modernos chamam de “ditadura”. Em verdade, sua proximidade se dá com o que contemporaneamente se conhece como “Estado de Sítio”, presente até os dias atuais em praticamente todas as constituições democráticas, inclusive a brasileira.

Stoppino (1998, p. 369) ainda obtempera que o sistema normativo pode prever que o executivo legisle, em estado de emergência, como se verificou no art. 48 da Constituição alemã de Weimar, além dos poderes “atribuídos aos próprios Governos pelos Parlamentos dos diversos países beligerantes durante a Primeira e a Segunda Guerra Mundial”, o que acabou por se denominar “Governo de crise”, com a etiqueta de “ditadura constitucional” ou limitada, contraposta à “ditadura inconstitucional” ou ilimitada. Aquela (“ditadura constitucional” ou limitada) é, em verdade, a adoção de “procedimentos excepcionais”, configuradores de simples elementos secundários de um regime político “que se caracteriza por outros tipos de instituições inteiramente diferentes” (idem).

O mesmo autor (p. 373) aponta que a denominada “ditadura moderna” tem ao menos três características que lhe são marcantes, a saber: “a concentração e o caráter ilimitado do poder; as condições políticas ambientais, constituídas pela entrada de largos estratos da população na política e pelo princípio da soberania popular; a precariedade das regras de sucessão no poder”. De fato, quanto à primeira característica, numa ditadura o exercício do poder é concentrado em uma pessoa ou num pequeno grupo de pessoas, sem submissão a qualquer freio estabelecido na lei, pois o governo ditatorial se coloca acima das normas existentes e transforma sua vontade em lei. Em relação à segunda, tem-se que os regimes ditatoriais surgem sempre que a sociedade passa por crises econômicas e/ou sociais, situação que desperta o interesse e a participação popular. Quanto à última, é certo que as ditaduras sempre se apresentam como legítima expressão das necessidades e interesses da população, de modo que adotam verdadeiros artifícios que visam denotar a anuência do povo, em verdadeiras práticas de democracia subvertida, na qual “o povo é forçado a manifestar uma completa adesão à orientação política do ditador, a fim de que este possa proclamar que sua ação se apóia na vontade popular” (ibidem, p. 374).

Argelina Figueiredo e Marcus Figueiredo observam que há “três fontes de legitimidade para regimes deste tipo”, a saber, a divindade/religiosidade, a força/inteligência sobre-humana, e as doutrinas político-ideológicas, podendo-se falar, pois, em duas espécies de autocracias, quis sejam, as chamadas teocracias e as laicas (1993, pp. 15-16).

Duverger lembra que os regimes autocráticos têm como característica comum “fazer que a escolha dos governantes fuja a qualquer ação dos governados: o governo se recruta de alguma forma ‘por si mesmo’; daí o termo autocracia” (op. cit., p. 14). Na sequência, o autor aduz que o regime autocrático, atualmente, só está presente em “países sociologicamente atrasados” e “nas ditaduras”, mas foi adotado durante muitos séculos na maioria das nações, e assumiu diferentes formas: conquista, herança, cooptação, sorteio, etc.

A conquista é o mais comum processo de escolha dos governantes nesse regime, e pode ocorrer por meio de (a) revolução, que faz uso da força popular; (b) do golpe de estado, que emprega a força do governo anterior para destruí-lo e substituí-lo; e (c) do pronunciamento, variedade particular de golpe de estado de uso dos militares, com a anotação de que, na maioria das vezes, os diferentes processos se combinam.

Essa forma, a saber, a conquista do governo, constitui, do ponto de vista jurídico, “um puro fato”, com os contornos de grave violação do direito. Todavia, do fato e do direito violado “nasce um direito novo: os governantes resultantes da conquista esforçam-se por legitimar seu poder” (ibidem, p. 14), buscando a confirmação do reconhecimento da conquista.

A herança ainda é a forma mais difundida nos regimes autocráticos e, em regra, “aplica-se a um homem (monarquia hereditária); no entanto, tem-se conhecimento de assembléias hereditárias”. Os monarquistas sustentam que a herança tem algumas vantagens, como a estabilidade do regime, a tranqüilidade e facilidade na sucessão, a possibilidade de ser preparado, com educação apropriada, determinado governante para assumir o cargo no futuro, além da “confusão entre o interesse da Nação e o interesse particular de uma família, que dá ao rei uma vantagem pessoal em se preocupar com a grandeza de seu reino”. O autor, porém, aponta alguns graves defeitos na herança, quais sejam, (a) o perigo de ser o governante menor, o que leva à necessidade de uma regência; (b) a possibilidade de o governante ser um incapaz ou um doente; (c) o isolamento dos governantes, “que formam uma casta sem contato com os governados” (ibidem, p. 15).

Quando se fala de cooptação tem-se que o governante no exercício da função (predecessor) designa o governante futuro (sucessor), seja ele um indivíduo ou uma assembleia. Há exemplos dessa forma de autocracia no Império Romano, no século dos Antoninos, e na época moderna “o Consulado francês e os ditadores contemporâneos tentaram, sem grande êxito, ressuscitar o sistema”. Ela tem vantagens em relação à forma autocrática da herança, pois possibilita a eliminação de herdeiros incapazes e das regências; porém, apresenta “graves inconveniências, dando origem a competições entre os possíveis sucessores, tanto em vida do soberano como após sua morte. A cooptação alimenta as revoluções de palácio: atesta-o tôda a história do Império Romano” (idem – sic).

Há, também, a forma autocrática do sorteio, que foi utilizada só em algumas cidades antigas na designação de magistrados. Na esfera administrativa e judiciária essa forma ainda sobrevive, como no sorteio de jurados que atuam no Tribunal do Júri.

Por fim, há a forma autocrática da nomeação por outro governante. Consoante Duverger (1962, pp. 15 e 16), nela há uma característica derivada, uma vez que se for eleito o governante, a nomeação por ele feita tem caráter democrático, ainda que indireto; e, no caso contrário, o caráter é de nomeação autocrática. Essa forma de autocracia – nomeação decorrente de eleição indireta, com a “propaganda” de que se trata de prática democrática – foi empregada no Brasil, durante o período ditatorial, em época de escolha indireta dos governadores dos Estados Federados, fruto do Ato Institucional número 3, que, em seu artigo 1º. dispunha: “A eleição de Governador e Vice-Governador dos Estados far-se-á pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Legislativa, em sessão pública e votação nominal”. Somente em 1982 é que foram restabelecidas as eleições diretas para governadores dos Estados, que ocorreram consoante a Lei nº. 6.978, de 19 de janeiro de 1982.

Todas as formas de autocracia têm a comum característica de “certos homens comandarem seus semelhantes, sem que êstes tenham intervindo em sua investidura”, de modo que “os regimes autocráticos repousam no irracional” (DUVERGER, 1962, p. 16 – sic).

Em suma, conforme Argelina Figueiredo e Marcus Figueiredo (1993, p. 15), “as autocracias são regimes onde o poder político reside em uma única pessoa”, que pode, “se quiser, distribuir poderes de menor importância para outros, mas mantém com ela mesma o controle do exercício do poder, de seu próprio e dos seus auxiliares”.

Mas convém lembrar que, consoante a anotação de Norberto Bobbio (1997, p. 167), na linguagem marxista, o termo ditadura é empregado, em regra, para indicar o domínio de uma classe sobre outra, de forma que “tornaram-se usuais na teoria política marxista, para designar o Estado burguês e o Estado proletário, as expressões ‘ditadura da burguesia’ e ‘ditadura do proletariado’”. A propósito desse pensamento de Marx:

A essência da doutrina de Estado de Marx só pode ser formulada por quem compreendeu que a ditadura de uma classe é necessária não só para toda a sociedade classista em geral, não só para o proletariado depois de haver derrotado a burguesia, mas também para todo o período histórico que separa o capitalismo e a sociedade sem classes do comunismo. *As formas de Estados burgueses são extraordinariamente variadas, mas sua essência é uma só: todos esses Estados são, de uma maneira ou de outra, em última instância, por necessidade, uma ditadura da burguesia.* A transição do capitalismo ao comunismo indiscutivelmente não pode deixar de dar lugar a um grande número e uma grande variedade de formas políticas, mas sua essência será inevitavelmente uma só: a ditadura do proletariado (BOBBIO, 2003, p. 89).

Esse pensamento leva à total falta de qualquer sentido na distinção dos regimes de governo – democracia ou ditadura –, pois todos os Estados teriam o caráter de “ditadura”

(ibidem, p. 88). O pensamento marxista de ditadura, ao se referir a uma classe, foge ao sentido técnico, pois, “desde os tempos da Roma antiga, ‘ditadura’ é uma magistratura extraordinária, justificada – e, portanto, legítima – quando se declara o estado de alarme”. A ditadura clássica “tem o caráter de uma magistratura monocrática, e por isso mal suporta a referência a um sujeito coletivo como a classe”, além do que é “temporária e adquire legitimidade enquanto dura o estado de alarme”. Como, em Marx, a ditadura está sempre presente – seja da burguesia ou do proletariado –, não há essa característica da temporariedade (ibidem, p. 89).

Pode-se dizer que, para o marxismo, a expressão “ditadura”, assim como “despotismo”, é empregada no sentido de domínio de classe, e não em seu significado tradicional. Registre-se, aqui, que Norberto Bobbio trata especialmente a respeito da ditadura no pensamento marxista, rejeitando-o parcialmente, no capítulo “Democracia e ditadura”, na obra “Política e cultura” (BOBBIO, 2015, pp. 221-231).

Neste trabalho, como se viu, a referida expressão é utilizada para designar o poder político que reside em uma única pessoa, não escolhida pelos governados, ao contrário do que se dá na democracia, como se verá em seguida.

1.2 Regimes Democráticos

Além dos regimes autocráticos, de outro lado, têm-se os regimes democráticos, nos quais, conforme Argelina Figueiredo e Marcus Figueiredo, a origem do poder está no cidadão, individualmente, e, ao mesmo tempo, em todos os membros da sociedade, bem como está nas mãos do povo a distribuição do poder e o controle de seu exercício (1993, p. 16). Este pensamento encontra-se em conformidade com a etimologia da palavra, que vem de “*démokratía*”: *demos* (povo) + *kratía* (governo, força, poder).

A respeito deste regime, não é razoável deixar de buscar a tradição. E, no particular, Norberto Bobbio anota que, na teoria da democracia, confluem três tradições históricas, a saber:

a) a teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, segundo a qual a Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos; *b)* a teoria medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; *c)* a teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, e a antiga

Democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é a aristocracia), onde se origina o intercâmbio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideais republicanos e o Governo genuinamente popular é chamado, em vez de Democracia, de república. O problema da Democracia, das suas características, de sua importância ou desimportância é, como se vê, antigo. Tão antigo quanto a reflexão sobre as coisas da política, tendo sido reproposto e reformulado em todas as épocas. De tal maneira isto é verdade, que um exame do debate contemporâneo em torno do conceito e do valor da Democracia não pode prescindir de uma referência, ainda que rápida, à tradição (BOBBIO, 1998, pp. 319-320).

Nos regimes democráticos há uma só fonte de legitimidade consistente no igual direito político que todos têm, salvo privilégio estabelecido por lei consoante a vontade da maioria. Sua base está na soberania popular, que é, em outras palavras, o alicerce da organização de um regime democrático.

Para Norberto Bobbio, quando se discorre a respeito da democracia fala-se na oposição a todas as formas autocráticas de governar, além do que ela pressupõe regras que definem quem poderá tomar decisões coletivas, quais os procedimentos que serão adotados para tanto, e envolve a mais ampla possível participação dos interessados (BOBBIO, 2000b, p. 30).

Também no tocante ao significado da democracia, Giovanni Sartori observa que “todos os termos que entram significativamente na(s) definição(ões) de democracia foram modelados pela experiência e refletem o que aprendemos enquanto experimentadores ao longo da história.” Ele aduz que, “argumentativamente, há muitas democracias possíveis, isto é, logicamente concebíveis; mas não há muitas historicamente possíveis.” (SARTORI, 1994b, p. 18).

Bochenek (2013, p. 98), invocando Crick (2006, p. 16), observa que o vocábulo democracia pode ser entendido como uma palavra promíscua e muitas vezes apenas retórica, mas não será certamente um valor único que compreende ou afasta todos os outros valores em todas as circunstâncias.

Todavia, Sartori (1994a, p. 22) lembra que não obstante a expressão “democracia” tenha diversos significados, com o que é possível conviver, não se pode concordar com a posição de que “democracia pode significar absolutamente qualquer coisa”, pois “aí já é demais”.

E, conforme a advertência de Robert Dahl (2001, pp. 12-14), há 25 séculos a democracia vem sendo “discutida, debatida, apoiada, atacada, ignorada, estabelecida, praticada, destruída e depois, às vezes, restabelecida aparentemente”, de modo que não se pode falar em concordância sobre alguns de seus pontos fundamentais, pois o referido regime

tem “significados diferentes para povos diferentes em diferentes tempos e diferentes lugares”. Assim, ele questiona: com tão díspares significados, “como poderemos nós concordar sobre o que signifique hoje?”, além de indagar “quão democrática é a ‘democracia’ nos países hoje chamados democráticos - Estados Unidos, Inglaterra, França, Noruega, Austrália e muitos outros?” Ademais, prossegue ele em seus questionamentos, “será possível explicar por que esses países são ‘democráticos’ e tantos outros não?”

Ainda a respeito do significado de democracia, Boaventura de Sousa Santos, em “Refundacion del Estado em América Latina”, sustenta que é possível falar-se em “demodiversidad”, inspirando-se na expressão “biodiversidade”. Segundo o seu pensamento, a “demodiversidade” integra os diferentes modelos de democracia, vale dizer, “la democracia intercultural” (2010, pp. 94 e 98), e essas diversas formas de deliberação democrática são, para ele, legítimas (idem, p. 130).

Mas é certo que alguns elementos mínimos são exigíveis para se falar em democracia.

Em seu livro “Poliarquia”, Robert Dahl, em última análise, sustenta, em outras palavras, que são necessárias as seguintes “garantias institucionais” para se falar em efetiva democracia: a) direito de voto; b) direito de elegibilidade para cargos públicos; c) a ocorrência de eleições livres e honestas (“idôneas”); d) liberdade de expressão; e) direito de os líderes políticos disputarem apoio e votos; f) a existência de fontes alternativas de informação; g) a liberdade de integrar organizações e a de reunião; e h) a existência de instituições que sejam capazes de fazer com que as políticas (medidas) governamentais dependam de eleições (do voto) e de outras formas de manifestações de preferência da vontade popular (DAHL, 2005, p. 27).

Na mesma linha, Guillermo O’Donnell expõe que o regime democrático é aquele em que as principais posições de governo são alcançadas “mediante eleições que são por sua vez limpas e institucionalizadas”, além do que, “durante e entre as eleições”, deverão ser garantidas “diversas liberdades - habitualmente chamadas ‘políticas’ - tais como as de associação, expressão, movimento e de disponibilidade de informação não monopolizada pelo estado ou por agentes privados” (O’DONNELL, 2013, p. 22).

E, numa democracia tem-se a plena admissibilidade do conflito de posições, com diferentes propostas que podem se contrapor e com a possibilidade de se escolher entre uma e outra, sem qualquer espécie de represália.

Antônio Cesar Bochenek indaga a respeito do que se pode considerar uma “sociedade democrática”. E assim ele responde:

Seria uma sociedade pacificada e harmoniosa em que as divergências foram superadas e na qual se estabeleceu um consenso a partir de uma interpretação única dos valores comuns? Ou seria uma sociedade com uma esfera pública vibrante em que as visões conflitantes podem se expressar e há uma possibilidade de escolha entre projetos alternativos legítimos? A resposta depende da perspectiva ideológica adotada. Todavia, parece correto afirmar que a diversidade humana não contempla satisfatoriamente apenas consensos a partir da erradicação de antagonismos e do obsoleto modelo adversarial de política. Ao contrário, a especificidade da democracia moderna repousa no reconhecimento e legitimação do conflito e na recusa em suprimi-lo pela imposição de uma ordem autoritária (BOCHENEK, 2013, p. 103).

Ainda quanto ao significado, não é demais anotar que, consoante Rafael Salatini de Almeida (2014), em um curso intitulado “Bobbio e a Democracia”, ministrado na UNESP/Marília, com fundamento nesse autor, em “A teoria das formas de governo” (BOBBIO, 1997), na antiguidade, democracia correspondia à ideia do governo de muitos (pobres, mulheres, escravos, etc.) para muitos (a pólis, a comunidade), o que, à época, era forma corrompida e deturpada de exercício do poder político. Por isto, Platão e a maioria dos autores gregos antigos, muitas vezes usam termos chulos quando se referem à democracia.

De fato, Norberto Bobbio, teórico da democracia liberal, em seu “Dicionário de Política”, lembra:

Igualmente clássico é o argumento com o qual o fautor da oligarquia e, em seu enalço o fautor da monarquia, condenam o Governo democrático: “Não há coisa... mais estulta e mais insolente que uma multidão incapaz”. Como pode governar bem “aquele que não recebeu instrução nem conheceu nada de bom e de conveniente e que desequilibra os negócios públicos intrometendo-se sem discernimento, semelhante a uma torrente caudalosa”? (BOBBIO, 1998, p. 320).

Na sequência, na mesma obra, o autor observa que, em Platão, das cinco formas de Governo descritas em a “República”, a saber, aristocracia, timocracia, oligarquia, democracia e tirania, só uma delas, a aristocracia, é boa. A democracia nasce quando os pobres, depois de conquistarem a vitória, “matam alguns adversários, mandam outros para o exílio e dividem com os remanescentes, em condições paritárias, o Governo e os cargos públicos, sendo estes determinados, na maioria das vezes, pelo sorteio (557a)”.

Bobbio ainda adverte que Platão, em o “Político”, distinguindo as formas boas das formas más de Governo com base no critério da legalidade e da ilegalidade, sustenta que, sob todos os aspectos, a democracia “é fraca e não traz nem muito benefício nem muito dano, se a compararmos com outras formas, porque nela estão pulverizados os poderes em pequenas

frações, entre muitos”. E aduz que, “de todas as formas legais, é esta a mais infeliz, enquanto que entre todas as que são contra a lei é a melhor”, pois “se todas forem desenfreadas, é na Democracia que há mais vantagem para viver; por outro lado, se todas forem bem organizadas, é nela que há menor vantagem para viver” (303 *a e b*) (BOBBIO, 1998, p. 320).

Ademais, Platão, em a “República”, sustenta que, na democracia, para se alcançar as mais elevadas funções, “não é preciso estar preparado por longos trabalhos, ter auferido os benefícios de excelente educação e ter-se exercitado, desde a infância, na prática de todas as virtudes”. Antes, aquele “que ingressa na carreira política, ninguém pede que dê prova de sua ciência e sabedoria, assim como da honestidade de seu passado. Basta, para que lhe concedam confiança, que afirme seu devotamento a causa do povo”, já que “é um espírito ‘largo e nada escrupuloso’ que reina neste Estado, onde todos se contentam com vagas promessas sem procurar saber se quem as formula é capaz de cumpri-las!” (PLATÃO, 1965, 558b, p. 47).

Aristóteles, em a “Política”, ressalta que o governo da maioria ou da multidão para o bem de todos é chamado “politia” e se distingue do governo de um só ou do de poucos, e a democracia é sua forma corrupta, sendo ela definida como o governo dos pobres “para o benefício dos homens sem posses”, de modo que, ao lado da tirania e da oligarquia, não tem “como objetivo o benefício de toda a comunidade” (1999, p. 224).

De fato, com tantas e diferentes opiniões a respeito do que poderia ser democracia, pode-se dizer que ela “parece ter sido inventada mais de uma vez, em mais de um local”, de modo que, sempre que existirem condições favoráveis e adequadas, ela poderá “ser inventada e reinventada de maneira autônoma”, e, pois, “devido a condições favoráveis, é bem provável que tenha existido alguma forma de democracia em governos tribais muito antes da história registrada” (DAHL, 2001, p. 19).

Aceita-se, comumente, que a democracia foi estabelecida, de forma mais clara, cerca de 500 anos a.C., na Grécia clássica e em Roma, onde se permitia a participação de parte maior da população nas discussões, debates e decisões envolvendo as cidades-estados. Neste sentido, Simone Goyard-Fabre (2003, p. 18).

E foram os gregos, provavelmente os atenienses, que passaram a fazer uso da expressão “democracia” – “*démokratía*” –, que, como já observado, vem das palavras gregas “*demos*” (povo) e “*kratía*” (governo, força, poder), mas em Atenas, “povo”, por vezes, “significava apenas a gente comum ou apenas o pobre” (DAHL, 2001, p. 21).^[1]

^[1] Conforme informação pessoal do Prof. Jayme Wanderley Gasparoto (orientador), a rubrica pode significar também: povoado, pequena comunidade. Dadas as condições geográficas da Grécia, a comunicação entre essas comunidades era bastante precária, o que dificultava o domínio de uma determinada polis.

Esse mesmo autor elenca alguns motivos que levaram a democracia a se espalhar pelo mundo, a saber: a) o perigo de intervenção estrangeira, de um poder hostil à democracia, “diminuiu quando os impérios coloniais se dissolveram, os povos ganharam a independência e a comunidade internacional deu amplo suporte à democratização”; b) a incapacidade de corresponderem às dificuldades de uma sociedade moderna fez com que fosse reduzido o fascínio das ditaduras militares; c) muitos dos países que chegaram à democratização “eram suficientemente homogêneos para evitar sérios conflitos culturais”, e em outros mais divididos culturalmente houve condições favoráveis para os “arranjos consensuais”, observando-se que, “onde os conflitos culturais eram sérios, como em partes da África do Sul e na antiga Iugoslávia, a democratização foi um belo desastre”; d) “com as visíveis falhas dos sistemas totalitários, das ditaduras militares e de muitos outros regimes totalitários, as ideologias e as convicções antidemocráticas perderam seu atrativo para boa parte do mundo”; e) “as instituições do capitalismo de mercado espalharam-se por todos os países”, o que levou ao surgimento de uma “enorme classe média influente [e] solidária com as idéias e as instituições democráticas” (DAHL, 2001, pp. 180 e 181), obtemperando que em muitos dos países democráticos as instituições políticas eram frágeis ou imperfeitas.

Invocando Bobbio (1997), Rafael Salatini de Almeida (2014) lembra que, sob a ótica daquele pensador italiano, democracia é vista sob três aspectos, presentes tanto na visão antiga como na moderna.

A primeira visão é a analítica, em que a forma de governo é vista sob dois questionamentos: 1 – quem governa? Um, poucos ou muitos? Governo de um é descendente (de cima para baixo), enquanto o de poucos ou o de muitos é ascendente (de baixo para cima); 2 – como governa? Monarquia (governo de um em prol do bem comum) ou tirania (governo de um em seu próprio benefício), aristocracia (governo de poucos em favor do bem comum) ou oligarquia (governo de poucos em favor deles próprios), e politia (governo de muitos para o bem comum) ou democracia (governo de pobres para eles mesmos).

Consoante Norberto Bobbio, em “A teoria das formas de governo”, politia é um “termo que traduz ‘politeia’, sem traduzi-lo” (BOBBIO, 1997, p. 57), e seria, consoante se extrai de Aristóteles, “uma fusão da oligarquia e da democracia” (ibidem, pp. 60-61), numa união de ricos e pobres.

A segunda visão é a axiológica, de valoração, sendo que, na concepção antiga, a democracia era vista de forma negativa (pobres que exercem o governo para todos), e na concepção moderna ela também é negativa, observando-se que, entre os séculos XVI e XIX e até metade do Séc. XX, os grandes teóricos políticos desprezavam a democracia e até a

chamavam de vinocracia (governo dos bêbados), ou de ginococracia (governo das mulheres), ou de dulocracia (governo dos escravos). Só a partir da segunda metade do Séc. XX é que a democracia passou a ser vista como boa e positiva, depois da segunda guerra.

A terceira visão é a cronológica (histórica), segundo a qual, na concepção antiga, fala-se em democracia direta, por meio de uma assembleia (de forma direta), que ocorria em pequenos Estados. O princípio político, na assembleia, é o da unidade. Na moderna, sob o modelo de democracia representativa (por mandato), ela é efetivada de forma indireta, por meio do parlamento, e normalmente está presente em grandes Estados. No parlamento, o princípio é o do pluralismo.

O parlamento é instituição medieval, produzida por grupo que não tinha qualquer poder político, mas sim no comércio (burgueses). Na origem, a palavra “parlamento” – “parlare”, na raiz –, vem da ideia de falar, de trocar informações. A coroa era símbolo da aristocracia, enquanto o parlamento, da burguesia. Os burgueses defendiam que o poder deveria passar da coroa para o parlamento, do que adveio a subdivisão em poder de deliberação (poder deliberativo) e poder executivo. Norberto Bobbio define parlamento como “uma assembleia ou um sistema de assembleias baseadas num ‘princípio representativo’”, sendo que tais assembleias possuem atribuições funcionais variadas, “mas todas elas se caracterizam por um denominador comum: a participação direta ou indireta, muito ou pouco relevante, na elaboração e execução das opções políticas, a fim de que elas correspondam à ‘vontade popular’” (BOBBIO, 1998, p. 880).

Ainda em relação ao parlamento, pode-se dizer que há o modelo britânico (monarquia parlamentar), o do bipartidarismo (decorre do princípio eleitoral majoritário, em que a escolha se dá por maioria simples), e o modelo francês (república parlamentar), com pluripartidarismo (decorre do princípio eleitoral proporcional, por uma espécie de cotas). O que se expandiu para o mundo foi o modelo francês. Na pluralidade, há representatividade tanto da maioria (que deve governar) como da minoria (que tem direitos), de modo que a maioria não pode governar contra a minoria (direitos indisponíveis, fundamentais, humanos, etc.).

De acordo com Bobbio, tem-se que, a partir da segunda metade do Séc. XX, a democracia é entendida e vista como bom regime político, de maneira que, atualmente, “não há regime, mesmo o mais autocrático, que não goste de ser chamado de democrático. A julgar pelo modo através do qual hoje qualquer regime se autodefine, poderíamos dizer que já não existem no mundo regimes não democráticos”. Ainda há as ditaduras, mas “existem apenas, como dizem os autocratas, com o objetivo de restaurar o mais rápido possível a ‘verdadeira’

democracia, que deverá ser, naturalmente, melhor do que a democracia suprimida pela violência” (BOBBIO, 2000a, p. 375).

No mesmo caminho, Duverger observa que um regime democrático sempre procura “estabelecer o edifício governamental sobre bases racionais”, sendo sua origem as cidades gregas, nas quais tomaram a forma de democracia direta, exercida por meio da Assembleia Geral dos Cidadãos, que concentrava plenamente o poder, “tomava todas as decisões importantes e designava os ‘magistrados’ encarregados de fazê-las aplicadas e de governar no interregno das sessões”, sistema só possível em países muito pequenos, que permita a reunião da totalidade dos participantes num mesmo local e momento, e com questões que possam ser solucionadas mais simplesmente. Ainda assim, nas cidades gregas, notavam-se problemas, pois “como Aristóteles já observava em Atenas, formavam-se certos clãs no interior da Assembléia popular; alguns homens reúnem-se em torno de um líder, e a massa ratifica docilmente suas propostas”. Tais democracias antigas eram deformadas, pois “somente os homens livres é que tinham direito de participar da Assembléia, ficando de fora os escravos que não dispunham tanto de direitos políticos como de direitos civis”, de maneira que, na antiga cidade de Atenas, “do século V, avalia-se que, num total de 400.000 habitantes, 40.000 tinham o direito de participar da Assembléia, e somente 3 a 4.000, aproximadamente, participavam de fato de seus trabalhos nas reuniões mais numerosas” (DUVERGER, 1962, p. 16 – sic).

Ainda a respeito do direito ao voto, cumpre assinalar que, entre os romanos, o conceito de cidadão era o mesmo que se tinha entre os gregos, vale dizer, o detentor do *ius suffragii*, que correspondia ao direito de votar nos comícios. “Aqueles que eram excluídos do voto, os semilivres, eram chamados de civis sine suffragio” (BOBBIO, 2000a, p. 373).

Posteriormente, no Séc. XVIII, fruto das revoluções americana e francesa, desenvolveu-se uma nova forma democrática que possibilitasse ser aplicada em grandes países. Trata-se da democracia representativa. Como os cidadãos não podem, na totalidade, participar pessoalmente do governo, eles escolhem seus representantes, que terão assento na assembleia.

Com essa nova forma, “o regime democrático conquistou paulatinamente todos os países civilizados até a vitória dos aliados em 1918, que lhe conferiu o supremo desenvolvimento” (DUVERGER, 1962, p. 17).

No curso da história, o regime democrático teve duas essenciais transformações, a saber: a) a adoção do sufrágio universal; b) o surgimento de partidos políticos organizados.

Em relação à primeira – que aqui mais interessa –, sabe-se que, durante muito tempo, “os governantes eram eleitos por apenas uma parte dos governados, geralmente os mais ricos (sufrágio censitário). Progressivamente, o corpo eleitoral ampliou-se, sob a pressão dos próprios princípios democráticos”. A França, em 1848, suprimiu “toda condição de fortuna ou de capacidade para a atribuição do direito de voto, muito embora tenha permanecido válida a condição de sexo”. Só no Séc. XX é que houve a adoção do voto feminino na maioria dos países, o que “tornou o sufrágio realmente universal”. Mas, contemporaneamente, “em quase tôdas as nações coloniais, condições de raça continuam a restringir o eleitorado nos territórios ultramarinos” (ibidem, p. 18 – sic).

De fato, Norberto Bobbio, ao abordar “a democracia dos modernos comparada à dos antigos (e à dos pósteros)”, lembra que, como democracia, os antigos entendiam só existir a forma direta, enquanto os modernos a veem na forma representativa. Não sem razão, lembra ele que, ao se falar em democracia, “a primeira imagem que nos vem à mente é o dia das eleições, longas filas de cidadãos que esperam a sua vez para colocar o voto”. Ou, ainda, quando da queda de uma ditadura e instauração da democracia. “O que nos mostram os televisores de todo o mundo? Uma cadeira de eleitor e um homem qualquer, ou o primeiro cidadão, que exercem o próprio direito ou cumprem o próprio dever de eleger quem deve representá-los”. Em outras palavras, “o voto, ao qual se costuma associar o relevante ato de uma democracia atual, é o voto não para decidir, mas sim para eleger quem deverá decidir”, ao contrário do que ocorria no pensamento democrático antigo, em que o povo se reunia em assembleia (como a Eclésia, em Atenas) para efetivamente decidir (BOBBIO, 2000a, pp. 371).

Deste modo, para os antigos a ideia e imagem de democracia era completamente diversa da que contemporaneamente se tem, pois quando se referiam à democracia “eles pensavam em uma praça ou então em uma assembléia na qual os cidadãos eram chamados a tomar eles mesmos as decisões que lhes diziam respeito”. E, “democracia”, lembra Bobbio no mesmo texto, significa “o que a palavra designa literalmente: poder do *démos*, e não, como hoje, poder dos representantes do *démos*”, a comunidade do povo, dos cidadãos, que, como visto, na pensamento antigo tinha o poder de decidir diretamente sobre todos os assuntos, como a forma de administração pública, a postura em relação a outros povos, as normas e leis, em suma, sobre todas as atividades governamentais, de maneira que democracia não significava somente a capacidade de eleger quem decidiria por eles (idem).

É verdade que, à época, na Grécia, cidadão era o detentor do status para pertencer ao corpo político, à comunidade, à assembleia que se reunia na praça. Era condição do homem

adulto e livre, o que correspondia a cerca de 10% da população. Nessa democracia direta (deliberativa) mencionada por Bobbio havia a igualdade no direito de fala, e todos tinham a faculdade de dizer o que quisessem, sem que por isso sofressem punição, de modo que o cidadão de então integrava o corpo político, diferente do que ocorre atualmente, em que a cidadania é inclusiva, reconhecendo-se cidadão toda pessoa, na condição em que é portadora de direitos.

Ainda a respeito da democracia representativa, Rosanvallon (2006, p. 19), invocando Robespierre, observa que “la democracia no es un Estado donde el pueblo, continuamente reunido, dirige por sí mismo todos los asuntos públicos”, mas sim que “la democracia es un Estado donde el Pueblo soberano, guiado por leyes que son su obra, hace por sí mismo todo lo que puede hacer bien y por delegados todo lo que no puede hacer él mismo”.

Quanto à divisão de grupos, sempre houve, na democracia, luta das facções, oposição das tendências, rivalidade de clãs. Mas “a existência de partidos políticos organizados, tais como funcionam hodiernamente no mundo, é um fenômeno relativamente recente”. Duverger (1962, p. 18) observa que os partidos políticos podem ser instrumentos de violação aos princípios democráticos quando os seus diretórios “tendem a substituir os governantes eleitos, ou quando a própria escolha dos governantes se transfere dos eleitores para os partidos (pelo sistema da representação proporcional com listas bloqueadas)”.

É de se anotar, com Norberto Bobbio (2000a, p. 380), que, na democracia moderna, “o soberano não é o povo, mas são todos os cidadãos”, e, não sem razão, o grande fundamento das democracias, hoje, é a existência das Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão, que eram desconhecidas na democracia dos antigos.

Ainda a este respeito, Robert Dahl lembra que “a democracia garante a seus cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não-democráticos não concedem e não podem conceder”. Ela não é apenas um “processo de governar”; ao contrário, como os direitos são imperativos nas instituições políticas democráticas, “a democracia também é inerentemente um sistema de direitos. Os direitos estão entre os blocos essenciais da construção de um processo de governo democrático”. Aduz o mesmo autor que, por definição, “nenhum sistema não-democrático permite a seus cidadãos (ou súditos) esse amplo leque de direitos políticos”, e “se qualquer sistema político o fizer, por definição se tornaria uma democracia” (DAHL, 2001, pp. 61-62). E, na mesma obra, ele lembra que a democracia proporciona oportunidades para a participação efetiva, a igualdade de voto, a aquisição de entendimento esclarecido, o exercício do controle definitivo do planejamento, e para a inclusão dos adultos (ibidem, p. 50).

Não bastasse, logo na introdução de seu “A Era dos Direitos”, Bobbio observa que “os direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico”, uma vez que, “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia”, de modo que “a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tomam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais” (BOBBIO, 2004, p. 1), e, um pouco mais adiante, o autor afirma que “hoje, o próprio conceito de democracia é inseparável do conceito de direitos do homem (ibidem, p. 94).

No tocante aos ideais de uma democracia, Robert A. Dahl, ao indagar de “por que a democracia” elenca suas consequências desejáveis, a saber: ela evita a tirania; estabelece os direitos essenciais; busca preservar a liberdade geral; propicia a autodeterminação, estimula a autonomia moral, possibilita o melhor desenvolvimento humano e a proteção dos interesses pessoais essenciais, bem como a igualdade política, além de levar à constante busca pela paz e pela prosperidade (DAHL, 2001, p. 58). Isto tudo forma o que se pode denominar de interesse geral, aquele que é fruto da vontade geral, a soma dos interesses públicos, e que se efetiva por meio da lei, pois esta é geral, imparcial e abstrata, de modo que constitui garantia contra qualquer um que queira se beneficiar – uma vez que a mesma lei beneficiaria a todos – ou prejudicar alguém – ela o prejudicaria e a outros tantos. Assim, as pessoas despem-se de seus interesses privados e, em assembleia, eleição ou outro meio de participação democrática, definem coletivamente quais são os interesses públicos, que devem se tornar objeto das leis. Também por isto, Dahl se insurge contra a tutela, que não pode ser aceita para garantir a democracia, uma vez que os “tutores” sempre, historicamente, defendem por primeiro os seus interesses, e não o denominado interesse geral, que deve ser fruto da decisão de todos, por meio da democracia (ibidem, pp. 84-94).

De fato, um pressuposto de toda a democracia é a igualdade garantida pelas instituições próprias da democracia, como ocorre, entre nós, com o Judiciário – em todas as Instâncias –, o Ministério Público, a Defensoria Pública, etc. Em outras palavras, são instituições que devem proteger a sociedade dela mesma, ou, ainda, é de se dizer que a ambição dos seres humanos – que pode levar à inferioridade – é controlada pelas instituições. A tutora fundamental da igualdade, evidentemente, é a Lei Fundamental; no Brasil, a Constituição Federal. Numa verdadeira democracia a inferioridade – contrária da igualdade – não é admitida.²

² De fato, desde 1992, na docência da disciplina de Direito Processual Penal, sustentamos que, conceitualmente, o contrário de igualdade não é desigualdade, uma vez que, à luz dos contornos desse direito extraídos do pensamento de Aristóteles e Rui Barbosa (igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais,

A lei deve igualizar as pessoas, evitando que a maioria tome medidas contra as minorias, pois, do contrário, ela será ilegítima e inconstitucional, conforme o pensamento de Rousseau, ao discorrer a respeito da lei (ROUSSEAU, 2000, pp. 56-59).

Robert Dahl chama de igualdade intrínseca o julgamento moral, de acordo com o qual “a vida, a liberdade e a felicidade de uma pessoa não são intrinsecamente superiores ou inferiores às de qualquer outra” (DAHL, 2001, p. 78). Ele sustenta que “a desigualdade na capacidade de vencer uma corrida ou uma competição ortográfica é uma coisa. A desigualdade nas oportunidades de votar, de falar e de participar no governo são outros quinhentos ...” (ibidem, p. 77), de modo que esse princípio deve “dar igual peso aos interesses de todos no governo do estado” (ibidem, p. 81).

Convém, ainda, lembrar que, consoante o mesmo autor observa, “apesar de suas falhas, não devemos perder de vista os benefícios que tornam a democracia mais desejável que qualquer alternativa viável a ela”. Em seguida, elenca as vantagens do regime democrático:

A democracia ajuda a impedir o governo de autocratas cruéis e perversos. A democracia garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não-democráticos não proporcionam (nem podem proporcionar). A democracia assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável. A democracia ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas. Apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercitarem a liberdade de autodeterminação - ou seja: viverem sob leis de sua própria escolha. Somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral. A democracia promove o desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável. Apenas um governo democrático pode promover um grau relativamente alto de igualdade política. As modernas democracias representativas não lutam umas contra as outras. Os países com democracias representativas tendem a ser mais prósperos que os países com governos não democráticos. Com todas essas vantagens, a democracia é para a maioria um jogo bem melhor que qualquer outra alternativa viável (DAHL, 2001, pp. 73-74).

Ou, no dizer de Antônio César Bochenek, “a democracia não é uma receita infalível contra os opressores mas ela é certamente o modo mais eficaz e simples” para enfrentá-los buscando evitar suas sempre prejudiciais ações, e, se nela for observado “o princípio da igualdade e da diferença”, bem como os da “redistribuição e do reconhecimento [...],

na medida de suas desigualdades, visando à igualização), a desigualdade integra o conceito de igualdade. Assim, entendemos que o antônimo de igualdade é a inferioridade, assim como a superioridade ou o privilégio ofensivos ao direito. Decorrencia desse entendimento é que ninguém pode ser colocado acima da lei, mas, da mesma maneira, ninguém pode ser colocado abaixo dela.

acolhidos por tribunais independentes”, como deve ocorrer nesse regime, “a democracia oferece boa proteção como pode ser razoavelmente esperado. Exige que os legisladores universalizem as suas políticas, e nenhuma minoria pode ser favorecida ou punida pelas políticas (racionalidade) que são fundadas no princípio do bem comum.” (BOCHENEK, 2013, p. 85).

Todavia, convém lembrar que, no tocante ao nível da democracia, consoante anotam Argelina Figueiredo e Marcus Figueiredo, assim como se afirma em relação aos regimes autocráticos, também são raros os democráticos puros (1993, p. 16).

Destarte, no dizer de Duverger, entre os dois regimes (autocracia e democracia), tem-se os denominados regimes mistos, presentes, notadamente, em períodos de transição, pois “raramente se efetuou de um só pulo a passagem da autocracia à democracia”. Antes, em regra, a mudança é efetivada paulatinamente, com regimes “em que certas características democráticas novas se sobrepunham a antigos caracteres autocráticos; são êsses os regimes mistos” (DUVERGER, 1962, p. 19 – sic).

Um governo é misto quando escolhido “mediante métodos intermediários entre os da democracia e os da autocracia. Não se elimina totalmente a eleição, mas ela não desempenha uma função exclusiva” (idem).

Em “Poliarquia”, obra na qual discorre sobre a transição de regimes, Robert Dahl lembra que “um número preponderante de regimes nacionais, atualmente, no mundo, possivelmente cairia na área média”, entre uma democracia plena (poliarquia) e um regime hegemônico fechado (próximo da autocracia), numa democratização – um processo progressivo – em que há ampliação e paulatino crescimento da competição e da participação política (DAHL, 2005, p. 31). O autor trabalha com quatro níveis de democratização (pp. 25 e segts), baseados nas oportunidades de participação política por meio das eleições e, assim, nas possibilidades de contestação pública, a saber (numa ordem crescente): a) hegemonias fechadas, regimes em que há baixa participação social nos pleitos e poucos candidatos fazem parte da disputa política, de modo que nelas há baixa participação política e baixa disputa pelo poder; b) hegemonias inclusivas, com elevada participação social nas eleições – boa participação política –, mas com poucos candidatos concorrendo nas eleições – fraca disputa pelo poder –; c) oligarquias competitivas, com baixa participação social nos pleitos eleitorais – participação política limitada –, mas com elevado número de candidatos nas disputas políticas – alta disputa pelo poder; d) sociedades poliárquicas, em que há ampla participação social nas eleições – alta participação política – e elevado número de candidatos nessas disputas eleitorais – alta disputa pelo poder.

Para Dahl, poliarquias “podem ser pensadas, então, como regimes relativamente (mas incompletamente) democratizados”, vale dizer, “as poliarquias são regimes que foram substancialmente popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos e amplamente abertos à contestação pública” (ibidem, p. 31). Ou, ainda, “poliarquia deriva de palavras gregas que significam ‘muitos’ e ‘governo’: assim, ‘o governo de muitos’ se distingue do governo de um, a monarquia, e do governo de poucos, a oligarquia ou a aristocracia” (DAHL, 2001, p. 104).

Há, pois, governos que são típicos de regimes mistos, colocados entre os dois extremos, a saber, a democracia plena e a autocracia mais fechada.

Fala-se no regime misto por justaposição, por combinação e por fusão, consoante as diferentes combinações entre as características democráticas e as autocráticas presentes.

Consoante Duverger (1962, p. 19), no regime misto por justaposição tem-se, lado a lado, dois organismos governamentais, um de caráter autocrático, outro democrático, sendo possível ver-se algumas espécies: a) justaposição de uma assembleia democrática (parlamento eleito) e de um monarca autocrático ou de um ditador; b) justaposição, no interior de um parlamento, de duas assembleias, uma eleita, a outra designada de forma autocrática, como na Inglaterra (Câmara dos Comuns, eleita, e a Câmara dos Lordes, hereditária); c) justaposição de características democráticas e autocráticas numa mesma assembleia, como se deu no Senado francês de 1875, que contava com 225 senadores eleitos e outros 75 inamovíveis (recrutados por cooptação).

Esta última espécie também se viu na história brasileira, durante a ditadura, quando o Senado Federal contava com os denominados senadores biônicos³ (1/3 da totalidade). Eram senadores eleitos indiretamente – em verdade, escolhidos pelo próprio governo militar –, consoante inovação decorrente do denominado “Pacote de Abril”, de 1977, editado pelo então Presidente Ernesto Geisel durante os quatorze dias em que o Congresso Nacional foi mantido fechado. Essa forma de escolha se deu para o governo manter maioria à ARENA, partido da situação, tudo porque ocorrera esmagadora vitória da oposição (MDB), mas eleições legislativas de 1974, na qual a oposição conquistou 16 das 22 cadeiras, à época renovadas, e havia o temor de se perder a maioria governista nas eleições de 1978, quando seriam

³ A expressão “biônicos” era referência a série televisiva então transmitida no Brasil, “O Homem de Seis Milhões de Dólares”, na qual o personagem principal tinha a sua vida protegida por agentes do governo por meio de implantes biônicos, isto porque tais senadores eram escolhidos pelo governo, por ele apoiados e protegidos, sem a necessidade de se submeterem a desgastante campanha política.

renovadas 2/3 das cadeiras do Senado Federal. No Brasil, desde 1966 havia governadores “biônicos” e prefeitos escolhidos da mesma forma, em alguns municípios (FARIA, 2014).

No regime misto por combinação há um organismo governamental, designado por processo complexo, com características da democracia e da autocracia, como o sufrágio de ratificação. Vale dizer, a escolha de um governo ocorre por um processo autocrático qualquer (conquista, nomeação, cooptação, herança); todavia, ele só pode ser investido da função governamental após um voto popular, que venha a homologar a escolha anteriormente feita, em verdadeiro plebiscito que não pode ser confundido com eleição.

Ainda no modelo de combinação, há o sufrágio de apresentação, em que pelo voto dos eleitores são propostos os candidatos (característica democrática), dentre os quais há a escolha para a formação de um organismo não necessariamente derivado da eleição (característica autocrática). Esse é o modelo das “listas de confiança” da Constituição francesa, do ano VIII, e trata-se de sistema que se baseia na “célebre fórmula de Sieyès: ‘A confiança emana de baixo, mas o poder provém do alto’”. Napoleão Bonaparte fez uso desse modelo, para aniquilar o sufrágio universal (DUVERGER, 1962, p. 20).

No regime misto por fusão, “o ato de nomeação é indecomponível; mas não pode ser considerado nem puramente democrático, nem puramente autocrático”. É o que se dá com a nomeação de governantes escolhidos por um pequeno número de governados, em processo que, de um lado, “se aproxima da democracia, pois os governantes são designados pelos governados; de outro, afasta-se dela, para tender à autocracia, pois poucos governados possuem a vantagem do poder eleitoral”, de forma que o modelo é misto. Conforme Duverger (idem), esse modelo é visto “em quase todos os países, como regime de transição entre a autocracia e a democracia”, pois é raro passar-se da ausência completa de eleições ao sufrágio universal, sendo que, normalmente, num primeiro momento, só um pequeno grupo de pessoas tem o direito de voto, que é ampliado progressivamente até ser atribuído a todos os cidadãos, de modo que “a autocracia cede o lugar primeiramente a uma oligarquia fechada, que se abre a pouco e pouco até tornar-se democracia”.

Quando se fala da democracia é comum ter-se a ideia de “direita” – com a característica da desconfiança da soberania do povo – e “esquerda” – grupo para o qual o socialismo era o modelo ideal. Neste sentido, o pensamento de Rosanvallon (2006, p. 9) que, depois de anotar ser a democracia o tipo de regime político desejado, observa que “a la derecha, predominó por mucho tiempo la desconfianza hacia la soberanía del pueblo. A la izquierda, fue el término ‘socialismo’ el que designó el verdadero ideal.”

Todavia, consoante lembra Bochenek (2013, pp. 95-96), nos últimos anos parece ter sido superada a clássica divisão direita e esquerda, “ao menos naquilo que se refere ao conceito de democracia. Os autores passaram a diferenciar o nível de democratização nas conceituações e nas posições daquilo que compreendem e existe na prática para a democracia”.

De fato, como já observado neste trabalho, contemporaneamente há níveis de democracia e fala-se em algumas condições mínimas para a admissão de sua existência – “democracias fracas”, assim como se tem democracias mais extremadas, normalmente identificadas como “democracias fortes”.

É de se abordar, ainda, o declínio da democracia, o que se faz na sequência.

1.2.1 O declínio da democracia

A esse respeito, Duverger (1962, pp. 21 e segts.) lembra que, depois da primeira grande guerra, houve a compreensão de que as democracias triunfariam no mundo, de forma definitiva, pois os vencidos adotavam as instituições dos vencedores. Todavia, “o refluxo chegou muito depressa. O desenvolvimento das ditaduras revelava a fraqueza interna dos novos regimes, enquanto entre os antigos nem todos fugiam ao contágio”. Posteriormente, por ocasião da segunda guerra, “a democracia declinava em tôda parte. Apesar da aparência, a vitória dos ‘povos livres’ não diminuiu êsse declínio” (sic), a demonstrar que nem todos os povos oficialmente livres o eram de fato.

Surge, nesse contexto, a diversidade de expressão da democracia, ou em outras palavras, a democracia política e a democracia social.

A democracia política “consiste no fato de serem os governantes designados por eleições livres e francas”, com o respeito às liberdades públicas (de imprensa, de associação, de reunião de culto, etc.), que concorrem para que a escolha dos governantes não seja fruto de ilusão. Envolve, ainda, “o mais completo respeito dos partidos e das personalidades de oposição, o que acarreta a ausência de tôda polícia política e de todo meio de coerção em relação aos que não aprovam totalmente os governantes no poder”. Há a exigência de que “êsses governantes não disponham de qualquer facilidade particular quando se apresentam ao sufrágio popular, mas que se achem em pé de igualdade tão perfeita quanto possível em referência aos adversários” (idem – sic).

Esse modelo de democracia (política) tem o seu declínio, em parte, por força da importância que foi dada, no Séc. XX, à democracia social, e, mais ainda, em razão do ataque, de um lado, pelo comunismo, de outro pelo fascismo.

A respeito do fascismo, Bobbio afirma:

Com l'avvento del fascismo, ottant'anni di lenta e faticosa conquista politica furono rapidamente e violentamente cancellati. L'Italia aveva un governo parlamentare, liberale e democratico. Il fascismo le impose in pochi anni un governo antiparlamentare, antiliberale e antidemocratico (BOBBIO, 2014, p. 39).⁴

Consoante Duverger, o comunismo atacou a democracia política para implantar a chamada democracia social; já o fascismo o fez para impedir a democracia social (1962, p. 24). Não obstante a clara oposição no tocante aos objetivos, ambos têm identidade no que se refere aos resultados, ou seja, provisoriamente, ao menos, a democracia política desaparece. Nem mesmo a derrota do fascismo na segunda guerra mundial alterou essa situação, pois suas causas continuam vivas.

Esse quadro propiciou o surgimento de regimes políticos com uma aparência democrática oficial, por trás da qual, de fato, tem-se o funcionamento de verdadeira autocracia.

A democracia social está em plano bem diverso, e busca mais “realizar a igualdade que fazer reinar a liberdade”, sendo relevante colocar fim à servidão econômica de certos indivíduos a outros, à “exploração do homem pelo homem” (DUVERGER, 1962, p. 23).

Os dois modelos democráticos (político e social) não se opõem; antes, se completam, de modo que “pode-se até pensar que a verdadeira democracia só poderá ser realizada com a conjunção das duas” (idem). De qualquer modo, no Séc. XX houve predominância da democracia social sobre a democracia política.

Noutra análise, sob o título de “modelos de democracia”, Arend Lijphart afirma que, “em princípio, existem muitas maneiras pelas quais uma democracia pode organizar-se e funcionar”, mas, na essência, na análise dos padrões e desempenho democrático de 36 (trinta e seis) países, referido autor fala dos modelos majoritário e consensual. O majoritário “concentra o poder político nas mãos de uma pequena maioria, e muitas vezes, mesmo, de uma maioria simples (*plurality*), em vez de uma maioria absoluta”, além do que referido

⁴ Ou, conforme a tradução vista na edição brasileira: “Com o advento do fascismo, oitenta anos de lenta e trabalhosa conquista política foram rápida e violentamente apagados. A Itália possuía um governo parlamentar, liberal e democrático. O fascismo lhe impôs, em poucos anos, um governo antiparlamentar, antiliberal e antidemocrático” (2007, p. 27)

modelo “é exclusivo, competitivo e combativo”; já o modelo consensual “tenta compartilhar, dispersar e limitar o poder de várias maneiras”, além de se caracterizar “pela abrangência, a negociação e a concessão”, de modo que “a democracia consensual poderia também ser chamada de ‘democracia de negociação’ (Kaizer, 1997: 434)” (LIJPHART, 2003, p. 18).

Mas não se tem aqui a pretensão de abordagem profunda desses dois modelos de democracia.

No Séc. XX, alguns fatores reforçaram a democracia no mundo, dentre os quais tem-se o desenvolvimento do sindicalismo e dos partidos operários, que propiciaram contrapesos e abriram caminhos para o melhor funcionamento das instituições democráticas. Também o regime de imprensa (jornais antes concentrados nas mãos das potências econômicas, que por eles dirigiam a opinião pública) e sua liberdade passaram por aprimoramentos.

Duverger (1962) sustenta que o verdadeiro perigo, para a democracia, está no fato de se ter como democráticas formas contemporâneas de regime autocrático, o que corresponde à não distinção entre o bem e o mal, e isto leva a um distanciamento das atuais necessidades sociais.

De fato, no curso da história os dominadores conseguiram instituir a autocracia com facilidade, todavia, é muito mais difícil instituir a democracia. Até por isto, nota-se, em diferentes Estados, a existência de dificuldades para serem superadas práticas próprias da autocracia militar e se caminhar para posturas típicas de efetiva democracia, o que se dá inclusive no atual regime brasileiro, visto como uma democracia nova e frágil. Também na Itália foi difícil a libertação do fascismo, e, nos dias atuais, lá existe, ainda, uma principiologia fascista, assim como no Brasil contemporâneo há uma principiologia com resquícios da ditadura militar e, na Alemanha, os resquícios do nazismo estão presentes, inclusive no Direito (ALMEIDA, 2014).

1.3 A Ditadura no Brasil e na Argentina

Essas marchas e contramarchas, avanços e recuos, fluxos e refluxos da vida institucional do país são generalizáveis para a quase totalidade das sociedades subdesenvolvidas, pois é uma das variáveis que tipifica o caráter prismático dessas nações (VALE, 1975, p. 31)

Não é objeto deste trabalho investigar a ditadura e o processo de redemocratização no Brasil e na Argentina. Todavia, a esse respeito é necessário fazer uma rápida e superficial abordagem, dada a relação desses regimes com o tema desenvolvido na pesquisa. Em outras

palavras, para se pesquisar a respeito de direitos fundamentais nos dois Estados, na ditadura e na pós-ditadura, há a necessidade de alguma abordagem no particular.

Como se dá em qualquer ditadura, também nas que foram instaladas no Brasil e na Argentina, as escolhas dos governantes eram efetivadas com desconsideração dos governados. De fato, nesse regime, consoante as palavras de Duverger (1962, p. 14), “o governo se recruta de alguma forma ‘por si mesmo’; daí o termo autocracia”.

Os dois Estados sempre tiveram democracias fracas e com as portas continuamente abertas às ditaduras. Assim, permearam em ambos os regimes democrático e ditatorial.

Aqui, interessam as ditaduras que tiveram início nos anos sessenta – na Argentina um pouco mais tarde – e, oficialmente, se estenderam até os anos oitenta do século passado. Mas há opinião no sentido de que nem todo o período de regime militar constituiu-se uma ditadura. Para conferir, em relação ao Brasil:

O regime militar aqui instalado não foi uma ditadura de 21 anos. Não é possível chamar de ditadura o período 1964-1968 (até o AI-5), com toda a movimentação político-cultural que havia no país. Muito menos os anos 1979-1985, com a aprovação da Lei da Anistia e as eleições diretas para os governos estaduais em 1985. Que ditadura no mundo foi assim? (VILLA, 2014, p. 11).

No mesmo sentido, tem-se a opinião do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, e também Ministro da Justiça no governo Fernando Collor, Célio Borja. Em entrevista ao Jornal Folha de S. Paulo, no dia 25 de março de 2014, em referência aos 50 anos de golpe de estado no Brasil, ele afirmou que o regime que se instalou em 1964 não foi uma ditadura. Indagado sobre “como descreve a ditadura, do ponto de vista jurídico?”, respondeu: “Ditadura é a concentração de todos os poderes em mãos do chefe de Estado. Nenhum presidente militar teve isso. O Congresso e o Judiciário eram independentes. Ditadura, nunca houve. O que se podia dizer é que havia um regime de plenos poderes. Não era ditadura.” Mas, na sequência, lembrou que “O AI-5 suspendeu todas as liberdades democráticas.” Ele “foi um desastre. Havia a Constituição de 1967 e um recomeço da vida constitucional. Mataram isso.” (BORJA, 2014).

Como não entender que se tratou de verdadeira ditadura o regime militar, instalado desde 1964, se o ato institucional de 09 de abril daquele ano (ato que após o segundo recebeu o número 1), em seu preâmbulo reconhecia, com clareza ímpar, que o golpe de estado que os seus comandantes denominaram de “revolução vitoriosa” “**se investe** no exercício do Poder Constituinte”? (VILLA, p. 51 - negritos nossos) Ora, investir-se sem a escolha pelos meios

democráticos é tomada de poder configuradora de ditadura. Ademais, ainda no mesmo preâmbulo, lê-se que “a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima **por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo**”. Outrossim, “nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória” (idem – negritos nossos).

Tanto no Brasil como na Argentina verificou-se, no referido período, a ausência de alguns valores próprios da democracia e, obviamente, a presença de seus contrários. Bobbio (2003, p. 239), lembra que a “ênfase nos aspectos de procedimento do governo democrático, suficientes para caracterizá-lo e diferenciá-lo da autocracia, não exclui a referência a valores, implícitos na própria seleção de um procedimento em vez do outro”. E observa que “na definição mínima de democracia se destaque em primeiro lugar o tema da não-violência”, de modo que “aparece o valor fundamental do direito à vida, e, estreitamente ligado a ele, o valor da paz, contraposto ao antivalor da guerra”. Ademais, “a democracia, até mesmo quando somente formal, se inspira no valor da igualdade e, portanto, na negação de discriminações tradicionais entre os membros de uma mesma sociedade”, sejam relacionadas “à renda, à cultura, ao sexo ou às opiniões políticas e religiosas”. Também, como uma das condições para o exercício dos direitos políticos, “o regime democrático deve assegurar algumas liberdades fundamentais, como as de opinião, reunião e associação”, essenciais para a dialética das ideias que integra a democracia. O autor, citando as ideias morais kantianas, ainda lembra que em qualquer democracia o ser humano “é uma pessoa moral que contém um fim em si e não pode ser tratado como meio; tem uma dignidade, não um preço”, de modo que devem ser observados certos direitos inerentes à pessoa, num regime democrático, e assim, ninguém pode ser submetido “a sofrimentos inúteis, humilhações, submissões prolongadas ou marginalizações, podendo, ao contrário, gozar de um mínimo de bem estar” (ibidem, p. 240).

Vladimir Passos de Freitas, ao narrar a respeito do golpe de estado de 31 de março de 1964, anota:

No dia da tomada de poder pelos militares, 1º de abril de 1964, mas registrado como sendo 31 de março, eu era um estudante de Direito. [...]. Lembro-me bem da tarde chuvosa daquele dia, quando as rádios anunciavam a tomada do poder pelos militares e a fuga do Presidente João Goulart. As notícias eram permanentes e narravam a movimentação em diversos pontos do território nacional. Uma Junta Militar assumiu a direção do país e, nos dias seguintes, discutia-se quem seria o Presidente da República. Ficamos vários dias sem aulas na Faculdade de Direito. Todos em casa, acompanhando a movimentação. O ambiente era pesado e de muitas dúvidas. Não se sabia ao certo quem iria governar o país. Com o retorno às aulas, a Faculdade era outra. O ambiente, outrora alegre, até certo ponto

anárquico, passou a ter um clima de profunda quietude e medo. Ouviam-se boatos de que pessoas seriam presas, perseguidas, processadas. Os estudantes de Direito se recolheram e passaram a ser mais discretos e a ter medo. Este tipo de medo era, para mim, desconhecido. Foi ali que comecei a perceber o receio da tomada de posições políticas (FREITAS, 2012, pp. 7-8).

Convém lembrar que vários setores da sociedade, meios de comunicação, e organizações religiosas apoiaram o golpe de estado de 1964, chamado convenientemente de “revolução”. A este respeito, Evandro Lins e Silva, em depoimento retratado na obra “O salão dos passos perdidos”, ao ser indagado, a propósito do que ocorrera em 31 de março, se “no primeiro momento, não houve então um confronto entre o Executivo e o Supremo”, respondeu: “Havia sim. Havia ameaças. Os jornais todos reclamavam a nossa cabeça”. E perguntado se “havia uma campanha no [jornal] Estado de S. Paulo contra o senhor e Hermes Lima, especialmente” – ambos ministros do Supremo Tribunal Federal –, ele esclareceu:

Especialmente. Certo dia, houve um artigo do Estado de S. Paulo contra Hermes Lima e contra mim, estranhando que a Revolução ficasse inerte diante de dois agitadores, dois comunistas, na Corte Suprema. Isso era intolerável, éramos elementos deletérios – era a expressão que eles usavam – que tinham que ser expulsos da Corte incontinenti. Não se compreendia que lá permanecêssemos. O ambiente, naquela época, era um ambiente de terror, de pânico de todo mundo. [...] (LINS E SILVA, 1997, p. 380).

René Ariel Dotti registra, a respeito do Golpe de Estado, que “a ruptura institucional, paradoxalmente confirmada no dia 1º de abril de 1964 – o dia consagrado à mentira – constituiu as faces da surpresa e da inquietação”, pois houve, de um lado, um sem número de prisões “em cadeia”, e por outro lado, “as manifestações eufóricas”. Ademais, “nas ruas e nas praças, ressoavam os *slogans* das marchas ‘da família com Deus e pela liberdade’, enquanto, nos porões e nas salas de turtura, ecoavam os sons dos gemidos e modelavam-se as máscaras dos tormentos físicos e espirituais”. Foi um período de “práticas da violência institucionalizada e da degradação do sistema constitucional e legal vigentes”; tempos que “desvendaram trechos de um *direito penal do terror*, com os processos utilizados contra dissidentes ideológicos e políticos e todos quantos passariam a receber o labéu de *subversivo*” (DOTTI, 2014, p. 10).

No Brasil, como em qualquer regime ditatorial, havia uma ideologia segundo a qual qualquer pessoa – e ato praticado – que estivesse contra o Estado ou que assim fossem equivocadamente vista, era equiparada ao terrorismo e, pois, podia ser combatida com todas

as armas, inclusive – e normalmente – a violência. Pessoas assim eram tidas como inimigas do Estado.

A este respeito, Gaspari (2002, p. 15) menciona a existência de dois conceitos. O primeiro deles, genérico, tinha relação “com a concepção absolutista da segurança pública da sociedade”, de acordo com a qual “a segurança pública é a lei suprema”. Assim, estabeleceu-se o slogan de que “contra a pátria não há direitos”, consoante informava uma placa colocada nos elevadores da polícia paulista. Conforme esta ideologia, a pátria era colocada acima de tudo e, portanto, para defendê-la daqueles que significavam ameaça a ela, tudo era admitido. O segundo conceito voltava-se à denominada “retórica dos vencedores”, que pode ser assim entendida, numa ditadura: “havendo terroristas, os militares entram em cena, o pau canta, os presos falam, e o terrorismo acaba”. Sobre isto, depois de mais de dez anos da conclusão de seu mandato, o general Emilio Garastazú Médici vangloriava-se, ao afirmar: “Era uma guerra, depois da qual foi possível devolver a paz ao Brasil. Eu acabei com o terrorismo neste país. Se não aceitássemos a guerra, se não agíssemos drasticamente, até hoje teríamos o terrorismo”.

Em outros termos, numa ditadura a violência na ação policial sempre é entendida como necessária, proporcional e adequada resposta contra tudo o que se entender como ameaça terrorista, sendo aplicável a máxima de que os fins justificam o meio, como bem se nota das palavras de outro general que também presidiu o Brasil, Ernesto Geisel, em depoimento feito a historiadores (Maria Celina d’Araujo e Celso Castro), consoante a menção feita por Gaspari (idem): “Era essencial reprimir. Não posso discutir o método de repressão, se foi adequado, se foi o melhor que se podia adotar. O fato é que a subversão acabou” (GASPARI, 2002, p. 16).

Essas palavras bem demonstram que havia, também no Brasil, uma anomia no tocante aos direitos humanos/fundamentais, característica bem própria do que Agamben denomina “Estado de Exceção”, a respeito do qual o autor afirma que “não é um direito especial (como o direito da guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito limite” (AGAMBEN, 2004a, p. 15). No tocante a esse estado, ele escreve:

No decorrer do século XX, pode-se assistir a um fenômeno paradoxal que foi bem definido como uma “guerra civil legal” (Schnur, 1983). Tome-se o caso do Estado nazista. Logo que tomou o poder (ou, como talvez se devesse dizer de modo mais exato, mal o poder lhe foi entregue), Hitler promulgou, no dia 28 de fevereiro, o *Decreto para a proteção do povo e do Estado*, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais. [...] O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil

legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político.

De fato, no início de um regime autocrático é o que se tem num primeiro momento, a exceção; todavia, as violações aos direitos tornam-se regra e passa-se a viver o que Agamben denomina de paradigma do campo, consoante suas palavras (2004a, pp. 13-14): “Diante do incessante avanço do que foi definido como uma ‘guerra civil mundial’”, no século XX, “o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea”. Esse paradigma leva os detentores do poder a agir contra os que são tidos como inimigos, que têm suas vidas totalmente capturadas e ficam em situação assemelhada à dos judeus capturados pelos nazistas: “A única comparação possível é com a situação jurídica dos judeus nos *Lager* nazistas: juntamente com a cidadania, haviam perdido toda identidade jurídica”.

É de se anotar que, no pensamento agambeniano, o conceito de “Estado de Exceção” é genérico, e não específico. Numa autocracia, as práticas típicas de exceção (tortura, abusos de autoridade, etc.) tornam-se, principiologicamente e materialmente, regra. Mas, no regime democrático, essas práticas são, principiologicamente e materialmente, exceções.

A propósito, no Brasil, o já mencionado AI 1, no artigo 7º, previa a suspensão das garantias constitucionais da vitaliciedade e estabilidade a todos os agentes públicos que as detivessem, sem possibilidade de controle de mérito pelo Poder Judiciário:

Art. 7º - Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade.

§ 1º - Mediante investigação sumária, no prazo fixado neste artigo, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos ou dispensados, ou ainda, com vencimentos e as vantagens proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, mediante atos do Comando Supremo da Revolução até a posse do Presidente da República e, depois da sua posse, por decreto presidencial ou, em se tratando de servidores estaduais, por decreto do governo do Estado, desde que tenham tentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública, sem prejuízo das sanções penais a que estejam sujeitos.

§ 2º - Ficam sujeitos às mesmas sanções os servidores municipais. Neste caso, a sanção prevista no § 1º lhes será aplicada por decreto do Governador do Estado, mediante proposta do Prefeito municipal.

§ 3º - Do ato que atingir servidor estadual ou municipal vitalício, caberá recurso para o Presidente da República.

§ 4º - O controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade.

Como se vê, os comandantes do golpe militar de 1964, desde logo, manietaram o judiciário da garantia básica e essencial para o exercício de seu poder, a saber, a vitaliciedade. Essa medida, adotada logo no início do regime militar, demonstra que seus comandantes reconheciam as ilegalidades que estavam sendo praticadas, assim como as que viriam a sê-lo, o que explica a retirada de garantias do judiciário. De fato, regime ditatorial e judiciário livre são inconciliáveis, e isto se viu no Brasil, tema que será melhor abordado no segundo capítulo deste trabalho.

O artigo 10 do mesmo ato institucional possibilitava aos comandantes – os mesmos que o editaram – a suspensão dos direitos políticos por 10 anos e a cassação dos mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, sem possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário.

Art. 10 - No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes em Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos.

Esses dispositivos do AI 1 bem demonstram o verdadeiro estado de exceção que se instalou no Brasil a partir de abril de 1964, situação que, depois, tornou-se regra, com os contornos do paradigma do campo, nas palavras de Agamben, atrás lembradas.

Vale dizer, medidas excepcionais foram incluídas no ordenamento na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser admitidas e compreendidas no plano do direito, de maneira que o estado de exceção se apresentou como a forma legal daquilo que não poderia ter forma legal, alerta que é feito por Agamben (2004a, pp. 11-12).

Como registra Marco Antonio Villa, em sua pesquisa a respeito da ditadura de 1964, as ações dos comandantes do golpe militar começaram desde logo, e foram atingidos “políticos, jornalistas, militares, intelectuais, enfim, todos aqueles que passaram a ser considerados adversários da nova ordem”. Na primeira lista, de 10 de abril, cem políticos foram cassados, dentre eles “Luiz Carlos Prestes (secretário geral do PCB), Jango, Brizola, Jânio Quadros, cabo Anselmo (líder dos marinheiros), Miguel Arraes, Darcy Ribeiro, Celso Furtado, Samuel Wainer, Francisco Julião e Almino Afonso”. No dia seguinte, outra lista foi expedida com novas cassações. “A 14 de abril, outra. E foram dezenas até dezembro de 1978” (VILLA, 2014, pp. 54 e 55).

Além das cassações, há o registro histórico das incontáveis torturas, homicídios, sequestros e desaparecimentos praticados pelo regime militar no período ditatorial tratado neste trabalho. É o que se vê na pesquisa denominada “Brasil: Nunca Mais”, publicada pela Arquidiocese de São Paulo (1985).

Aliás, no final da apresentação (anônima) da pesquisa há a menção do propósito do referido levantamento:

[que] o estudo e divulgação dos resultados deste relatório nos ajudem, a todos, na construção de uma sociedade justa e de um mundo fraterno. E nos ajudem especialmente na edificação de sistemas políticos onde a tortura não seja aplicada em hipótese nenhuma. Sob justificativa nenhuma. Sob pretexto nenhum. Que o trabalho contribua para formar uma consciência nacional que não permita a repetição dos fatos aqui relatados, no Brasil, nunca mais (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p. 21).

Caroline Silveira Bauer, em sua tese de doutoramento (Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universitat de Barcelona, 2011, p. 266), observa que a mencionada pesquisa (Brasil: Nunca Mais) foi realizada por um organismo de Direitos Humanos conhecido como “Clamor”, com a participação da Arquidiocese de São Paulo e de integrantes da Igreja Presbiteriana, com verba fornecida pelo Conselho Mundial de Igrejas (350 mil dólares). Há um importante aspecto que merece registro: a base da pesquisa foi formada por documentos oficiais, inclusive cópias de processos nos quais os acusados relatavam torturas e até mesmo apontavam nomes e patentes de torturadores. A pesquisa considerou 707 processos completos e outras dezenas de incompletos, entre abril de 1964 e março de 1979.

Ou seja, ao contrário do que se deu na Argentina – uma comissão oficial formada pelo Poder Executivo, mas que exerceu o seu trabalho com base no relato de vítimas e familiares, em declarações colhidas não oficialmente –, no Brasil a pesquisa foi realizada por um grupo não nomeado oficialmente, mas a investigação foi fundamentada em documentos oficiais, do próprio governo e seus órgãos.

É inegável a importância desse documento para a constatação das inúmeras ilegalidades criminosas praticadas por integrantes do regime militar durante a ditadura no Brasil.

De fato, nesse período não havia espaço para o debate político, pois o regime militar “desqualificava o debate, a alteridade, a pluralidade”. Antes, “o governo preferia o enfrentamento militar, em que a política era substituída pela guerra. Encontrou nos pequenos grupos de luta armada o inimigo ideal a ser vencido.” (VILLA, 2014, p. 386).

Em suma, no Brasil, durante o período da ditadura militar, reuniões foram proibidas – de se lembrar o 30º Congresso da UNE, em 12 de outubro de 1968, na cidade de Ibiúna/SP,

em que cerca de 1.000 estudantes acabaram detidos em razão da reunião não autorizada, ainda que ocorresse pacificamente –; a imprensa foi cerceada – receitas de bolo e poemas foram publicados nos jornais, em substituição aos textos censurados –; artistas de teatro e músicos sofreram perseguições em seus trabalhos, por censores e militares; elevado número de políticos opositores acabaram exilados; houve a instalação do DOI-CODI, o Destacamento de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna, que foi utilizado como centro de prisões, torturas, e assassinatos cometidos por militares que receberam treinamentos específicos até mesmo no exterior para o emprego de métodos “mais eficazes” de torturas físicas e mentais aplicadas contra os inimigos do sistema; número elevado de cidadãos foram mortos, com seus corpos destruídos ou escondidos, o que dificulta saber quantos, exatamente, foram assassinados. Enfim, nos denominados “anos de chumbo”, o quadro foi terrível para os brasileiros (BRASIL, Memórias da Ditadura, 2014).

Na Argentina, o quadro não foi diferente.

Ernesto Sábato, no informe da Comissão Nacional Sobre o Desaparecimento de Pessoas na Argentina, por ele presidida, anota que, “durante a década de 70, a Argentina foi convulsionada por um terrorismo que provinha tanto da extrema-direita quanto da extrema-esquerda, fenômeno acontecido em muitos outros países” (SÁBATO, 1985, p. 1). Aduz que, “com a técnica dos desaparecimentos e suas consequências, todos os princípios éticos que as grandes religiões e as mais profundas filosofias defenderam ao longo dos milênios de sofrimentos e calamidades foram pisoteados e barbaramente ignorados” (idem, p. 2).

Entendia-se que aquela sociedade se achava em tamanha desordem que apenas com uma intervenção militar seria possível recuperá-la. Esse entendimento ideológico, historicamente, sempre justificou as tiranias, como bem lembra Maurice Latey, na obra “Ditadura: ontem e hoje”, ao discorrer a respeito das condições para a tirania (LATEY, 1980, pp. 31-58).

Ou seja, a postura “messiânica” também esteve presente nas forças armadas argentinas, que prometiam uma regeneração social e política, com interferência não apenas nas instituições, mas em toda a nação, que seria objeto de reconstrução, para livrá-la de todo mal – a subversão – que prejudicava o seu desenvolvimento. Sabrina Steinke (2011, p. 3), observa que, no particular, O’Donnell anota:

Las fuerzas armadas se enfrentaron con lo que - no solo para ellas sino también para otros actores, internos y externos, quienes se dedicaron eficazmente a reforzar esa percepción -, en particular durante la década del setenta, aprecio como una característica que, ya esbozada en los golpes de la década del sesenta, se desplegó en plenitud durante los de la del setenta: la

idea en las fuerzas armadas de que, si la crisis habia llegado a tal punto, no podia tratarse de extirpar algún ‘cancer’ localizado, sino de someter a severo tratamiento al conjunto del ‘cuerpo social’ (O’DONNELL, 2004, p. 101).

Não sem razão, conforme a mesma autora atrás lembrada, Alejandra Leonor Pascual sustenta que, também naquele país, a ação das forças armadas configurou verdadeiro terrorismo de estado, que causa duplo dano ao cidadão, uma vez que, além de sofrer as coerções, não tem possibilidade de se defender por meio das instituições estatais, todas comprometidas com o regime. Essa espécie de terrorismo, com o poder absoluto que detêm, pratica intensa e ilimitada violência contra indivíduos e grupos, sequestros, prisões sem processo – em prisões clandestinas –, torturas e mortes com ocultação dos cadáveres (PASCUAL, 1997, p. 19).

Sábato consigna, no informe da comissão já mencionada, que a ação do Estado, na Argentina, “começava pelo sequestro das vítimas, a cargo de agentes das Forças de Segurança, que ocultavam sua identidade. O sequestrado era levado a algum dos aproximadamente 340 Centros Clandestinos de Detenção, então existentes”, que eram dirigidos “por altos oficiais das Forças Armadas e de Segurança” (SÁBATO, 1985, p. 346).

Essa forma de agir naquele país levou a um terrorismo estatal “infinitamente pior” do que aquele cometido pelos terroristas apontados como “câncer” na sociedade, uma vez que, as Forças Armadas, “a partir de 24 de março de 1976, contaram com o poder e a impunidade do Estado absolutista, sequestrando, torturando e assassinando milhares de seres humanos” (SÁBATO, 1985, p. 1), o que é prática típica de verdadeiro terrorismo de Estado.

E, consoante apurado durante os trabalhos da comissão, em relação à tortura, “de alguns meios empregados não se conheciam antecedentes em outras partes do mundo”, noticiando-se que “há várias denúncias acerca de crianças e anciãos torturados junto a um familiar, para que este proporcionasse a informação requerida pelos captores” (SÁBATO, 1985, pp. 346 e 347).

Ainda é de se registrar que, como prática bem nítida do terrorismo de estado, “a CONADEP comprovou que, no marco da metodologia investigada, foram exterminadas pessoas detidas, com ocultamento de sua identidade, tendo-se destruído os corpos em muitos casos para evitar sua posterior identificação” (ibidem).

A respeito do terrorismo de estado, Sabrina Steinke (2011, p. 4) anota a opinião de Padrós (2005, p. 88):

Na sua dinâmica de funcionamento o TDE [terrorismo de estado] visou atingir tanto alvos selecionados (lideranças políticas, militantes sociais, intelectuais) quanto indiscriminados. Isso ocorreu pela existência de um

grande número de “inimigos” reconhecidos como tais e localizados em “zona de combate” – área guerrilheira, bairros populares, prédios universitários e secundaristas – e pela identificação da população, em geral, como potencial inimiga. O ponto de partida foi a afirmação da existência de uma “guerra interna” contra um inimigo infiltrado por toda a sociedade, agente da conspiração internacional solapadora dos valores e princípios dos que controlavam a ordem vigente.

Vale dizer, exatamente como ocorria em qualquer autocracia, o cidadão que discordava das posturas do regime era considerado inimigo e, pois, deveria ser caçado, castigado e exterminado.

Essa prática não se limitou à Argentina e Brasil, mas estendeu-se a vários países da América do Sul, a partir da implementação da denominada Operação Condor – idealizada por Pinochet, que governou ditatorialmente o Chile entre 1973 e 1990 –, e envolvia Brasil, Argentina, Chile, Uruguai, Paraguai e Bolívia em uma só rede de repressão, na qual os opositores dos governos poderiam ser perseguidos, torturados, mortos e ocultados em qualquer um dos territórios, constituindo o que Mariano assim descreve: “As ditaduras militares que subjugarão o Cone Sul, nas décadas 1970 e 1980, planejaram uma organização terrorista, secreta e multinacional para caçar adversários políticos” (MARIANO, 2003 p. 25).

Verifica-se, pois, que foi desenvolvida verdadeira política hemisférica deliberada de combate ao socialismo e ao comunismo, e as pessoas que não concordassem com essa visão e que, de forma direta ou indireta, simpatizassem com a ideologia “inimiga” eram duramente perseguidas, presas, torturadas, exiladas e, muitas vezes, assassinadas friamente, tudo em decorrência de externarem um posicionamento político. Essas práticas de terrorismo de estado foram facilitadas não apenas porque a ideologia que tinham era dominante, mas também por força do apoio e financiamento dado pelos Estados Unidos, de modo que houve uma identidade entre as ditaduras do Cone Sul, vale dizer, não obstante cada país tivesse especificidades e processos políticos próprios, os inimigos do estado eram os mesmos, e a Operação Condor, com a diluição de fronteiras, possibilitou a concretização de perseguição mais eficaz aos opositores dos regimes impostos.

Vários fatores favoreceram a mencionada operação, citando-se entre eles o êxito das ditaduras nos Estados do Cone Sul nesse período histórico específico, uma vez que todos eles estavam sob governos ditatoriais concomitantemente, sem qualquer exceção. Também havia semelhança ideológica entre os governos locais, ou seja, todos eles atuavam para reprimir o comunismo e os seus seguidores. Esses governos ditatoriais afirmavam-se com base na lógica da segurança nacional.

Todavia, a Operação Condor não se tratou de mero alinhamento das políticas desses Estados do Cone Sul, já que se tratava de uma aliança oficial a respeito da qual há documentos que comprovam, inclusive, o acompanhamento que era feito pelos Estados Unidos. A esse respeito, observa o professor do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo, Pio Penna Filho:

A idéia da Operação Condor era criar de fato uma agência internacional que coordenasse atividades contra os grupos que contestavam as ditaduras militares do Cone Sul. A primeira reunião internacional para sua criação ocorreu no Chile, em 1976, e dela participaram representantes do Chile, Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai. Embora os norte-americanos não tenham participado, acompanharam de perto as decisões tomadas na reunião. Essa era uma prática relativamente comum [...] (PENNA FILHO, 2009).

Houve, assim, uma batalha ideológica que envolveu vários países do Cone Sul – inclusive Brasil e Argentina –, entre comunistas e não comunistas, estes tidos como integrantes do bem, aqueles vistos como os agentes do mal. Deve-se anotar que aqui se adota o conceito de ideologia externado por Benedicto Silva, ou seja, “ideologia é um conjunto de convicções e conceitos que pretende explicar fenômenos sociais complexos como o objetivo de orientar e simplificar as escolhas sócio-políticas que se apresentam a indivíduos e grupos.” Outrossim, “alguns aspectos que o vocábulo evoca podem ser examinados não só à luz de seu desenvolvimento histórico, mas também de certos estudos”, inclusive “da sociologia” (SILVA, 1986, p. 570-571).

Como já registrado alhures, a lógica da luta do bem contra o mal levou, na Argentina, ao entendimento de que se fazia necessária a tortura e a efetiva execução do inimigo.

Não se sabe, com certeza, o exato número de pessoas mortas e desaparecidas na Argentina, assim como no Brasil. Lá, consoante o registro feito por Ernesto Sábato, no Informe da Comissão (“Nunca Más”), “destes desamparados, muitos deles ainda adolescentes, destes abandonados pelo mundo, constatamos perto de nove mil.”. Todavia, prossegue o presidente da referida comissão, “temos fundadas razões para supor que o número é bem maior, pois muitas famílias ficaram em dúvida, se deveriam ou não denunciar os sequestros, por medo a represálias. E ainda continuam a duvidar, com medo de um retorno destas ‘forças do mal’” (SÁBATO, 1985, pp. 3-4).

Constata-se, pois, que todos os cidadãos contrários aos regimes ditatoriais que se estabeleceram no Brasil e na Argentina eram tratados como inimigos, como é comum nessas autocracias.

Em relação ao Direito, essa prática remete à teoria abordada por Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá (2007), conhecida como “Direito Penal do Inimigo”, que tem como base a perseguição da pessoa tida como inimiga, sendo que essa discussão também se estende à persecução penal, com o “Direito Processual Penal do Inimigo” e a “Execução Penal do Inimigo”, na qual muito se critica o RDD – Regime Disciplinar Diferenciado, que tem previsão e regramento na Lei de Execução Penal brasileira (nº 7.210/84) e que isola o preso do convívio com outras pessoas, a não ser em algumas poucas e excepcionais situações.

O Direito Penal do Inimigo tem relação com o denominado maximalismo penal, política criminal de ultradireita que prega controles sociais bastante extremados, que não são próprios só do Direito Penal do Inimigo, como também de outras formas de busca da repressão da criminalidade e violência, como a emblemática política de *Zero Tolerance*, instituída no pós 11 de setembro, pelo prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani.

A exemplo do que se viu nas ditaduras trabalhadas nesta pesquisa, Günther Jakobs anota que o Direito Penal do Inimigo trabalha com duas classes de pessoas: de um lado, o figurativamente denominado de cidadão, que vive conforme as regras do pacto social, e de um outro, o inimigo, o que é colocado fora da tutela estatal em razão de violar o pacto social. Em outras palavras, como o inimigo é combatente do contrato social, para a teoria estudada pelo jusfilósofo alemão Jakobs, é razoável que a ele não se apliquem as garantias constitucionais, inclusive as penais e processuais penais, próprias do pacto social, do qual o inimigo deixa de fazer parte.

Assim, o inimigo é excluído e deixa de ser sujeito de direitos, exatamente o que ocorre – e ocorreu – durante as ditaduras. Todos quantos se colocam contra o regime – ou são imaginados nessa posição pelos que exercem o poder – acabam recebendo o tratamento de inimigos, sem direitos.

Tratar pessoas como inimigas, consoante fizeram as ditaduras vivenciadas no Brasil e na Argentina, corresponde a constantes violações de direitos humanos e fundamentais.

Quando se fala em direitos humanos e fundamentais, há uma ideia de que eles possuem um *status* de superioridade em relação aos direitos em geral. Isso decorre da finalidade imanente aos direitos fundamentais, a de dar maior proteção ao que Hannah Arendt chamou de “*a condição humana*” (ARENDR, 1993), vale dizer, a condição de humanidade digna a todas as pessoas. A respeito dos direitos humanos, a autora os aborda essencialmente

em “O declínio do Estado-nação e o fim dos direitos do homem”, texto integrante de “Origens do totalitarismo” (ARENDT, 1989).

À guisa de exemplo, o direito de não ser torturado sobrepõe-se e, assim, é obstáculo ao direito do Estado na efetivação de qualquer espécie de investigação. Com maior razão o direito à vida nesse conflito de interesses. Destarte, são valores e interesses colocados pelo próprio Estado (ou soberano) como merecedores de especial proteção.

Nota-se que, nesses regimes, os direitos humanos e fundamentais, preciosas garantias conferidas aos seres humanos foram utilizados como mecanismos de captura da vida pelos que exerciam o poder soberano, constatação que nos remete aos pensamentos de Michael Foucault (2002 e 2003) e Giorgio Agamben (2002 e 2004a), que abordam os mecanismos de disciplina, de adestramento e regulamentares empregados por soberanos na captura da vida. De fato, nos dois Estados – Brasil e Argentina –, em nome da defesa da segurança pública, dos valores morais, da cidadania, da preservação da família e de outros direitos, a vida foi sempre capturada.

Essa captura ocorreu, num primeiro momento, como se fosse excepcional, o que inclusive foi prometido pelos detentores do poder. Porém, a exceção se tornou regra e, pois, com o paradigma do campo de concentração, como estrutura jurídico-política do espaço político em que os cidadãos viviam, consoante a sustentação de Agamben, que adiante será abordada.

Ora, o soberano exerce o poder numa zona de indeterminação em relação à norma (anomia), declarando-se fora da lei e, ao mesmo tempo, estipulando que ninguém pode ser colocado fora do ordenamento. Deste modo, ele captura a vida humana, transformando o ser humano em “homo sacer”: “Não se poderia dizer de modo mais claro que o fundamento primeiro do poder político é uma vida absolutamente matável, que se politiza através de sua própria matabilidade” (AGAMBEN, 2002, p. 96).

A respeito da soberania, Thomas Hobbes, tido como um dos grandes teóricos nessa temática, projeta um sistema composto de três partes, a saber: “*Corpus*”, que cuidaria dos corpos em geral; “*Homo*”, que trataria sobre o corpo humano em seu natural estado; e “*Civis*”, expressando o corpo político correspondente à vida do ser humano em sociedade.

Esse pensador inglês vê a soberania como a forma para a solução dos conflitos próprios do estado de natureza. Em outras palavras, era necessário selar a paz e cada ser humano deveria renunciar seu direito a todas as coisas, deixando de ser obstáculo a autopreservação de seu par. Ter-se-ia, pois, um contrato com um pacto de seu cumprimento.

Todavia, essa paz fundamentada tão-somente no medo da morte e o desejo de felicidade com a esperança de sê-lo – os dois grandes aspectos da vida humana –, teria a marca da instabilidade em face do risco de se desfazer o contrato. Assim surge a necessidade de um poder maior e de uma vontade mais forte para obrigar os seres humanos à paz. Isso leva à indagação: de quem seria esse poder soberano, se os homens são todos iguais por natureza?

Hobbes sugere, então, a instituição de um “homem artificial”, o “Leviatã”, com a seguinte fórmula:

[...] de um modo que é como se cada homem dissesse a todo homem: autorizo e cedo meu direito de governar-me a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de cederes teu direito a ele, autorizando todas as suas ações da mesma maneira (HOBBS, 2002, p. 115).

Observa-se que, nesse “pacto” há uma total renúncia de todos os seres humanos em favor do idealizado “homem artificial”, que acaba por concentrar todas as forças, poderes e vontades de cada ser humano. Transforma-se, assim, em uma só força, poder e vontade, inseridos num único corpo artificial, qual seja, o corpo político, isto é, o Estado, que exerce o poder absoluto do soberano.

E, em seu “Tratado Político”, Baruch Spinoza já sustentava que, paradoxalmente, quanto mais poder o soberano exercer sobre o indivíduo, menos direito este terá:

[...] Em outros termos, o direito do soberano, como o do indivíduo, no estado de natureza, mede-se pelo seu poder. **Donde se segue que cada indivíduo ou súdito tem tanto menos direito quanto o Estado inteiro tem mais poder que ele (§ 16 do capítulo precedente), e, por conseguinte, cada cidadão não tem outro direito que aquele garantido pelo Estado** (SPINOZA, s/d, p. 43 - negritos não constantes do texto original).

Indagado, certa feita, a respeito das diferenças entre sua teoria política e a de Hobbes, esse filósofo holandês, de Amsterdam, respondeu, numa correspondência datada de 2 de junho de 1647, escrita em Haia:

Perguntais-me que diferença há entre Hobbes e mim quanto à política: essa diferença consiste em que mantenho sempre o direito natural e que não concedo, numa cidade, qualquer **direito ao soberano**, sobre os seus súditos, **senão na medida em que, pelo poder, ele se lança sobre eles**; é a continuação do estado de natureza (ibidem, p. 16 – negritos não constantes do texto original).

Ou seja, no século XVII Spinoza já trilhava pelo caminho segundo o qual, ao exercer o poder soberano, o Estado “captura” todos os direitos do cidadão, “lançando-se” sobre ele. É

um prenúncio do que Foucault viria a defender com maior ousadia no Curso que foi editado, “Em Defesa da Sociedade”, registrando-se que posteriormente houve o estudo de suas ideias desenvolvido por Agamben, em “*Homo Sacer* - O poder soberano e a vida nua I”, e “Estado de exceção”.

Esta é uma rápida abordagem de alguns anteriores posicionamentos a respeito da soberania.

Quando discorreu sobre o tema, conforme se vê na obra “Em defesa da sociedade” (2002, pp. 286-287), Foucault observou: “Na teoria clássica da soberania, vocês sabem que o direito de vida e de morte era um de seus atributos fundamentais”. Assim, o soberano tem o direito de vida e de morte, o que “significa, no fundo, que ele pode fazer morrer e deixar viver”.

Porém, de acordo com Foucault, no referido Curso, no pensamento clássico o poder soberano sobre a vida só se exerce a partir do momento em que ele, soberano, pode matar. Em última análise, o direito de matar é que detém efetivamente em si a própria essência desse direito de vida e de morte: “é porque o soberano pode matar que ele exerce seu direito sobre a vida. É essencialmente um direito de espada. ... É o direito de fazer morrer ou de deixar viver” (idem).

Mas, no século XIX, ocorreu o que pensador francês chamou de “uma das mais maciças transformações do direito político”, a saber, um complemento da clássica ideia de soberania – fazer morrer e deixar viver –, que não é apagado, mas penetrado, perpassado e modificado, numa dimensão inversa, a saber, o “poder de ‘fazer’ viver e de ‘deixar’ morrer”. O clássico direito de soberania é, portanto, o de fazer morrer ou de deixar viver. “E depois, este novo direito é que se instala: o de fazer viver e de deixar morrer”, a partir do Séc. XIX (idem – grifos nossos). Em outras palavras, o poder soberano “sequestra” ou “captura” os corpos através de suas estruturas, sistemas e instituições, visando torná-los conforme os seus interesses, ou seja, transformá-los em corpos adestrados, exatamente como fizeram os comandantes do regime militar no Brasil e na Argentina no período ditatorial.

Outro teórico que se dedicou ao estudo da soberania foi Carl Schmitt. Mas, para um melhor entendimento do conceito adotado por esse teórico do direito e da política, jurista e constitucionalista alemão, faz-se necessária uma abordagem, ainda que não profunda, sobre a formação e, em especial, a respeito da situação política da Alemanha em seu tempo.

Como observa Macedo Jr (2001, pp. 26-37), Schmitt nasceu em Plettenberg, na Alemanha, em julho de 1888. Seus pais eram católicos fervorosos, pelo que recebeu firme educação religiosa que bastante o influenciou em seus escritos.

Suas produções também sofreram muitas influências do quadro político de Weimar, marcado por séria divisão das forças políticas no parlamento alemão. Essa influência se verifica especialmente nos estudos por ele desenvolvidos a respeito do uso dos poderes de exceção pelo governante.

Carl Schmitt foi tido como o mais notável constitucionalista alemão a aderir ao nazismo; todavia, como jamais aquiesceu à teoria nazista do racismo biológico, sempre ficou vulnerável em face de seus opositores no partido nacional-socialista que, por esse motivo, advogavam sua expulsão do mencionado partido, o que exigiu de Schmitt um aprofundamento nas relações com o nazismo.

Não obstante esse estreitamento, a desconfiança quanto ao pensador alemão foi aumentando, sobrevivendo muitos ataques da SS acusando-o de adotar posturas típicas de filojudaísmo, catolicismo e de oportunismo.

Posteriormente, ao final da Segunda Guerra, durante o seu julgamento pelo Tribunal de Nuremberg, Schmitt afirmou “que se sentia como um Epimeteu Cristão” (ibidem, p. 37) – o irmão de Prometeu –, aquele que enxergava depois.

Para esse jusfilósofo alemão há íntima e direta relação entre direito e soberania, pois é o soberano quem determina o que é o direito. Daí sua ideia de que não é uma simples norma ou disposição legal que exerce a função de efetivar a teoria da soberania. Surge, então, a concepção schmittiana de “*nomos*”.

De acordo com o entendimento de Carl Schmitt, “*nomos*” é o direito como ordenamento. De fato, é de sua autoria a seguinte afirmação extraída de seu estudo a respeito dos três tipos do pensamento jurídico, na obra de tradução italiana “I tre tipi di pensiero giurídico”:

Mas assim como law, *nomos* não significa lei, regra ou norma, mas o direito, que tanto é norma, quanto decisão, bem como sobretudo ordenamento; e conceitos como rei, senhor, defensor ou governo, mas também juiz e tribunal, transportam-nos de imediato a ordenamentos institucionais concretos que não são mais meras regras (SCHMITT, apud MACEDO JR., 2001, p. 21).

Conforme esse pensador alemão, “*nomos*” traduz a ideia do direito total, como ordenamento supremo e concreto relacionado diretamente com o exercício do poder soberano. Vale dizer, “*nomos*” é o soberano e o soberano é o “*nomos*”.

Observa-se que Schmitt contrapõe-se ao pensamento do austríaco Hans Kelsen (São Paulo, 2000, pp. 372 e 386) de que a soberania é desvinculada do direito e, portanto, apresenta-se como acontecimento extrajurídico.

Consoante o ensino do jusfilósofo alemão, alhures transcrito, “soberano é quem decide no estado de exceção” (Bolonha, 1972, p. 33), Ademais, “o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico [...], ele permanece fora do ordenamento e, todavia, pertence a este, porque cabe a ele decidir se a constituição *in toto* pode estar suspensa” (SCHMITT, apud AGAMBEN, 2002, p. 23).

Essa concepção schmittiana de manifestação da soberania também se fez presente nas ditaduras militares do Brasil e da Argentina. Em ambas se verificou a ideia de “*nomos*” – o direito total como ordenamento supremo que se concentra no soberano e com ele se confunde – e o pensamento de que ele decide no estado de exceção, colocando-se, concomitantemente, dentro e fora do ordenamento, pois nas experiências desses regimes ditatoriais no período em estudo os governantes colocaram-se fora e acima do ordenamento, sem deixar de pertencerem a ele, inclusive porque suspenderam direitos constitucionais.

Esta ideia – o soberano como o que decide no estado de exceção – é trabalhada, também, por Giorgio Agamben, jusfilósofo italiano que sustenta o pensamento segundo o qual a “exceção é a estrutura da soberania” e, após anotar o que não é soberania, acrescenta: “ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão” (AGAMBEN, 2002, p. 35). Vale dizer, a soberania é a lei viva e refere-se à vida, incluindo-a por meio da exceção na qual o ordenamento jurídico deixa de ser observado.

Para ele, nos dias em que vivemos, o princípio de que a soberania pertence a lei é inseparável da ideia de democracia e do Estado de direito. Todavia o paradoxo da soberania antes abordado não fica eliminado pelo referido princípio, que o aguça, o impele e o estimula, apresentando-se como “um limiar de indiferença entre natureza e cultura, entre violência e lei, e esta própria indistinção constitui a específica violência soberana”, observando que o “*nomos*” – em que se identifica esse poder – “implica sempre uma zona excluída do direito, que configura um ‘espaço livre e juridicamente vazio’, em que o poder soberano não reconhece mais os limites fixados pelo *nomos* como ordem territorial” (ibidem, pp. 41-42).

Em outras palavras, há uma inquestionável proximidade entre o *nomos* – soberano como Lei viva – e a atuação na exceção. Como sustenta Agamben, a exceção constitui a estrutura da soberania, o que também se verificou no Brasil e na Argentina, no período em que estiveram submetidos ao regime militar.

Chega-se, pois, à necessidade de análise a respeito do estado de exceção.

Etimologicamente, exceção é forma de exclusão. Mais propriamente, significa capturar fora (*ex-capere*).

Para Carl Schmitt, exceção é um conceito limite no âmbito do direito, definição que se ajusta ao conceito de soberania: não se aplica ao caso normal, mas ao caso limite. Por isto, afirma-se que a decisão sobre a exceção não está compreendida nos limites de uma norma legal, já que é um caso limite, não contido na lei.

A exceção não se confunde com a anarquia jurídica ou com o caos. No denominado Estado de Direito, em regra, busca-se detalhar o mais possível o estado de exceção, prevendo a situação fática em que o direito se suspende por si, o que ocorre por meio de ato do soberano.

Giorgio Agamben, em sua obra “Estado de Exceção”, assinala a respeito

Diante do incessante avanço do que foi definido como uma ‘guerra civil mundial’, **o estado de exceção tende sempre mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea**. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – **e, de fato, já transformou de modo muito perceptível** – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo (AGAMBEN, 2004a, p. 13 - negritos não constantes do original).

No mesmo trabalho, mais adiante, o pensador italiano acrescenta:

Antes de assumir a forma moderna de uma decisão sobre a emergência, **a relação entre soberania e estado de exceção apresenta-se sob a forma de uma identidade entre soberano e anomia**. O soberano, enquanto uma lei viva, é intimamente *anomos*. Também aqui o estado de exceção é a vida – secreta e mais verdadeira – da lei (ibidem, p. 107 – negritos não constantes do original).

Vê-se que o estado de exceção tem apoio nas instituições e normas em vigência, mas nelas não está contido. Uma Carta Magna pode indicar quem deve agir em determinada situação específica; o detentor desse poder é o soberano que decide a respeito do fato gerador do estado de exceção, bem como sobre as medidas que devem ser tomadas para superar a situação de emergência.

Com apoio nas instituições e normas, diz-se que o soberano – que decide no estado de exceção – está inserido no ordenamento jurídico. Todavia, como lhe compete decidir se a Constituição pode ser suspensa, ao mesmo tempo ele está fora do ordenamento jurídico vigente, numa zona topológica de indistinção, livre e juridicamente vazia.

Assim, “o que define o caráter da pretensão soberana é precisamente que ela se aplica à exceção desaplicando-se, que ela inclui aquilo que está fora dela” (Agamben, 2002, p. 32), ou seja, a norma é aplicada à exceção, retirando-se do sistema normativo, numa verdadeira exclusão inclusiva. Afirma-se, pois, que “aquilo que não pode ser em nenhum caso incluído vem a ser incluído na forma da exceção” (ibidem), exatamente como se viu nos regimes militares no Brasil e na Argentina, com a exclusão de garantias constitucionais e a possibilidade de ofensas aos direitos fundamentais dos que eram apontados como inimigos.

Logo, o soberano decide sobre o estado de exceção, quando e como a normalidade volta a vigorar para o restabelecimento da ordem em meio à situação de exceção, além de determinar a atuação das instituições. Detém, portanto, o poder da decisão última de suspender a aplicação da lei e de determinar o retorno ao estado normal.

Convém anotar que a situação de normalidade não é explicável por si, sendo determinada por meio da exceção. O conceito de normalidade é decorrente da ideia da exceção; esta é que determina aquela, ou, em outras palavras, não se efetivando a exceção a situação será de normalidade.

E, no estado de exceção, inclusive quando ele passa a se enquadrar no paradigma do campo, por se tornar regra, o ser humano é colocado na condição de *homo sacer*, que é insacrificável e impunemente matável. Daí a impressionante afirmação de Agamben: “soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera” (2002, p. 91), precisamente o *homo sacer*, que tem como paradigma o campo.

Os seres humanos brasileiros e argentinos foram conformados (assumir a forma) como *homines sacri*, pois ficaram na condição de matáveis – literalmente e simbolicamente – e insacrificáveis, com suas vidas absolutamente capturadas pelos que exerciam o poder soberano, que, pois, exerceram não apenas o poder, mas o biopoder e biopolíticas.

A este respeito, Agamben escreve:

Se é verdadeiro que a figura que o nosso tempo nos propõe é aquela de uma vida insacrificável, que, todavia, tornou-se matável em uma proporção inaudita, então a vida nua do *homo sacer* nos diz respeito de modo particular. A sacralidade é uma linha de fuga ainda presente na política contemporânea, que, como tal, desloca-se em direção a zonas cada vez mais vastas e obscuras, até coincidir com a própria vida biológica dos cidadãos. Se hoje não existe mais uma figura predeterminável do homem sacro, é, talvez, porque somos todos virtualmente *homines sacri* (2002, p. 121).

Deste modo, a vida sujeita ao biopoder, como se deu nos regimes militares no Brasil e na Argentina, está sempre exposta à morte ou ao abandono (o bando). O *homo sacer* ainda é

expressão da vida nua banida pelo soberano, forma de exclusão, em face do que passa a pertencer à comunidade do bando, o que configura forma de inclusão.

Verifica-se, pois, que nas ditaduras militares no Brasil e na Argentina houve extremado desrespeito aos cidadãos, capturados e mortos, quando não fisicamente, ao menos simbolicamente.

Mas, como não poderia deixar de ocorrer, esses regimes foram enfraquecendo-se paulatinamente, até mesmo em razão da luta dos cidadãos, que manifestavam de diferentes formas o desejo de retorno à democracia, a respeito do que se passa a expor.

1.4 A Democracia no Brasil e na Argentina

Até em função do que se viu acima, pode-se dizer que tanto no Brasil como na Argentina nunca houve democracia segura, bem fundamentada em valores e práticas. Ao contrário, nos dois Estados, não muito tempo depois de instaladas, houve o refluxo – para empregar a linguagem de Duverger (1962, pp. 21 e segts.) –, que sempre chegou muito depressa, a revelar que se tratavam de democracias muito fracas.

Aliás, não é tarefa fácil estabelecer com precisão o momento em que tais Estados saíram do regime ditatorial e ingressaram no regime democrático. No particular, O'Donnell (1982) observa que, em regra, aponta-se como momento de transição aquele em que as características próprias da ditadura foram deixadas para trás, com a adoção das características próprias da democracia.

No Brasil e na Argentina, como de resto nos demais países da América Latina, tem-se dois momentos bem marcantes de transição.

Ou, em outras palavras, o processo de democratização dos países latino-americanos engloba duas transições, consoante observa Bochenek (2013, p. 148). A primeira consistiu na retirada do anterior regime autoritário, com a instalação de um governo democrático. A segunda refere-se à consolidação da democracia, com a fundação de um regime democrático estável e contínuo. O autor ainda lembra que a transição no Brasil é um caso atípico, pois a retirada do autoritarismo foi muito demorada e gerida pelos próprios militares até os seus momentos finais, o que foi possível porque o regime militar conseguiu apresentar um relativo sucesso econômico e, conforme o autor, foi apenas moderadamente repressivo.

Bem por isto, o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso (1985, p. 14) reconhece que o Brasil teve como herança da ditadura militar um menor caos econômico e menor nível de conflitos sociais. Por outro lado, exatamente em decorrência dessas características, as

autoridades e políticos que atuavam no período ditatorial conseguiram manter expressivo poder de influência no fraco governo democrático que se instalou.

E, como lembra o citado autor (1985, pp. 12-14), no Brasil a mudança do regime ditatorial para o democrático foi fruto de acordo e de busca de soluções negociadas, sem que se verificasse qualquer ruptura política-institucional. É conhecida a afirmação do Ex-Presidente Geisel de que o Brasil teria uma transição lenta, gradual e segura. De fato, foi lenta e gradual, com o envolvimento de várias forças e segmentos, como parlamento, partidos políticos, e movimentos sociais, de maneira que não se falou em derrota militar ou política.

Milton Ivan Heller e Maria de Los Angeles G. Duarte anotam que, ainda sob a ditadura militar no Brasil, “com Geisel começou a distensão. Foi uma lenta volta à democracia”, com transição “morosa e controlada” pelo regime, sendo que a abertura maior para a democracia ocorreu a partir do governo de Figueiredo, que “convocou as eleições de 1982 pelo colégio eleitoral, e a oposição aproveitou a oportunidade e desencadeou o debate sobre as diretas”. E aduzem que “a redemocratização foi um processo sinuoso, com avanços e recuos”, até porque os militares entendiam que “o poder tinha que permanecer conservador” (2000, pp. 26 e 27).

Assim, não é sem motivo que se vive, na experiência brasileira, uma concepção minimalista de democracia, com respeito maior ao direito que todos têm de votar, mas ainda com necessidade de mais efetiva concretização de direitos sociais e individuais.

O'Donnell (1991) observa que “algumas democracias recém-instaladas”, inclusive a do Brasil e da Argentina, “são democracias, no sentido de que eles cumprem os critérios de Robert Dahl para a definição de poliarquia”, obra já mencionada neste trabalho. Todavia, aquele autor (O'Donnell) observa que “essas democracias não são – nem parecem estar caminhando para isso – democracias representativas; elas apresentam um conjunto de características que me deixam tentado a chamá-las de democracias delegativas”, com o que está de acordo Luzia Helena Herrmann de Oliveira, pois, ainda que esses Estados vivam sob um regime político constitucional, o exercício da autoridade política “mantém os padrões tradicionais, preservando o extremo personalismo do presidente da República e a fraqueza das instituições democráticas, dos partidos e das organizações da sociedade civil” (OLIVEIRA, 2000).

As denominadas democracias delegativas, conforme O'Donnell sustenta no mesmo trabalho, não são “consolidadas ou institucionalizadas, mas podem ser duradouras”. Todavia, ao mesmo tempo em que, segundo ele, não se tem ameaças iminentes de retorno ao

autoritarismo, “tampouco se vislumbram avanços em direção a uma representatividade institucionalizada”.

O referido cientista político sustenta que, depois da saída do regime autocrático, um governo democraticamente eleito e instalado abre caminho para uma “segunda transição”, que tende a ser mais demorada e mais complexa do que a anterior, do regime autoritário. E o desejável é que “essa segunda transição seja de um governo democraticamente eleito para um regime democrático ou, o que é equivalente, para uma democracia institucionalizada consolidada”, mas “nada garante que essa segunda transição será feita: novas democracias podem regredir para o regime autoritário ou atolar-se em uma situação frágil e incerta”, que “pode ser duradoura, pode inclusive não abrir caminhos para a realização de formas mais institucionalizadas de democracia”. O sucesso da segunda transição é condicionado “pelas políticas públicas e pelas estratégias políticas de vários agentes que incorporem o reconhecimento de um interesse superior comum na tarefa de construção institucional democrática”, o que, necessariamente, leva a concretização de direitos humanos e fundamentais.

Bochenek (2013, p. 148) registra que, atualmente, o debate democrático na América Latina se baseia em três pontos, sendo o primeiro “a consolidação da democracia eleitoral na América Latina”, o segundo a “insatisfação com os resultados dessas democracias em termos de justiça social, eficácia governamental e inclusão política”, e o terceiro a “análise de experimentos de inovação democráticos que vêm se desenvolvendo em diferentes países do Sul”, conforme também sustenta Evelina Dagnino (2006, p. 13). No Brasil e na Argentina há o direito ao voto, mas constata-se a ineficácia da democracia no tocante à injustiça social, o que gera constante insatisfação da população, também descontente com o elevado nível de corrupção na classe política e no executivo, o que é próprio de Estados com mais acentuadas desigualdades sociais.

Vale dizer, atualmente, tanto o Brasil como a Argentina experimentam regimes democráticos, conforme o entendimento bem assentado dos cientistas políticos e da própria coletividade, o que é de conhecimento comum. Todavia, aqui se sustenta que essas democracias ainda são fracas, o que gera algumas dificuldades, inclusive no tocante aos direitos do homem, que têm como problema maior não o justificá-los, mas o protegê-los, como observa Bobbio em “A era dos direitos”, que aduz tratar-se de problema não filosófico, mas político (BOBBIO, 2004, p. 23), que acaba por exigir do judiciário, notadamente das Cortes Supremas, posturas voltadas à concretização desses direitos.

Num regime democrático, é essencial o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos e fundamentais, com a garantia de acesso a todos eles por meio de instituições fortes, que atuem de forma autônoma e independente.

A democracia deve possibilitar instrumentos suficientes para que o diferente tenha o necessário reconhecimento e seja sujeito de direitos. Aliás, é o que a Justiça busca garantir, tanto no Brasil como na Argentina, pois, de fato, só é possível falar-se em efetiva democracia se houver a real liberdade de expressão, o acesso à informação – tão relevante na pós-ditadura –, a inviolabilidade da privacidade e da intimidade, o respeito ao pluralismo político, às minorias e às suas escolhas, o acesso à educação, enfim, o efetivo respeito aos direitos fundamentais individuais e sociais, que não podem ser tratados como secundários, nem mesmo quando seja essa a pretensão da maioria. Entendimento oposto significará que a maioria estará fazendo uso da democracia para malferi-la e, quiçá, extingui-la. Em outras palavras, há uma imbricação entre a concretização dos direitos fundamentais e democracia.

Todavia, tem sido invocado pelos Estados, notadamente no Brasil, a tese da Reserva do Possível – a obrigação impossível não pode ser exigida –, para justificar o não implemento de direitos. É de se registrar, porém, que a reserva do possível não pode ser arguida como abstrata defesa, de modo que a alegada escassez de recursos não pode ser simples decorrência de decisão política, posto que sempre é de se observar a prioridade que têm os direitos fundamentais, que não podem ser preteridos pelos administradores, para investimentos em outros interesses, como propagandas governamentais e festividades. Como entendeu o Superior Tribunal de Justiça, no Brasil, “a realização dos direitos fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política”, até porque a dignidade humana, postulado básico de qualquer dos direitos fundamentais, está inserida na ideia do mínimo existencial, de modo que tais direitos “não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.” (STJ, 2010).

Em síntese, nota-se que os poderes soberanos no Brasil e na Argentina, como de resto em um sem número de Estados, têm feito uso da concessão de direitos fundamentais para a captura de seus cidadãos. Ou seja, esses governos concentram cada vez mais poderes, o que redundará em concomitante redução de concretização de direitos aos cidadãos, fato também visto durante os regimes militares que ambos vivenciaram.

Na continuidade, no segundo capítulo, será abordada a relação dos diferentes regimes políticos – ditadura e democracia – com a Instituição Justiça no Brasil e na Argentina, e o seu papel na temática dos direitos humanos e fundamentais.

CAPÍTULO 2 REGIMES POLÍTICOS E A INSTITUIÇÃO JUSTIÇA

Paz sem justiça é opressão, espoliação e violação da dignidade. A dignidade sem justiça promove guerras pelo que é devido por direito e pela liberdade. Somente a justiça permite o reino da paz e da dignidade (Serge-Christophe Kolm, 2000, p. 592)

No Brasil, quando se fala em instituições, vem à tona o funcionamento da sociedade e o papel da Sociologia do Direito, que se torna mais difícil, pois as relações sociais estão cada vez mais multifacetadas e porque ainda se sustenta o modelo normativo próprio de uma sociedade tradicional, com os ranços da estrutura de poder já existente há muito tempo, típica de um sistema feudal. Exemplo disso, tem-se o patrimonialismo.

2.1 As instituições, o Patrimonialismo e o Coronelismo

A esse respeito, Max Weber observa que o feudalismo “é um ‘caso-limite’ da estrutura patrimonial”, ou, ainda, ele “representa o caso limite da direção do patrimonialismo ‘estamental’, em oposição ao ‘patriarcal’” (WEBER, 1999, pp. 288 e 302).

Pedro Manuel Abreu aponta o patrimonialismo como uma espécie de “dominação tradicional em que não se diferenciam as esferas do público e do privado, caracterizando-se pela utilização do poder público em favor e como exclusividade de um estrato social” (ABREU, 2008, p. 118).

Essa dominação patrimonial corresponde a uma organização política básica, fechada em si própria, com práticas burocráticas estamentais. Raimundo Faoro anota que essa burocracia não pode ser entendida “no sentido moderno, como aparelhamento racional, mas da apropriação do cargo – o cargo carregado de poder próprio, articulado com o príncipe, sem a anulação da esfera própria de competência.” (FAORO, 1998, p. 84). Ele entendeu o Brasil como patrimonialista no conteúdo e estamental na forma.

De fato, o patrimonialismo conduz a típicas práticas estamentais, a uma burocracia corrompida pelo clientelismo – que leva ao denominado jeitinho –, com tratamento preferencial dado a alguns, sem a observância da impessoalidade, práticas que corrompem o Estado e negam o direito, pois não permitem a isonomia e atuam contra a justiça. O patrimonialismo muito influenciou o pensamento social brasileiro, e ainda o influencia, além de integrar o universo semântico pátrio, levando a uma solidificação da imagem de “brasileidade”. Em outras palavras, o patrimonialismo integrou e integra as práticas na

sociedade brasileira, na qual ainda tem muita presença, como logo se verá. Ele integra a cultura brasileira desde o descobrimento, perpassou pela colônia e império, atingiu a república e continua inserido marcadamente na realidade pátria, não obstante as previsões constitucionais relativa à igualdade de todos e as duras previsões contidas na Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

O patrimonialismo é prática que se afasta da racionalidade. De fato, quando discorre a respeito das características da burocracia, Max Weber sustenta que a racionalidade deveria dar suporte ao Estado de Direito, mas ela se transforma em burocracia aprisionada por interesses parciais, como o patrimonialismo. Ele assevera, expressamente, depois de abordar sobre as funções legalmente atribuídas às autoridades públicas, que essa forma legal contrasta com “a regulamentação de todas as relações através dos privilégios individuais e concessão de favores, que domina de forma absoluta no patrimonialismo, pelo menos na medida em que essas relações não são fixadas pela tradição sagrada.” (WEBER, 1982, pp. 229-232).

Na obra “Economia e sociedade - Fundamentos da sociologia compreensiva”, volume 2, na sessão 4, o mesmo autor discorre a respeito do “feudalismo, ‘estado corporativo’ e patrimonialismo (pp. 288-323). E anota:

De acordo com seu princípio estrutural, o patrimonialismo era o ambiente específico para o desenvolvimento ao “favoritismo”: são característicos dele os cargos de confiança junto do senhor, com poder imenso, havendo, porém, sempre a possibilidade de uma queda repentina, em peripécias dramáticas, devida não a motivos objetivos, mas puramente pessoais. Quando chegam a desenvolver-se formas específicas de um cargo político central, o caso que corresponde de modo mais puro ao princípio patrimonial é o de que um funcionário áulico que, de acordo com sua função, ocupa junto do senhor o cargo de maior confiança pessoal também dirige, formalmente ou de fato, a administração política central (WEBER, 1999, p. 304).

Lenio Luiz Streck, quando escreve “Para além do jeitinho brasileiro de ser ‘Doutor’”, lembra que “acima das classes sociais encontra-se o estamento burocrático, que se apropria da coisa pública com o fito de sustentar interesses meramente privados”. Acrescenta que “é a partir da máquina pública que os estamentos espicham suas garras”, sendo grande a relação daqueles que “se esbaldam com aquilo que vem do setor público”, elencando-se “políticos, funcionários públicos de carreira, banqueiros, bicheiros, empresários, sindicalistas, latifundiários, usineiros, esquerdistas e direitistas, proprietários de revistas e jornais para todos os gostos ideológicos”. O patrimonialismo e as práticas estamentais são o “fermento” para o jeitinho (STRECK, 2012).

Aliás, há uma decorrência bem observada, no cotidiano, desse jeitinho na cultura brasileira, a saber, a criação de dificuldades para a venda de facilidades.

Mas, em seu texto, o autor vai além desses apontamentos atrás lembrados e aborda, como exemplo de jeitinho, a comum prática de se buscar um rápido doutorado direto na Argentina ou no Paraguai, em vez de se optar por um Mestrado e um Doutorado reconhecido pela CAPES:

Assim, por que se esfalfelar fazendo um mestrado que dura de dois a três anos e depois um doutorado que dura mais uns quatro a cinco anos se é mais fácil simplesmente ir para a Argentina ou Paraguai (ou em outros cursos que tais) e fazer um doutorado Direto e... nas férias? Pronto. Passeio e estudo: útil e agradável. E volta “doutor” (ou, pelo menos, dizendo “sou doutorando”! Além disso, ainda encherá a boca para dizer: “o meu doutorado é no exterior...” (puxando os “eee” da palavra “meu”). “O meu doutorado não é dessas coisas feitas no Brasil...”! E, melhor ainda, receberá promoção na carreira. Se for juiz, promotor, procurador federal, defensor público, então, isso soma um “monte de pontos”.. (STRECK, 2012).

O autor lembra que o artigo 48, § 3º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/96) impõe a necessidade da revalidação de diplomas obtidos no estrangeiro com exigências acadêmicas específicas e sérias, não obstante haja tentativas legislativas de se passar por cima dessas exigências da legislação brasileira, em algumas Assembleias Legislativas, como fosse possível a tais legislativos estaduais regulamentarem a matéria, que, conforme a Constituição de 1988 é de competência exclusiva da União Federal (art. 22, XXIV, da CF).

Como se vê, o jeitinho, próprio do patrimonialismo, não está presente apenas em condutas de pessoas apontadas como poderosas, mas até mesmo na cultura de muitos acadêmicos brasileiros.

Uma das históricas manifestações do patrimonialismo acha-se no denominado “Coronelismo”, como se vê na obra de Victor Nunes Leal – que posteriormente tornou-se magistrado, chegando a atuar como Ministro no Supremo Tribunal Federal entre 1960 e 1969. Em “Coronelismo enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil”⁵ o autor via no coronelismo muito mais do que um tema de pesquisa, e sustentava ser ele um dos sintomas do falseamento da representação.

Conforme se extrai do mencionado livro, em suas pesquisas o autor verificou que o coronel e o governador atuavam de formas distintas, mas atuavam com cooperação e

⁵ O livro é fruto da tese “Município e o regime representativo no Brasil: contribuição ao estudo do coronelismo”, que foi defendida para provimento da cadeira na disciplina de política na antiga Faculdade Nacional de Filosofia, em 1947. Posteriormente, sobreveio a publicação da obra, em 1949, sob a responsabilidade da Revista Forense.

interação, com íntima ligação, invadindo reciprocamente suas áreas de atuação, com a inevitável confusão entre o que era de natureza pública e o privado.

Os fazendeiros tinham sob controle “grande massa de gente” que vivia “sob suas asas” e enchia “as urnas eleitorais a seu mandato”. Mas, havia uma aparente debilidade e fraqueza, de duas faces: “fraqueza do dono de terras, que se ilude com o prestígio do poder, obtido à custa da submissão política; fraqueza desamparada e desiludida dos seres quase sub-humanos que arrastam a existência no trato das suas propriedades” (LEAL, 2012, p. 39).

Citando Emílio Willems, o autor lembra que, no Brasil, sob a forma do Coronelismo, o patrimonialismo teve raízes nas estruturas políticas que eram dominadas por latifundiários, e, nesse contexto, a competição entre o poder estatal e o poder privado sempre favoreceu o último, pois os governos viram-se obrigados a transigir com o poder privado dos latifundiários, notadamente pela força e domínio que eles mantinham sobre os eleitores, de modo a interferir decisivamente na balança política. Assim, o “coronel” atuava em concordância com o poder instituído, sabendo que eventual impertinência só lhe trazia desvantagens. Por isso, mantinha as melhores relações com o poder, e isso lhe permitia desempenhar uma larga parcela de autoridade pública (WILLEMS, 1945, p. 6).

O coronelismo ainda está presente na sociedade, especialmente, a brasileira, com nova “vestimenta”, numa forma evoluída dessa prática, não na figura do latifundiário que mandava e influenciava na cidade, notadamente nos pleitos eleitorais. O contemporâneo coronel é midiático e também exerce grande influência sobre a população. Ele tem elevadas condições financeiras, faz uso dos meios de comunicação para atingir parte maior da população com seus discursos.

A esse respeito, anota William Eufrasio Nunes Pereira: “Ele substitui o voto de cabresto pelo voto comprado, os jagunços pelos microfones, o curral eleitoral pelos telespectadores/leitores/ouvintes”. Trata-se de nova forma de influência, talvez pior do que aquela vista em tempos passados, pois é legitimada pelos meios de comunicação e pelos poderes públicos, e atinge uma população que, “após anos de repressão, após uma história inteira de alienação forçada, não conseguiu, ainda, formular uma consciência de voto”, o que leva à eleição de candidatos sem boas propostas – ou até mesmo sem propostas –, com vitórias obtidas nas urnas com base em poderio econômico, ou simples eloquência, ou por maior tempo de exposição da mídia – inclusive no horário eleitoral (PEREIRA, 2016).

São, pois, várias as manifestações do patrimonialismo, que era comum nos regimes absolutistas, e os que exerciam o poder não faziam distinção entre as rendas pessoais e

aquelas obtidas pelo governo (as públicas). Em outras palavras, o Estado acaba se tornando como que “patrimônio” de seu governante.

Não obstante o Brasil seja tido como um Estado Democrático de Direito, não é difícil enxergar várias práticas patrimonialistas.

Ainda, tem-se, em diferentes situações, o emprego por alguns da surrada indagação: “Você sabe com quem está falando?”. Vale dizer, muitos ainda agem como superiores a outras pessoas e invocam a pretendida superior importância que têm para a obtenção de alguma vantagem ou o não cumprimento de alguma obrigação.

O antropólogo Roberto Augusto DaMatta, em um texto publicado pelo CEAP (“Sabe com quem está falando? Um ensaio sobre a distinção entre indivíduo e pessoa no Brasil”), observa que essa expressão é uma “vertente indesejável da cultura brasileira” e traduz um rito autoritário indicador de situação conflitiva, mas, “a sociedade brasileira parece avessa ao conflito”. O “sabe com quem está falando?” desmascara situações e posições sociais. E acrescenta:

Ora, o que o estudo do “sabe com quem está falando?” permite realizar é a descoberta de uma espécie de paradoxo numa sociedade voltada para tudo o que é universal e cordial, a descoberta do particular e do hierarquizado. E essa descoberta se dá em condições peculiares: há uma regra que nega e reprime o seu uso. Mas há uma prática igualmente geral que estimula o seu emprego (DAMATTA, 2016, p. 6).

Destarte, como o autor anota, o emprego dessa expressão “permite passar de um estado a outro: do anonimato (que revela a igualdade e o individualismo) a uma posição bem definida e conhecida (que expressa a hierarquia e a pessoalização)”, assim como “de uma situação ambígua e, em princípio, igualitária, a uma situação hierarquizada, onde uma pessoa deve ter precedência sobre a outra”, de maneira que o “sabe com quem está falando?”, indubitavelmente, “permite estabelecer a pessoa onde antes só havia um indivíduo” (DAMATTA, 2016, p. 40).

Uma situação concreta dessa prática impregnada na cultura brasileira tem-se no caso relacionado ao Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro, Antonio Marreiros da Silva Melo Neto, e seu embate envolvendo condôminos e o porteiro do condomínio em que reside. O magistrado, não conformado pelo não tratamento de “doutor” e “senhor”, ingressou com ação contra o condomínio e a síndica, que tramitou perante a 9ª Vara Cível da Comarca de Niterói/RJ, pleiteando que o porteiro e os condôminos lhe dessem o tratamento formal já mencionado, bem como indenização por danos que teria sofrido. E pediu a antecipação de

tutela para ser tratado de “doutor” pelo porteiro do edifício (CONSULTOR JURÍDICO, 2004a).

Esse pleito (antecipação de tutela) foi indeferido em primeira instância, mas, em julgamento do agravo apresentado, o Desembargador Gilberto Dutra, do TJRJ, o deferiu em 07 de novembro de 2004 (CONSULTOR JURÍDICO, 2004b).

Ao enfrentar o mérito, em 02 de maio de 2005, o julgador de primeira instância decidiu pela improcedência do pedido, com a condenação de seu autor ao pagamento de custas e honorários advocatícios (EDERLYI, 2005a)

Não conformado, o magistrado autor apresentou o recurso de apelação (EDERLYI, 2005b), que foi julgado em 24 de janeiro de 2006, pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Por maioria, os Desembargadores não acolheram o apelo, que foi improvido.

Em síntese, o “você sabe com quem está falando?” foi a íntima razão dessa ação, ainda que não se veja como ser agasalhado o direito do magistrado autor.

Essa cultura patrimonialista, de múltiplas manifestações, tem base, também, na própria legislação.

Como é do conhecimento de todos, as leis brasileiras estabelecem alguns privilégios a detentores de cargos, sem que exista para tanto explicação racional.

Hans Kelsen criticou a existência de privilégios, como as imunidades parlamentares. Sustentou ele que essa prerrogativa de função se constituía em privilégio que datava do tempo da denominada “monarquia feudal”, na qual parlamento e o rei governante estavam continuamente em posições antagônicas, e a magistratura era influenciada pelo rei. Todavia, com uma magistratura independente, o privilégio não mais se justifica.

Lê-se em sua obra, na crítica que ele faz à imunidade parlamentar:

O fato de um deputado não poder ser processado em juízo por um delito comum, e sobretudo detido, sem a permissão do parlamento é um privilégio que remonta ao tempo da monarquia dos ‘estados’, quando era violento o antagonismo entre parlamento e governo do rei. Tal privilégio ainda podia ser justificável na monarquia constitucional, em que esse antagonismo, mesmo que de forma diferente, ainda subsistia, não estando, porém, totalmente excluído o perigo de os deputados serem subtraídos ao exercício da sua função parlamentar por um abuso de poder do governo – conquanto esse perigo estivesse essencialmente reduzido, graças à independência da magistratura. Mas, numa república parlamentar, em que o governo nada mais é que uma junta do parlamento e é submetido ao mais rigoroso controle da oposição, ou melhor, de toda a opinião pública, e em que a independência da magistratura não é menos garantida do que num regime de monarquia

constitucional, é absurdo querer defender o parlamento do governo, que é uma sua emanção. Tanto mais se pensarmos que, na prática, o privilégio da imunidade dificilmente se reduz a outra coisa que não a uma mutilação totalmente injustificada da tutela jurídica da honra, quando deputados atentam contra ela. Enfim, é de todo inadmissível em nossos dias o costume de reprimir apenas com os meios disciplinares destinados à manutenção da ordem interna da Câmara, como a chamada “à ordem” ou “ao fato”, verdadeiros delitos de que os deputados se tornam culpados durante um discurso parlamentar, sob pretexto de que foram cometidos no exercício das suas funções (KELSEN, 2000, p. 118-119).

E, assim como não é razoável a denominada imunidade parlamentar – salvaguarda para ele praticar delitos, notadamente por meio da palavra –, também não se justifica a denominada competência por prerrogativa de função (*ratione personae*) – erroneamente chamada de “foro privilegiado” –, prevista no artigo 84 do Código de Processo Penal, em dispositivos da Constituição Federal de 1988 e em artigos de Constituições Estaduais, como a de São Paulo. A justificativa para esse critério de fixação de competência reside na relevância da função exercida, para não aviltar a dignidade do cargo. Em verdade, essa competência é destinada a um rol muito grande de autoridades, e não se justifica numa democracia.

O artigo 102, I, “b” e “c”, da Constituição Federal de 1988, traz um significativo elenco de agentes públicos que devem ser julgados pelo Supremo Tribunal Federal: o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

O artigo 105, I, “a”, dispõe a respeito das muitas autoridades que devem ser julgadas pelo Superior Tribunal de Justiça, a saber: os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.

Aos Tribunais Regionais Federais, nos termos da previsão contida no artigo 108, I, “a”, compete julgar os Juízes Federais, os Juízes Militares Federais, os Juízes da Justiça do Trabalho e os Membros do Ministério Público da União de Primeira Instância.

Já, nos Tribunais de Justiça dos estados, são julgadas as autoridades mencionadas no artigo 29, X, da CF/88 (prefeitos) e, no Estado de São Paulo, também as autoridades indicadas no artigo 74, I e II, da Constituição Estadual Paulista, a saber: nas infrações penais comuns, o Vice-Governador, os Secretários de Estado, os Deputados Estaduais, o Procurador-Geral de Justiça, o Procurador-Geral do Estado, o Defensor Público Geral e os Prefeitos Municipais; nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os juízes do Tribunal de Justiça Militar Estadual, os Juízes de Direito e os Juízes de Direito da Justiça Militar Estadual, os membros do Ministério Público – exceto o Procurador-Geral de Justiça (que é julgado pelo Poder Legislativo Estadual, por crime de responsabilidade) –, o Delegado Geral da Polícia Civil e o Comandante Geral da Polícia Militar.

Consoante já se colocou alhures, como explicar racionalmente esse especial critério de competência? Claramente, trata-se de mais uma situação que é fruto do patrimonialismo.

Aliás, em relação aos magistrados, isso também se nota na deificação que se faz deles. Há, no senso comum, o entendimento de que os juízes resolvem os problemas, o que leva ao aumento de demandas no Poder Judiciário e a constatação do pequeno número de soluções extrajudiciais, por meio de acordos – mais rápidos e menos onerosos –, arbitragem ou mediação.

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) prevê expressamente o denominado negócio jurídico processual, decorrente de convenção das partes, antes ou durante o processo, hipótese – esta última – em que será celebrado em juízo. O artigo 190 do referido Código prevê ser possível o negócio jurídico processual, inclusive com alterações no procedimento, se o processo versar a respeito de direitos que possibilitam a autocomposição, e se as partes forem plenamente capazes. Também admite-se a estipulação de calendário para os atos processuais, com a dispensa de cientificação.

Não obstante essa expressa previsão a respeito dos negócios jurídicos processuais, a realidade pátria é a de deificação dos magistrados, reconhecendo-se-lhes poderes extraordinários, sempre acompanhados de privilégios, e tudo isso é próprio do patrimonialismo.

Convém, ainda a título de exemplo da cultura patrimonialista no Brasil, registrar a impossibilidade da exceção da verdade em crimes de calúnia praticados contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro. A exceção da verdade permite ao praticante da ofensa demonstrar a procedência e veracidade da imputação irrogada, qual seja, a prática de um crime. Vale dizer, é de interesse do direito e da justiça que a prática de algum crime seja efetivamente demonstrada. Todavia, isso não se aplica ao Presidente da República e ao chefe

de governo estrangeiro, que, pois, não podem ter apontado o cometimento de algum crime, ainda que ele tenha sido efetivamente praticado. É o que se verifica da leitura do artigo 138, § 3º, II, c. c. o artigo 141, I, ambos do Código Penal.

Outra dessas práticas, mais recentemente implantada, está na adoção do denominado auxílio-moradia aos Magistrados e Membros do Ministério Público na ativa, previsto nas Leis Orgânicas da Magistratura e do Ministério Público nos âmbitos federal e estadual. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, em 07 de outubro de 2014, a Resolução CNJ nº. 199, que regulamentou a concessão desse auxílio-moradia (CNJ, 07/10/2014). Igual procedimento teve o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio da Resolução nº. 117, de 07 de outubro de 2014. Atualmente, o valor do auxílio é de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), em média.

Como se verifica, muitos são os casos típicos de patrimonialismo no Brasil, o que não é compatível com o regime democrático, até porque, como já se colocou, o patrimonialismo é mais comum em regimes autocráticos, já abordados.

A par do patrimonialismo, quando se fala em instituições é de se investigar se elas sofrem influências do poder executivo, numa ditadura, e se, de fato, têm autonomia ou independência, numa democracia.

As instituições “importam decisivamente na produção dos resultados políticos” (MARCH e OLSEN, 2008). Esses autores ainda lembram que “as instituições sociais, políticas e econômicas se tornaram maiores, consideravelmente mais complexas e cheias de recursos e, *prima facie*, mais importantes para a vida coletiva”. Acrescente-se que “a maioria dos principais atores nos sistemas econômicos e políticos modernos são organizações formais e as instituições da lei e da burocracia ocupam um papel dominante na vida contemporânea.” (idem)

Em conceito lembrado por Maurice Duverger, instituições podem ser entendidas, de início, como “o conjunto das formas ou estruturas fundamentais de organização social, tais como são estabelecidas pela lei ou pelo costume dum agrupamento humano”. Todavia, completa o autor, “instituições não são unicamente ‘formas ou estruturas’ de organização social: elas são também representações colectivas sempre mais ou menos valorizadas, constituindo esta valorização um elemento essencial de sua eficácia”. Deste modo, ele sustenta que “as instituições são de algum modo as organizações oficiais da sociedade; as organizações são as instituições não oficiais”, entendendo-se por “oficiais” não apenas aquelas reconhecidas pelo direito, mas também as reconhecidas como tal pelo sistema de valores do grupo (DUVERGER, 1985, p. 12 – sic).

Em outras palavras, instituições envolvem as regras, formais ou não, os esquemas cognitivos, os símbolos e os padrões “que definem os significados sociais atribuídos às ações humanas e aos eventos. Correspondem, também, às organizações ou a estruturas sociais permanentes, identificáveis por seus códigos de valores e por suas normas” (MELLO, 2015, p. 147). A mesma autora lembra que as instituições interferem na vida e conduta das pessoas, o que se dá em dois campos, a saber, o cultural e o estratégico.

Neste último viés, o campo estratégico, entende-se que as instituições estruturam as interações humanas, pois admitem que os agentes antecipem a maneira como, na sociedade, as pessoas reagirão às suas pretensões. Assevera-se, ainda, que as instituições fornecem informações “sobre caminhos e regras que podem favorecer ou dificultar a consecução de objetivos”, de forma que os elementos atrás mencionados possibilitam que os agentes adotem atitudes que venham a favorecer o alcance do resultado pretendido (ibidem, p. 149). No Brasil, como exemplo dessa interferência das instituições nas condutas sociais sob o prisma estratégico, tem-se a norma que obriga as empresas à contratação de pessoas com deficiência. Essa estratégia é mais eficaz, socialmente, do que a simples proibição de qualquer discriminação.

Quanto à primeira forma de interferência das instituições nas condutas das pessoas – ponto de vista cultural –, elas definem “não apenas como alguém deve se conduzir e avaliar as situações, mas até mesmo as condutas que um agente poderia sequer imaginar adotar, determinando os papéis sociais atribuídos às pessoas, seus direitos e deveres, suas expectativas e perspectivas” (ibidem, p. 148), pois os indivíduos introjetam os significados sociais que passam a ser entendidos como naturais, que não dependem de escolha. Exemplo disto tem-se na história dos EUA, na qual, em determinado momento, os negros eram considerados inferiores aos brancos, visão tida como fato da natureza e que servia para dar fundamentação e justificação à segregação racial. O mesmo se diz em relação à mulher e seu papel, na comparação com o homem, de maneira que o negro e a mulher sempre adotavam uma postura subalterna, sob pena de serem estigmatizados socialmente como revoltados ou sem virtudes. Assim, os estigmas sociais equiparam-se a sanções institucionais adotadas contra os que se comportam de forma contrária aos significados sociais existentes.

Sob esse viés cultural, o desenvolvimento social pode levar às espontâneas mudanças nas instituições. Mas essas transformações institucionais também podem ser fruto de interferências de indivíduos ou grupos, que agem para construir novos significados sociais.

Convém ainda anotar que as organizações que decorrem das instituições são influenciadas pela situação política e, pois, pelo regime político em que se achem implantadas.

Adriana Duarte de Souza Carvalho observa que o “conceito de instituições foi construído dentro da Ciência Política”, além do que anota “o papel predominante das instituições na construção dos regimes políticos” (2014)

As ditaduras militares no Brasil e na Argentina atuaram de forma a disseminar na população a ideia de que os regimes instalados se empenhavam em preservar as instituições e seus valores. Oficialmente, eram valorizadas as instituições políticas, mas, em verdade, havia sério ataque a elas.

No Brasil, no tocante ao Congresso Nacional, quando da edição do Ato Institucional que depois recebeu o nº. 1, em razão dos que lhe sobrevieram, em seu preâmbulo, registrou-se que “fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação.” (BRASIL, 2015). Consoante anota Miguel Reale, em “Memórias - volume 2: a balança e a espada”, esse preâmbulo foi redigido por Francisco Campos (REALE, 1987, p. 126), mesmo registro feito por Élio Gaspari, em “A ditadura envergonhada” (GASPARI, 2002, p. 123).

E, a partir das limitações ao Congresso Nacional, outras instituições foram também atingidas, pois o legislativo perdeu sua função primordial, de legislar (elaborar leis), e passou a atuar como simples poder homologador ou de registro de normas impostas pelo regime, que jogaram por terra a essência do poder legislativo, permitiram total controle do poder judiciário e deram incomensurável poder ao executivo, inclusive de perseguir e, assim, buscar silenciar todos os que eram apontados como “inimigos”, de modo que o pretense “amor” à nação justificava a prática do terror, entendido como constantes violações às liberdades, aos direitos humanos e fundamentais. Havia inquestionável intolerância do regime aos que contra ele se manifestavam e faziam movimentos de oposição. Assim, essas normas atingiam as demais instituições, que eram desconstruídas com o objetivo de serem reconstruídas com os contornos dados pelas forças armadas, que sempre cultuavam suas supostas virtudes e propagavam predicados que diziam empregar em benefício do povo. Aliás, no Brasil a ditadura fez uso de uma peculiaridade que a diferenciou de outras, a saber, a rotatividade dos comandantes que ocuparam a presidência. Essa prática impedia o maior desgaste que se verifica numa ditadura personalista, além do que essa rotatividade dava ares de democracia ao regime imposto.

Uma dessas instituições, de incomensurável relevância na vida em sociedade, é a Justiça, o que inevitavelmente remete ao judiciário, um dos poderes do Estado. Consoante Patrícia Perrone Campos Mello, “O próprio judiciário pode ser considerado uma instituição, no sentido de expressar um conjunto de regras e de valores compartilhados sobre a função de julgar”, o que, claramente, “incentiva e limita as condutas e expectativas de seus membros ou daqueles com quem tais membros interagem.”

Como instituição que é, o judiciário interage com outras instituições e por elas é influenciado, assim como pelo ambiente cultural em que está inserido (prisma cultural). E, quando se tem um órgão do judiciário que julga em colegiado, cada julgador tem pretensão de convencer aos demais, de modo que ele faz uma avaliação das tendências que os outros magistrados têm para o julgamento e, assim, só se manifesta com sinceridade quanto às suas preferências se perceber que seu entendimento será seguido pelos demais integrantes do colegiado, e se estiver seguro de que a decisão não será rejeitada pelos demais agentes sociais. Do contrário, decidirá da forma mais próxima de sua inicial preferência, sem despertar reações contrárias, o que se constituirá no melhor meio para atingir, na maior medida possível, seus objetivos. Esse é um exemplo da influência das instituições sob o prisma estratégico no judiciário (MELLO, 2015, pp. 150-151). Demonstração disso tem-se na postura de magistrados que, em suas obras doutrinárias, sustentam alguma posição e, nos julgamentos, adotam entendimento diverso.

Quando se fala em instituições, a separação dos poderes na estrutura do Estado é fundamental para a institucionalização da democracia e a queda de um regime autocrático, que em regra concentra as três funções mais comumente exercidas por meio dos poderes executivo, legislativo e judiciário. Trata-se de uma das mais relevantes conquistas históricas dos povos, como observam Angelina e Marcus Figueiredo (1993, p. 21), autores que enfatizam a necessidade desses poderes terem igual autonomia para que a separação exista de fato. E, consoante entendem, o judiciário deve ser marcadamente separado dos outros dois poderes: “Em todos os países ‘democráticos’, sejam eles monarquias ou repúblicas, com governos parlamentaristas ou presidencialistas, a separação entre o Poder Judiciário e os outros dois é nítida, é inquestionável” (ibidem, p. 22).

De fato, se o poder judiciário for independente, autônomo, e forte haverá boa garantia de respeito aos direitos dos cidadãos, que terão segurança de concreto acesso à justiça.

A propósito, quanto ao papel do judiciário, Daniela Marques de Moraes observa que “a dinamicidade do direito e os valores que permeiam a vida na sociedade não coadunam com

a insensibilidade e com a indiferença (MORAES, 2014, p. 132). E, invocando Marinoni, anota que “se o processo ficar limitado à legislação processual ou, melhor dizendo, tiver a sua feição escravizada à lei, muitas vezes ele poderá ficar distante das necessidades dos direitos e da vida.” (MARINONI, 2004, p. 28).

Aquela autora lembra que, “ao contrário do tempo em que a proteção jurídica visava ao patrimônio e, por assim dizer, preocupava-se com poucos”, por força das mudanças verificadas na vida em sociedade, “o direito atual passou a servir ao homem, enquanto sujeito de direito, dando relevo à sua dignidade, pois, não há bem de igual ou maior relevo”. De fato, “um novo modelo de Estado e de direito, por lógica, exige, igualmente, outro modelo de juiz. Assim, o vetusto princípio da subsunção cede lugar ao da criação”, de maneira que “o acesso à justiça passa a ser uma inteligência vocacionada à efetiva tutela dos direitos e não como uma mera faculdade de se ajuizar ação processual.” (MORAES, 2014, pp. 132-133).

Todavia, no período ditatorial estudado nesta pesquisa, tanto no Brasil como na Argentina a postura do judiciário, por seus magistrados, em regra, era de pleno apego ao direito positivado pelos comandos militares, com desprezo aos direitos humanos e fundamentais.

Assim, entende-se que, quando se estuda a ditadura e a democracia, inclusive no Brasil e na Argentina, é indispensável investigar a relação que houve entre o regime militar e o poder judiciário nos dois Estados, bem como essa relação na pós-ditadura.

2.2 O Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina – apontamentos históricos

Depois da descoberta do Brasil, num primeiro momento não se falava na existência de um direito brasileiro – ao menos, formal –, conforme o registro feito por Walter Vieira do Nascimento. O Direito vinha do descobridor. Só após várias décadas é que se teve um ponto de partida para organização política e judiciária no país, por meio das Cartas de Doação e Forais, documentos pelos quais a Coroa Portuguesa concedia capitania, estabelecendo direitos e deveres ao capitão donatário, que podia aplicar penas capitais a escravos, índios, pagãos e cristãos livres das classes baixas, exercendo, pois, atos próprios da justiça criminal. Havia legislação eclesiástica – bulas papais observadas no Brasil – e normas de caráter civil, como contrato de arrendamento de terras descobertas, alvarás que datam de 1516, Cartas Régias de 1530 e as já mencionadas Cartas de Doação e Foral. Estas últimas davam ao donatário a superintendência dos atos de jurisdição civil e criminal, podendo prover cargos de ouvidor, de

juízes do cível e do crime, e de outros funcionários da Justiça (NASCIMENTO, 1998, pp. 242 e segts).

Havia órgãos que atuavam como tribunais recursais de Segunda Instância, que se subordinavam à Casa da Suplicação de Lisboa/Portugal, criados a partir de 1587, sendo que o primeiro deles, o Tribunal da Relação da Bahia, foi regulamentado apenas em 07 de março de 1609. Posteriormente, outros vários foram criados (WOLKMER, 2003, p. 53).

A respeito da administração da justiça nesse período, Antônio Carlos Wolkmer observa:

É indiscutível, portanto, reconhecer que no Brasil-Colônia, a administração da justiça atuou sempre como instrumento de dominação colonial. A monarquia portuguesa tinha bem em conta a necessária e imperiosa identificação entre o aparato governamental e o poder judicial. Frisa-se, desse modo, que a organização judicial estava diretamente vinculada aos níveis mais elevados da administração real” (WOLKMER, 2007, p. 84).

Todavia, somente a partir da chegada da Família Real portuguesa é que ocorreu a criação de um órgão de cúpula na Justiça brasileira, e isto se deu por meio do Alvará Régio, de 10 de maio de 1808, subscrito pelo Príncipe Regente D. João, consoante o registro feito pelo Ministro José Celso de Mello Filho. Tem-se, assim, a denominada Casa da Suplicação do Brasil, com sede no Rio de Janeiro, que, em linhas gerais, tinha a mesma competência atribuída à Casa da Suplicação de Lisboa (MELLO FILHO, 2012, p. 8).

Segundo a publicação encontrada na “Colecção das Leis do Brasil, de 1808”, desse Alvará Régio vê-se o registro, em seu item I:

I. A Relação desta Cidade se denominará Casa da Supplicação do Brazil e será considerada como Superior Tribunal de Justiça, para se findarem alli todos os pleitos em ultima instancia, por maior que seja o seu valor, sem que das ultimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso que não seja o das revistas nos termos restrictos do que se acha disposto nas minhas Ordenações, Leis e mais disposições. E terão os Ministros a mesma alçada que têm os da Casa da Supplicação de Lisboa. [...] (BRASIL, 1891, p. 24 – sic).

De acordo com Aliomar Baleeiro, a Casa da Suplicação foi “o primeiro Tribunal que, em nosso país, exerceu um papel de disciplina e revisão sobre os Tribunais locais das Capitánias, unificando a interpretação do Direito já sob atmosfera brasileira”, não obstante o registro de que “dele participassem magistrados nascidos em Portugal, lá formados e que, necessariamente, aplicavam o direito reinol, ainda quando este, como não era excepcional, muitas vezes fosse legislado para as condições especiais e peculiares do Brasil” (BALEEIRO, 1968, pp. 17-18).

A Casa da Suplicação do Brasil, que tinha 23 (vinte e três) Juízes, foi sucedida pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça, criado pela Lei Imperial de 18 de setembro de 1828, com instalação em 09 de janeiro de 1829, sendo composto por 17 (dezessete) Juízes. Em 1833, foi restabelecido o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro. E, em 11 de outubro de 1890, foi organizado o Supremo Tribunal Federal, por meio do Decreto nº 848, editado pelo Governo Provisório da República.

A respeito do nome da Corte, “durante a República, a Constituição Federal de 1934 alterou a denominação constitucional do Supremo Tribunal Federal, passando a designá-lo como Corte Suprema”, mas, com o advento da Carta de 1937, “restabeleceu-se a anterior denominação (Supremo Tribunal Federal), mantida, até hoje, pelas sucessivas Leis Fundamentais da República” (MELLO FILHO, 2012, p. 8).

Aliomar Baleeiro anota que, antes do sobremencionado decreto 848, o decreto 510, de 22 de junho de 1890 – que cumpria a finalidade de Constituição Provisória da República –, já assentava a pedra angular do STF, em substituição ao Supremo Tribunal de Justiça do Império, com sede na capital federal, integrando o Poder Judiciário e compondo-se de 15 magistrados, nomeados pelo Presidente da República dentre os 30 (trinta) juízes federais mais antigos e os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado (BALEEIRO, 1968, p. 20).

O Supremo Tribunal Federal, que faz parte do denominado “campo jurídico”, vale dizer, um “espaço social de relações objetivas” (BOURDIEU, 2010, p. 64), organizado em 1890, como atrás mencionado, teve sua instituição prevista na Constituição republicana de 1891 por meio dos artigos 55 e 56. Este último dispositivo, porém, alterava, em parte, o que antes previa o decreto 510, de 22 de junho de 1890, pois não mais estabelecia que os seus quinze integrantes seriam escolhidos da relação dos trinta juízes federais mais antigos, e sim entre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado. Havia a garantia da vitaliciedade. Dessa feita, esse órgão de cúpula da Justiça brasileira passou a exercer sua missão constitucional, notadamente quando de sua formação passaram a fazer parte Juízes da geração republicana (ibidem, p. 59).

A partir dessa previsão constitucional, o Supremo Tribunal Federal manteve, com poucas alterações, a sua estrutura, características e missão.

Destarte, pode-se dizer com Pedro Lessa, em texto escrito à luz da Constituição de 1891, que, tal qual se dá no direito norte-americano, também entre nós o Supremo Tribunal Federal é o mais poderoso dos freios para garantir as boas e regulares relações entre o poder

federal e os poderes dos Estados, e ainda entre os próprios ramos do poder federal (LESSA, 2003, p. 3).

Na Argentina, assim como no Brasil, a Corte Suprema é o seu órgão de cúpula, com o dever de ser o vigia e guardião da Constituição.

Clodomiro Zavalía observa que, em seu aspecto geral, referida Corte é influenciada pelos tribunais federais dos Estados Unidos da América (ZAVALÍA, 1920, p. 9). O mesmo autor anota que, no início de sua história, no tocante à justiça, a nação dependia do Judiciário que existia no Peru e no Chile (ibidem, p. 38).

No período colonial da história argentina havia uma justiça pré-constitucional, e somente em 1663 é que foi efetivamente instalado o primeiro órgão do judiciário, em Buenos Aires – a “Audiência de Buenos Aires” – (ibidem, p. 39), e assim funcionou ele como órgão máximo, por cento e trinta e sete anos.

Depois, o “Proyecto de Constitución para las provincias Del Rio de la Plata”, de 1812, trouxe previsão de uma Corte Suprema de Justiça para todo o Estado, e seus membros seriam escolhidos pelo Congresso, consoante a previsão do artigo 18 do referido projeto (ZAVALÍA, 1920, p. 42).

Mas a primeira previsão a respeito da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina está na Constituição Argentina de 1853, aprovada em 01 e promulgada em 25 de maio daquele ano. Seu artigo 91 dispunha: “El Poder Judicial de la Confederación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia compuesta de nueve jueces y dos fiscales, que residirán en la Capital, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Confederación”.

A primeira composição da Corte Suprema foi nomeada em 26 de agosto de 1854. Foram os seguintes magistrados a integrarem-na, de início: Gabriel Ocampo, José Roque Funes, Francisco Delgado, Martín Zapata, Facundo Zuviría, Bernabé López, José Benito Graña, Nicanor Molinas y Baldomero García. Os primeiros “fiscales” da Lei foram os Doutores Ramón Ferreira e Pío Tedín. Exigia-se como requisitos para o desempenho da função “tener treinta años de edad y ser ‘advogado de la Confederación’, con ocho años de ejercicio” (ZAVALÍA, 1920, p. 47).

Entretanto, assim como informa Juan Pablo Bustos Thames, em “La historia del origen de la Corte Suprema de Justicia”, a Corte Suprema, com essa primeira composição, nunca chegou a funcionar efetivamente, em razão dos conflitos que ocorreram nos anos que se seguiram, entre a Confederação e o Estado de Buenos Aires, além da falta de estrutura, de capacitação e da omissão quanto a formação de quadros auxiliares do Tribunal, sem

desconsiderar as dificuldades de natureza pessoal dos ministros nomeados. Somente em 1860, depois de árduas negociações, é que o Estado de Buenos Aires e a Confederação Argentina chegaram a um acordo, a partir do que desapareceram as referências a esta (Confederação Argentina), surgindo, depois da fusão, a “Nação Argentina”, sendo reformado o anterior texto constitucional. No novo texto, em seu artigo 94, havia a previsão relativa à Corte Suprema de Justicia da Nação Argentina: “El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás Tribunales Inferiores, que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación” (THAMES, 2016).

Em 1862, sobreveio a Lei nº 27, que regulamentou o artigo 94 da Constituição, e em seu artigo 6º trouxe a previsão de que “La Justicia Nacional se ejercerá por medio de una Corte Suprema de Justicia, compuesta de cinco Ministros y un Procurador General”. Em relação à competência da Corte, o artigo 3º da mesma Lei previa que os Juízes poderiam declarar inconstitucionais as leis que estivessem em contrariedade à Constituição da Nação. “Uno de sus objetos (del Poder Judicial) es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella” (THAMES, 2016).

No mesmo sentido, Fernando N. Barrancos Y Vedia, *in* “La Corte Suprema de Justicia en la historia constitucional argentina”, observa que em seus primeiros anos de funcionamento, a Corte Suprema se dedicou basicamente a garantir os mandatos e os princípios constitucionais, bem como a fixar os limites das atribuições dos poderes do Estado, assim como ao expresse reconhecimento que o Poder Judicial tinha de declarar a inconstitucionalidade dos atos ou normas emanados de outros poderes, sempre sustentando a supremacia da Constituição Nacional sobre todas as demais normas integrantes da ordem jurídica positiva (VEDIA, 1999, p. 206).

Vale dizer, já em sua origem a Corte Suprema Argentina constituía-se em garantia para o Estado de Direito e era salvaguarda primordial na proteção dos cidadãos contra os abusos que sofressem em razão de lei inconstitucional que passasse a ter vigência.

A Corte Suprema passou a publicar seus acórdãos (Fallos) em 1865. De acordo com o autor por último citado, o secretário da Corte, que passou a supervisionar o referido trabalho de publicação, José Miguel Guastavino, observou no prefácio que as publicações dos “fallos” formariam um grande livro e serviria de grande escola para todos, particularmente magistrados, legisladores, advogados e estudantes, que teriam mais e melhores condições de estudar a jurisprudência, a Constituição e a perfeição ou imperfeição das leis, o que possibilitaria reformas em face dos resultados de sua aplicação. De fato, muito salutar essa

prática que, no Brasil, só nos últimos anos foi efetivamente concretizada, com mais fácil acesso às decisões do Supremo Tribunal.

E, do que se extrai do livro de Clodomiro Zavalía, com poucas nuances, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina permanece com a mesma estrutura de então.

2.3 A Justiça Durante a Ditadura Militar no Brasil e na Argentina

Não é tarefa das mais fáceis discorrer a respeito da atuação do Poder Judiciário durante regimes ditatoriais, pois as fontes são escassas. Nesse sentido, em relação ao judiciário no Brasil no referido período, Vladimir Passos de Freitas, anota:

No entanto, da atuação concreta do Poder Judiciário naquela época pouco se fala e, menos ainda, se estuda. Não é sem razão. Quem estará habilitado a falar? Com que abrangência? Com que exatidão? Será o agente imparcial ou comentará sob os efeitos de sua experiência pessoal? (FREITAS, 2012, p. 6).

Na sequência, o autor lembra que a visão a respeito do judiciário durante o regime militar depende da experiência vivida, que pode ser absolutamente distinta:

Para um bancário do noroeste de Santa Catarina, o regime militar pode ter passado quase despercebido, pois pouco ou nada terá afetado sua vida. Um ribeirinho do Amazonas talvez, dele, nem tenha tomado conhecimento. Um advogado de presos políticos, ao contrário, que o viveu intensamente, terá uma visão sua, peculiar. Um policial do Departamento de Ordem Política e Social da Polícia Civil de um grande estado terá outra, quiçá oposta à do advogado. Um juiz do Recife poderá ter tido alguma experiência, enquanto outro, em Miranda, Mato Grosso do Sul, talvez tenha passado todo o tempo sem qualquer contato com os militares. Mesmo quem viveu o período tem apenas a sua visão. Se era um gaúcho de Porto Alegre, certamente nada poderá dizer do que se passava em Salvador. Se estava no Rio de Janeiro, dificilmente comentará o que houve em Maceió (FREITAS, 2012, pp. 6-7).

Até em função dessa realidade, ele observa que “ninguém pode arvorar-se em profundo conhecedor das relações entre o Poder Judiciário e as autoridades militares da época de exceção, porque ninguém tinha conhecimentos que abrangessem todo o território nacional.” Segundo o seu entendimento, “nem mesmo um Ministro do Supremo Tribunal Federal, porque, vivendo em Brasília, ele estava totalmente afastado dos porões da Polícia e dos julgamentos nas Auditorias Militares”, até porque, como ressalva, “não existia a internet. Notícias, só por rádio, jornal e televisão e, obviamente, censuradas” (FREITAS, 2012, p. 7).

Todavia, é possível dizer que o poder judiciário brasileiro, assim como o argentino, durante os regimes militares, sofreu a influência do executivo, o que colocou em risco a

credibilidade das instituições nos dois Estados. Essa influência produziu alterações nas concepções a respeito da justiça, naquele período.

Marcelo Paiva dos Santos (2009, p. 17) lembra que “a tradição histórica dos países latino-americanos demonstra a marcante influência que os governos autoritários trouxeram à formação de suas instituições jurídicas”.

Tanto no Brasil como na Argentina, os militares fizeram o pior uso possível das decorrências do normativismo jurídico, notadamente da “Teoria Pura do Direito”, de Hans Kelsen, obra tão comentada, mas que nem sempre é devidamente estudada. Nela, conforme o autor, busca-se fornecer “uma teoria da interpretação” (2000, p. 1).

Ao desenvolver sua teoria, com a pretensão de pureza, Kelsen tentou isolar a Ciência Jurídica de quaisquer influências externas, como a economia, a política, a moral e a religião. Essa pretensão, todavia, é impossível de ser alcançada, pois nenhuma ciência é totalmente autônoma e pura, uma vez que os ramos da ciência se imbricam, se correlacionam e são interdependentes, a partir do que cada um deles, é construído e aperfeiçoado. Isto se aplica ao Direito, que não é uma ciência explicativa como as ciências naturais, que explicam a realidade a partir de hipóteses falseáveis e experimentos. Antes, a Ciência Jurídica é fruto de construção humana e se destina a descrever e a identificar outro conhecimento humano (a lei, a norma, o direito), que é edificado a partir de outros conhecimentos, como os valores, os costumes, a moral e a ética. Desta maneira, porque elementos externos são considerados para a construção da Ciência Jurídica, que com eles guarda umbilical relação, não se torna possível a purificação pretendida por Kelsen.

Mas, não obstante a impossibilidade de se atingir a almejada pureza de todos os elementos que lhe sejam externos, a Teoria Pura do Direito muito influenciou os sistemas jurídicos ocidentais, com prejuízos sérios à coletividade, pois ao considerar como Direito tão-somente o emanado do Estado, excluindo de seu campo quaisquer outros conteúdos não estritamente jurídicos, a mencionada teoria se afasta e se fecha para a realidade social, composta de seres humanos que trazem em sua formação um sem número de valores sociais, morais, éticos e políticos, valores que, em decorrência, são integrantes de toda a sociedade e, pois, do Estado.

Assim, o positivismo jurídico puro, com sua pretensão de transformar um conhecimento humano e valorativo – como o Direito – em exato e neutro, acaba por engessar no tempo tanto a lei como também o seu aplicador, notadamente, o magistrado, pois ambos atuam distantes da realidade, não obstante ela esteja bem diante deles. Por isso, constata-se o frequente erro dos julgadores, na judicatura, de se verem como meros aplicadores e

“operários” da lei, sem questioná-la a respeito de sua justiça, e atuando como apregoava Montesquieu, em sua obra “Do espírito das leis”, com a afirmação de que “os juízes não devem ser mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das leis” (MONTESQUIEU, 1997, p. 203).

Essa figura, do “operário do Direito”, extremamente comprometido com a lei, sem outras valorações, cega-se para a realidade social, de maneira que não lhe interessa se o conteúdo da norma é justo ou injusto, e, pois, ele não se dispõe a efetivar qualquer consideração do contexto socioeconômico, cultural e político em que sua decisão será cumprida. Esse “operário do Direito” é como que uma máquina de produzir decisões, em observância às metas impostas por órgãos administrativos da justiça, e busca atuar de forma impecável no conhecimento e na aplicação da lei, mas com total cegueira e indiferença aos aspectos que se encontram além da norma posta.

A respeito desses profissionais, Benedito Cerezzo Pereira Filho anota:

A intenção, no momento, é demonstrar que as exigências sociais cada vez mais em ascensão e as conseqüências desastrosas para o Estado em não atendê-las satisfatoriamente, como descrédito, criação de justiças paralelas, distúrbios etc, contribuíram, sobretudo, para um repensar na administração da justiça e, principalmente, no papel do juiz, se de fato seria ele um simples aplicador da lei ou se deveria, acima de tudo, ser um agente político que, junto com as partes em juízo, aplicaria a justiça, ao servir-se do processo e não somente da lei (PEREIRA FILHO, 1999).

Julgador com essas características está sempre com os olhos fechados para o cotidiano, o palco da vida em que atua, o que leva o direito a ser visto como velho inimigo da realidade social (ESTEVÃO, 2005).

Pereira Filho, em outro texto (“El poder del juez: ayer y hoy”), lembra que, desde a Revolução Francesa, a classe detentora do poder econômico – burguesia – reservou ao judiciário o papel de manter a situação então existente, de domínio, com a ênfase da preservação da propriedade como principal direito a ser resguardado (PEREIRA FILHO, 2015).

Há um senso comum de que ao juiz cabe aplicar a lei posta, sem voltar seus olhos à efetiva situação social que envolve os litigantes, postura que concorre para a manutenção das coisas no mesmo estado. Esse senso comum foi denominado por Luiz Alberto Warat de “Senso comum teórico dos juristas”, o que também se vê na obra “Epistemologia e ensino do

direito: o sonho acabou”, volume II⁶, e é por ele definido “como a voz ‘off’ do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam” (WARAT, 2004, p. 32).

Ainda a respeito do senso comum, conforme observa Abbagnano, em seu conhecido “Dicionário de Filosofia”, Vico o entendia como “um juízo sem reflexão, comumente sentido por toda uma ordem, todo um povo, toda uma nação, ou por todo o gênero humano” (*Ciência nova*, 1744, Dignidade 12 – apud Abbagnano, 2003, p. 873).

O mesmo pensador também insistiu que o senso comum tem a função de “confirmar e determinar o arbítrio humano, incertíssimo por sua própria natureza, (...) no que diz respeito às necessidades ou utilidades humanas” (Dignidade 11, *ibid*).

Na “Escola Escocesa” não foi muito diferente a compreensão sobre o assunto, como se constata em “*Investigação sobre o espírito humano segundo os princípios do senso comum*”, de T. Reid (1764). Ele usou a expressão “para designar as crenças tradicionais do gênero humano, aquilo em que todos os homens acreditam ou devem acreditar” (apud Abbanano, 2003, p. 203).

Esta é a conotação mais adotada nos dias em que vivemos: são as opiniões e decorrentes ações que, impostas pela tradição aos indivíduos de um grupo social numa determinada época e local, acabam aceitas sem questionamento como verdades e comportamentos típicos do ser humano.

Dentro da análise que se faz, em rápidas palavras, pode-se entender o senso comum dos juristas como o agir baseado na compreensão de um direito limitado ao ordenamento normativo em vigência, o que constitui verdadeiro obstáculo à necessária ruptura com o vetusto sistema jurídico entre nós impregnado.

Este sistema está deteriorado pelo tempo; deveria ser “embalsamado” e “colocado” num imaginário museu jusfilosófico. Impõe-se a abertura ao novo, que leve o direito à aproximação da realidade social.

Nesse contexto, é de se preocupar “com a propositada inação dirigida ao Poder Judiciário, principalmente seu afastamento do povo, com ‘teorias’ liberais aptas a anulá-lo como Poder”, com sua submissão ideológica e irracional à denominada vontade da lei, que é eficiente sob o viés burguês, de modo que se mantém o “juiz sem poder”, algo que “é ideal e necessário para o sistema ‘legal’ orquestrado no século das luzes” (PEREIRA FILHO, 2006).

⁶ Tal obra reúne vários de seus escritos, inclusive o artigo publicado em 1982, na “Revista Sequência”, nº 5, da Universidade Federal de Santa Catarina, assim intitulado: “Saber crítico e senso comum teórico dos juristas”.

Vale dizer, como explana Jônatas Luiz Moreira de Paula, o direito é empregado como instrumento útil para realizar “as funções do poder dominante, que reclama as necessidades de Estado para justificar as atitudes do governo, dirigindo o comportamento dos grupos sociais, sob a justificativa de ser este o ‘interesse’ ou a ‘necessidade’ de que realmente a sociedade precisa”, o que configura “mera manipulação ideológica, ocultando interesses menores realmente protegidos pelas ações governamentais”. Invocando José Guilherme de Souza, o mesmo autor anota que “as injustiças sociais medraram com muita facilidade no fértil caldo de cultura da realidade social brasileira, fermentada por distorções de toda ordem, e, ao mesmo tempo, conotada por escamoteamentos ideológicos”, que, de forma paradoxal, “produzem o efeito perverso de arrancar aplausos do oprimido ao opressor, enquanto este, com uma mão que afaga e outra que oprime, tortura docemente a consciência social daquele, até anestesiá-la. É o ‘amor ao censor’, de que falava Freud”. Diante disto, tem-se que “o poder judiciário figura como órgão controlador e moderador dos excessos dos demais poderes”, na teoria, mas, “na prática, ele se presta ao papel de mantenedor da coerência do sistema (=estrutura de poder = Estado = classes dominantes)”, o que se concretiza “pela legitimação dos atos estatais, inclusive os geradores de injustiça e distorções, bem como pela conveniência e pusilanimidade diante da dominação de classes, na arena ideológica do Estado.” (PAULA, 2002, pp. 21 e 29-30).

Essa visão, que é compatível com o que se constata efetivamente no cotidiano, claramente é fruto do positivismo jurídico, notadamente, o normativismo puro kelseniano.

Mas, apesar das observações feitas, convém lembrar que Hans Kelsen – que teve sua família dizimada num campo de concentração – foi um dos mais brilhantes teóricos do direito em toda a sua história. Trata-se de nome de elevada importância para o direito, que é possível ser dividido em dois períodos: antes de Kelsen e depois dele.

Contudo, essa colocação não pode, jamais, justificar a idolatrização desse teórico, como se o seu normativismo puro fosse o único instrumental à disposição dos agentes jurídicos. Sustenta-se que essa teoria é um dos instrumentos de partida na aplicação do direito e na busca do justo, porém, não é necessariamente o ponto de chegada.

Consoante já observado em “A retórica no Direito – a lógica da argumentação jurídica e o uso da retórica na interpretação” (2010, pp. 135-138), o normativismo kelseniano possibilita que, nessa teoria denominada de pura, seja abrigada qualquer ideologia e, por isso, não dá qualquer valor ao conteúdo da norma positivada, nem tem preocupação quanto à sua fonte, pelo que lhe é irrelevante sejam as leis – no sentido amplo da expressão – promulgadas por governantes que assumem o poder mediante ilícito golpe de estado, como ocorreu no

Brasil e na Argentina. O que importa, para o normativismo puro, é a capacidade do governo de garantir a eficácia da lei.

A propósito destas questões, a transcrição a seguir, um pouco mais extensa, extraída da “Teoria Pura do Direito”, de Kelsen, bem expressa o total desprezo ao valor do conteúdo da norma e a irrelevância de sua fonte, que será legítima até mesmo se proveniente da força, desde que haja garantia de sua eficácia:

A significação da norma fundamental torna-se especialmente clara quando uma Constituição não é constitucionalmente modificada **mas é revolucionariamente substituída por uma outra**, quando a existência - isto é, a validade - de toda ordem jurídica imediatamente assente na Constituição é posta em questão. [...] As normas de uma ordem jurídica valem enquanto a sua validade não termina, de acordo com os preceitos dessa ordem jurídica. [...] O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o **princípio da legitimidade**. [...] **Uma revolução no sentido amplo da palavra, compreendendo também o golpe de Estado, é toda modificação ilegítima da Constituição**, isto é, toda modificação da Constituição, ou a sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição. **Do ponto de vista jurídico, é indiferente que esta modificação da situação jurídica seja produzida através de um emprego da força dirigida contra o governo legítimo ou pelos próprios membros deste governo, através de um movimento de massas populares ou de um pequeno grupo de indivíduos**. Decisivo é o fato de a Constituição vigente ser modificada ou completamente substituída por uma nova constituição através de processos não previstos pela Constituição até ali vigente. [...] De acordo com a norma fundamental de uma ordem jurídica estadual **o governo efetivo que, com base numa Constituição eficaz, estabelece normas gerais e individuais eficazes, é o governo legítimo do Estado**. [...] Uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas. [...] **O princípio que aqui surge em aplicação é o chamado princípio da efetividade. O princípio da legalidade é limitado pelo princípio da efetividade** (KELSEN, 2000, pp. 232-235 - negritos não constantes do original).

Como se constata com facilidade neste texto de Kelsen, a legitimidade de uma norma positivada é limitada pela efetividade, ainda que essa efetividade seja obtida com o uso da força e com total violação da Constituição até então vigente. Ora, esse viés é nitidamente ideológico, o que constitui flagrante contrassenso numa teoria que prega a pureza metodológica e propugna a total libertação do direito de toda ideologia.

Para reforçar esta conclusão, Plauto Faraco de Azevedo (1989, p. 51) lembra que, em outro texto não muito conhecido entre nós (The Pure Theory of Law. Law Quarterly Review, 1934, 50: 474-483), Kelsen sustentou que na República Soviética, tal qual na Itália fascista ou

na França capitalista democrata, o direito deve ser considerado em todas as suas partes componentes como expressão de direito válido.

A respeito da sustentação que a Teoria Pura do Direito deu ao nazismo, invocando Gustav Radbruch (“Arbitrariedad legal y derecho supra legal”), o mencionado professor brasileiro anota:

Examinando o ordenamento jurídico nacional-socialista chegou a elaboração do conceito de “arbitrariedad legal” ou de “leis que não são direito”. Reconheceu ser impossível estabelecer uma linha divisória precisa entre as leis que não exprimem o direito, configurando a “arbitrariedad legal” e aquelas que, apesar de seu conteúdo injusto, conservam a validade. Todavia, deixou claras a configuração e conseqüências da “arbitrariedad legal”: quando não se pretende de nenhum modo realizar a justiça, uma vez que a igualdade, que constitui seu núcleo, é conscientemente deixada de lado na formulação do direito positivo, as normas assim elaboradas não constituem apenas direito injusto, mas carecem da própria natureza jurídica. Não se pode definir o direito, inclusive o direito positivo, senão como uma ordem estabelecida para servir a justiça (AZEVEDO, 1989, p. 67).

Ainda que a metodologia científica idealizada por Kelsen não tivesse esse objetivo, não é difícil concluir quão importante foi o seu normativismo puro para dar sustentáculo a regimes autocráticos, inclusive os militares na América Latina, com a institucionalização das quarteladas e dos golpes de estado, até mesmo no Brasil e na Argentina. Clara demonstração disto, em solo brasileiro, tem-se no Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, em boa parte inserido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 por intermédio da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Não obstante, esse ato fosse uma escancarada negação da ordem constitucional estabelecida pelo próprio regime militar em 1967, a Teoria Pura do Direito deu-lhe validade, tal como aos totalitarismos soviético, italiano, francês (o que Kelsen admite) e ao nazismo alemão.

Aliás, já no início do regime militar, no preâmbulo do Ato Institucional nº. 1, de 09 de abril de 1964, o movimento golpista buscou precisamente no pensamento do normativismo puro kelseniano o fundamento para a sua legitimidade, efetividade e validade, ao afirmar que “a revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte”, de modo que “a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma”, e “nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória”. A propósito, essa Escola do Direito, de Kelsen, levou à absurda inversão da ordem no tocante à legitimidade, pois em vez de o legislativo, por seus atos, legitimar todos os poderes, o AI 1

dispunha exatamente o oposto, em seu preâmbulo, a saber, que “fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação” (BRASIL, AI 1, 2015).

Esse normativismo puro, ao dar sustentação à ditadura estabelecida pelo regime militar em 1964, possibilitou o desrespeito a direitos fundamentais contemplados na democrática Constituição de 1946, e até mesmo na Constituição de 1967, imposta pelo comando militar, desrespeito que se dava a cada aplicação dos Atos Institucionais, como o de nº 5. Nele, como já visto, as violações eram tão sérias que o seu artigo 11 excluía da apreciação do Judiciário “todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos complementares, bem como os respectivos efeitos”, com total e indisfarçada ofensa ao disposto no artigo 153, § 4º, da Constituição então vigente.

Assim, não obstante Hans Kelsen tenha reconhecido a importância da análise sociológica, psicológica, histórica, moral e cultural para o direito, por ter teorizado uma metodologia pura e fechada para outras áreas do conhecimento e para a hermenêutica propiciadora da justiça, de sua teoria, muitos regimes autocráticos se aproveitaram, inclusive do que se instalou no Brasil, em 1964, e na Argentina, em 1976. Assim é que ditadores editaram e legitimaram muitas absurdas leis e normas positivadas que violavam direitos fundamentais dos cidadãos, pois os magistrados foram transformados em cegos aplicadores das literais normas escritas.

A este respeito, Marcelo Paiva dos Santos registra o sofrimento pessoal do alemão Gustav Radbruch, bem aplicável às experiências de brasileiros e argentinos no período dos regimes militares. Quando discorre sobre o normativismo e seus efeitos, ele sustenta:

Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa à prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. Esta concepção de lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro (RADBRUCH, 1961, p. 211).

Santos lembra que a visão desse período configura uma concepção estadualizada do direito, pois o Estado, segundo suas palavras, “assumiu o contrato social – Rousseau – e

reconheceu as disposições que ele mesmo criava; o Estado passou a aceitar somente as suas próprias leis”, de modo que a jurisprudência, antes entendida como fonte criadora do Direito, “passou a ser pensada enquanto decisões dos tribunais, valendo enquanto aplicação dos preceitos legais e não como Direito propriamente dito”, de modo que havia uma “projeção do Direito através da lei”, num movimento em que a criação do Direito passou a ser decorrência da atuação do poder político, e os responsáveis pela criação do Direito dele se utilizaram “como forma de institucionalização do sistema opressor”. E esse problema era detectado quando da sua aplicação, “verificando-se os reflexos mais negativos do Direito perante a sociedade”, pois havia uma inversão da ordem jurídica, “normalmente com a aquiescência dos responsáveis pela aplicação do Direito, os juízes” (SANTOS, 2009, pp. 46-48 e 53).

Todavia, é de se registrar que a teoria do direito kelseniana é tida como liberal e democrática, e não se pode confundi-la com o deturpado uso que regimes autocráticos dela fizeram. Fica nítida, por exemplo, a má fé de líderes nazistas e fascistas ao justificarem com a teoria kelseniana as normas que editaram e que, ao serem aplicadas, levaram a barbáries. O mesmo se diz dos comandantes militares nas ditaduras estudadas neste trabalho, no Brasil e na Argentina.

Mas, por força da imposição normativista, o judiciário não apresentou muita oposição ao golpe militar e ao regime ditatorial instalado em 1964.

Anthony W. Pereira, pesquisador que se dedicou ao estudo do judiciário no Brasil, Chile e Argentina no período dos regimes ditatoriais da segunda metade do Séc. XX, assevera que, embora a repressão aos imputados ocorresse na fase do inquérito policial, os julgamentos não eram simples encenações, com a “função de cobrir com um verniz de legalidade a repressão praticada pelo regime”. Antes, eles “foram exercícios jurídicos conduzidos por indivíduos que pareciam acreditar na legitimidade e na coerência das leis”. O autor aduz que “promotores e juízes examinaram cuidadosamente as vagas leis de segurança nacional, aplicando-as às instâncias concretas dos comportamentos individuais, para decidir o que era e o que não era subversivo” (PEREIRA, 2010, p. 46).

E, no primeiro momento após o golpe de estado de 1964, o STF, por vários de seus componentes, manifestou claramente o seu apoio às medidas impostas. “Se o STF não se envolveu nem apoiou a conspiração civil-militar que derrubou Goulart, é certo que boa parte de seus membros aplaudiu a queda do presidente”, de acordo com o registro que faz Otavio L. S. Valério, que acrescenta:

O presidente do Supremo, Ribeiro da Costa, abertamente defendeu o golpe, admitindo inclusive que a “sobrevivência da democracia se há de fazer, nos

momentos de crise, com o sacrifício transitório de alguns de seus princípios e garantias constitucionais”. O ministro Vilas Boas saudou o “vitorioso movimento anticomunista (...) de bravos soldados”. O ministro Aliomar Baleeiro, alguns anos depois, escreveria que “em 1964 houve idílio inicial entre a Revolução e o Supremo”. O ministro Pedro Chaves recebeu “a revolução de 31 de Março como uma manifestação da providência divina em benefício da nossa Pátria. Não me mantive em atitude contemplativa. Tive a coragem de alertar a Nação, em discurso de 11 de agosto de 1962, para o desfiladeiro tenebroso a que estávamos sendo conduzidos” (VALÉRIO, 2010, pp. 49-50).

A respeito desse apoio de vários dos Ministros do STF ao golpe militar de 1964, e das razões que invocaram para tanto, notadamente o Ministro-Presidente, Ribeiro da Costa, convém observar que não se fala em democracia, nem em sua sobrevivência, com o “sacrifício”, ainda que transitório, de “alguns de seus princípios e garantias constitucionais”. A violação de princípios democráticos, por si, é antidemocrática. E a essência da democracia é o respeito às garantias constitucionais. O contrário disso é ditadura, regime que foi então implantado.

Referindo-se ao Presidente Humberto de Alencar Castelo Branco, eleito pelo Congresso Nacional em 11 de abril de 1964, também Osvaldo Trigueiro do Vale observa que ele procurou fazer visitas, que foram importantes, pois, por sua postura, referido mandatário “retardou e minimizou uma incursão marcante na autonomia do judiciário, que, só posteriormente, veio a se concretizar” (VALE, 1975, p. 33).

Uma dessas visitas foi feita ao Supremo Tribunal Federal, então presidido pelo Ministro Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa, pouco depois do advento do A.I. nº 1. Castelo Branco fez um discurso, logo ao chegar na Corte. Sobreveio o discurso de agradecimento do Ministro Ribeiro da Costa, que assim se manifestou (VALE, 1975, p. 34):

E prossegue dentro de seu estilo sincero e contundente o então presidente do S.T.F.: [...] “Ressaltei, de início, que a reconquista e, portanto, a sobrevivência da democracia há de se fazer, nos momentos de crise, com sacrifício transitório de alguns de seus princípios e garantias constitucionais.” Fixando a transitoriedade da suspensão de certas garantias constitucionais pelo A. I. nº. 1, o Presidente do STF indica, no seu entender, os responsáveis causadores, e, prossegue definindo o papel e o comportamento que dali por diante iria ter o Supremo: “Proclamemos que, em verdade, foram os detentores do Governo deposto que, movidos por um propósito vesânico, nos arrastaram a essa situação. Façamos uma pausa e prossigamos. A Justiça, Eminente Senhor Presidente, quaisquer que sejam as circunstâncias políticas, não toma partido, não é a favor nem contra, não aplaude nem censura. Mantém-se equidistante, ininfluenciável pelos extremos da paixão política. Permanece estranha aos interesses que ditam os atos excepcionais de governo. Nosso poder de independência há de manter-se impermeável às injunções do momento, e acima de seus objetivos,

quaisquer que se apresentem suas possibilidades de desafio às nossas resistências morais.” (VALE, 1975, p. 34).

Não obstante, o Ministro Ribeiro da Costa, contrariando os mais mezinhos princípios gerais de direito e de democracia, tenha afirmado que, em momentos como aquele, pós 31 de março de 1964, a sobrevivência da democracia impusesse o sacrifício de alguns princípios e garantias constitucionais – como se fosse razoável falar-se em democracia sem a observância de direitos, garantias e princípios constitucionais –, em continuação ao seu discurso S. Exa. reafirmou a necessidade de total respeito aos direitos humanos e fundamentais, próprios da vida, conforme a transcrição feita por Osvaldo Trigueiro do Vale, que se baseou nas “cópias dos discursos de primeira visita do ex-Presidente Castelo Branco ao Supremo, fornecidas pela Secretaria do S.T.F.”:

“Nas horas supremas, é forçoso que se reconheça, os juízes da democracia dominam os delírios da violência pela supremacia do ordenamento jurídico, na manutenção dos direitos assegurados à vivência humana. Esta determinação, este domínio, reduzem a um grau de alta significação o equilíbrio do espírito de crítica e de análise de que há de se valer, no oportuno instante, o juiz, figura de dentro, forte e impassível no jogo de todos os acontecimentos políticos. Coordenam a harmonia social, de que são artífices” (VALE, 1975, p. 35).

Antônio César Bochenek anota a passividade dos juízes durante a ditadura militar verificada no Brasil, na Argentina e no Chile, no período várias vezes mencionado neste trabalho. Depois de registrar que os governos [governantes] “foram notórios na violação dos direitos humanos, com torturas, raptos, desaparecimentos, mortes e prisões sem julgamento”, ele observa que “a passividade ou irrelevância dos juízes no período de violações maciças dos direitos humanos forçou uma reavaliação do seu papel na sociedade” (BOCHENEK, 2013, p. 155).

Bem por isso, naquele período, as decisões eram despidas de valorações e de análise da razoabilidade, até porque, como lembra Alexandre Araújo Costa (1999), não era admissível que uma lei fosse invalidada por um Tribunal, por considerar inadequadas as razões e valores que levaram à sua edição. O mencionado autor, invocando Carlos Roberto Siqueira Castro (1989), observa que havia excessiva deferência da ordem jurídica brasileira “às competências discricionárias do Poder Público, notadamente no campo do poder de polícia”, o que “bem revela a idolatria do Estado no Brasil e sua feição autoritária, em cujo âmago descansa a proeminência e a incontrastabilidade dos agentes governamentais em face do cidadão comum”. E, durante os governos militares pós-1964, houve a adoção de um

“sistema repressivo autoritário-burocrático”, que “resultou, no plano jurídico, no fenômeno que poderíamos designar de ‘administrativização’ do Direito Constitucional”, com a colaboração de juristas oficiais, “sem o menor apreço aos direitos individuais e coletivos em face do Estado. Ademais:

No torvelinho desse autoritarismo jurídico, a Constituição e o remanescente das liberdades públicas nela consignadas, a despeito de toda sorte de atos institucionais e complementares que mutilaram a ambas, acabaram tragadas pelo poder discricionário das autoridades executivas, poder esse que mais se deslumbrou na medida da enganosa e forjada eficiência e dos êxitos governamentais oficialmente propalados, tudo, é claro, na companhia de muita violência institucional e da complacência dos órgãos e instituições competentes para exercer algum tipo de controle sobre a superpresença desse Estado Administrativista que tudo podia e que não devia contas a ninguém (CASTRO, 1989, pp. 187-188).

Essa concepção de Direito estadualizada “legou à humanidade os mais perversos exemplos de arbitrariedade e de negação da justiça e de direitos às pessoas nos períodos em que imperaram regimes totalitários ou autoritários”, e os juízes, responsáveis em dizer o direito, “mesmo nos referidos regimes de exceção, poderiam se contrapor às leis injustas e arbitrarias”, o que, “em certa medida, ocorreu no Supremo Tribunal brasileiro” (SANTOS, 2009, p. 56). De fato, os denominados princípios fundamentais de direito estão colocados em nível mais elevado e são mais fortes do que toda norma positivada, de modo que se esta contrariar aqueles, será ela tida por inválida. Mas, durante a ditadura militar, os Ministros do Supremo Tribunal Federal tiveram “uma atuação ‘di mero applicatore ed interprete della volontà del legislatore o, al massimo, di semplice formulatore tecnico, *di traduttore giuridico*, se così si può dire, della volontà politica del Potere sovrano’, como se demonstrará no estudo de casos” (idem).

Nota-se, pois, que o judiciário exerceu um papel de apoio ao regime ditatorial militar pós 1964, no Brasil, explícito em alguns momentos e não explícito em outros, nesse processo de identificação entre Direito e Estado, que gerou perversos efeitos ao povo. Prova disto é que quase nada se fazia contra as conhecidas práticas de torturas – que se estenderam por todo o período ditatorial (BRASIL: NUNCA MAIS, 1985) –, a respeito do que Foucault anota, invocando Émile Durkheim (1969):

A tortura é um jogo judiciário estrito. E a esse título, mais longe do que às técnicas da Inquisição, ela se liga às antigas provas que se utilizavam nos processos acusatórios: ordálias, duelos judiciais, julgamentos divinos. Entre o juiz que ordena a tortura e o suspeito que é torturado, há ainda como uma espécie de justa: o “paciente” — é o termo pelo qual é designado o supliciado — é submetido a uma série de provas, de severidade graduada e

que ele ganha “agüentando”, ou perde confessando (FOUCAULT, 1999, p. 59).

Convém lembrar que a Constituição de 1967 já previa a possibilidade de o STF reconhecer a inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo federal ou estadual, como se depreende do artigo 114, I, alínea “j”, ou a primitiva redação do artigo 114, III, alínea “b”, que contemplava a possibilidade da declaração de “inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”, e alínea “c”, que dava poderes à Corte para julgar válida lei ou ato do Governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal. O Supremo Tribunal Federal, todavia, em momento algum declarou a manifesta inconstitucionalidade – em face das Constituições de 1946 e de 1967 – dos atos institucionais, mesmo diante de tamanhas ofensas aos direitos e garantias que as referidas Leis Maiores reconheciam. No particular, Otavio L. S. Valério anota que “em nenhum acórdão do STF entre abril de 1964 e dezembro de 1969 houve debate ou questionamento sobre a constitucionalidade dos atos institucionais”. Pelo contrário, houve o “reconhecimento da legalidade da legislação revolucionária (incluindo atos institucionais e atos complementares) pelo Supremo. Este reconhecimento ocorreu, pela unanimidade dos ministros, logo após 1º de abril de 1964”, sendo relevante aduzir tratar-se de uma “época em que o tribunal era totalmente formado por ministros indicados por presidentes civis e, em sua maioria, nomeados por presidentes que faziam oposição à UDN” (VALÉRIO, 2010, pp. 83 e 196).

A propósito das colocações destacadas há pouco, não se pode negar a pressão que os Ministros do STF sofriam no período, pois “o ambiente, naquela época, era um ambiente de terror, de pânico de todo mundo” (LINS E SILVA, 1997, p. 380). Esse ex-Ministro acrescenta em outro trecho da mesma entrevista, a respeito dos acontecimentos que sobrevieram ao 31 de março de 1964: “O Supremo não foi atingido, a meu ver, e nós não fomos imediatamente cassados em virtude da atitude do Ribeiro da Costa”, ministro que presidia a Corte. Segundo o entendimento que sustenta, essas imediatas cassações não ocorreram também por força da posição do “presidente Castelo Branco, que era um homem mais moderado, menos açodado e com uma compreensão de que devia respeitar a Corte Suprema do país. Ele tinha esse entendimento, que não teve o seu substituto, Costa e Silva”, que, conforme o pensar do referido ex-ministro do STF, “ao contrário, investia contra tudo e contra todos, contra as instituições, como um ditador, como um tirano” (ibidem, p. 382).

Todavia, alguns anos depois, o poder dominante decretou forçadas aposentadorias (espécie de cassação) de alguns dos Ministros da Corte Suprema.

Na vigência do AI 5, por meio de um decreto de 16 de janeiro de 1969, durante as férias forenses, o Presidente Costa e Silva decretou cassações e suspensões de direitos políticos de vários cidadãos detentores de cargos representativos (deputados federais, senador e vereador) e, nesse contexto, aposentou os Ministros Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal, que, anteriormente, tinham atuação partidária no PSD e PTB (VALE, 1975, p. 174), além do general Pery Bevilacqua, então Ministro do Superior Tribunal Militar (VILLA, 2014, p. 134, e FREITAS, 2012, p. 11). Os dois primeiros tinham servido ao governo João Goulart. Lins e Silva fora Procurador-Geral da República, Ministro-Chefe da Casa Civil e Ministro das Relações Exteriores; Hermes Lima exercera o cargo de Chefe da Casa Civil entre 1961 e 1962, além de ter atuado como Ministro do Trabalho, Presidente do Conselho de Ministro e Ministro das Relações Exteriores. Esse ministro tivera carreira política e atuara na Esquerda Democrática – grupo de políticos e intelectuais esquerdistas de tendências socialistas, formado pouco depois da criação da UDN. O terceiro (Nunes Leal) exercera a chefia de gabinete de Juscelino Kubitschek, além de ser visto como um intelectual esquerdista, em especial porque era professor concursado de Ciência Política da Faculdade Nacional de Filosofia (LINS E SILVA, 1997, p. 383). Por esses motivos, muitos esperavam suas cassações desde 1º de abril de 1964.

No STF, em solidariedade àqueles que foram aposentados à força, pediram suas aposentadorias os ministros Lafayette de Andrada e Gonçalves de Oliveira, que exercia a presidência da Corte e apresentou sua renúncia ao cargo. A respeito do primeiro (ministro Lafayette de Andrada), em sua obra “Salão dos passos perdidos”, Evandro Lins e Silva narra ter ouvido do ministro Luiz Gallotti que seu pedido de aposentadoria logo depois das cassações decretadas (aposentadorias compulsórias) foi fruto de acerto do governo com seu irmão, deputado José Bonifácio: ele “não foi cassado porque seu irmão, o deputado José Bonifácio, que era o líder na Câmara, assumiu com o governo o compromisso de colher seu pedido de aposentadoria” (LINS E SILVA, 1997, p. 400).

Consoante o registro feito por Otávio L. S. Valério, quando da reabertura do ano judiciário de 1969, em 05 de fevereiro, o Ministro Luiz Gallotti, que assumira a presidência do Supremo Tribunal Federal, homenageou aqueles que tinham sofrido a aposentadoria compulsória e asseverou que eles foram “aposentados pelo Governo da Revolução porque considerados incompatíveis com ela (...) e não foram daqui afastados por qualquer motivo que lhes atinja a honra de magistrados, pois nenhum de tal natureza foi sequer apontado”. Como havia comentários de possível renúncia de todos os ministros da Corte, o novo presidente afirmou que permaneceria atuando, não obstante tivesse cogitado aposentar-se, “mas requerer

a aposentadoria agora, quando é possível a suposição de que teria motivo o temor de um afastamento compulsório, isso não farei” (VALÉRIO, 2010, pp. 186-187).

A respeito dessas aposentadorias, Thomas Skidmore anotou que, à época, o Poder Judiciário era um dos alvos da ofensiva governamental. E aduziu:

Em janeiro de 1969 três Ministros do Supremo Tribunal Federal foram forçados a se aposentar: Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva. O Presidente do Tribunal, ministro Gonçalves de Oliveira, renunciou em sinal de protesto. Usando o sexto Ato Institucional de 1º de fevereiro de 1969, Costa e Silva reduziu então o número de magistrados do Supremo de 16 para 11 e transferiu todos os delitos contra a segurança nacional ou as forças armadas para a jurisdição do Supremo Tribunal Militar e dos tribunais militares de categoria inferior. O governo também decretou por um ato de força a aposentadoria do general Pery Bevilacqua, ministro do Supremo Tribunal Militar que os linhas-duras consideravam complacente demais com os réus (SKIDMORE, 2000, p. 167).

Evidentemente, essas cassações que atingiram o Poder Judiciário em suas elevadas Cortes geraram maior temor por parte de todos os magistrados, que tendia a ser ainda mais profundo em alguns casos concretos, que atingiam mais diretamente os interesses da “revolução”.

Cerca de um mês depois, em 1º de fevereiro de 1969, por meio do Ato Institucional de nº. 06, o poder executivo mais uma vez mostrou sua plena disposição de interferir no Supremo Tribunal Federal, formalizando a redução de sua composição, de dezesseis para onze ministros, número que restara com as três cassações, aposentadoria de um deles e renúncia de outro. Mais uma vez, foi invocado o “poder constituinte” que “o Governo detêm”, o que o autorizava a intervir na Corte Suprema, mesmo com a afirmação de que ela era uma Instituição de ordem constitucional e recebia da Constituição sua estruturação, atribuições e competências, com o argumento de que essa redução era concretizada por conveniência da própria Justiça e para fortalecer sua posição de Corte eminentemente constitucional, propiciando a redução de seus encargos, tudo para facilitar o exercício de suas atribuições (BRASIL, 2015 - Ato Institucional nº. 6).

Essa justificativa bem demonstra que o aumento no número de ministros, de onze para dezesseis, efetivada por meio do ato institucional n. 2, “tinha sido feita não pelo reconhecimento da necessidade de aumento do número, e sim como uma estratégia política para neutralizar os que lá estavam, com a nomeação de membros vistos como partidários do movimento militar” (LINS E SILVA, 1997, p. 403).

Poder-se-ia indagar a respeito do motivo que levou o governo a formalizar a redução no número de ministros do STF, em vez de simplesmente nomear outros cinco comprometidos com o regime militar. Esta pergunta foi assim respondida por Evandro Lins e Silva: “Poderia, mas não o fez. Porque também o Supremo Tribunal, com o Ato Institucional nº 5, perdeu o seu poder político. Não podia mais julgar nada que dissesse respeito ao ato do Poder Executivo, não podia mais julgar os atos do Presidente da República”, além do que também “não podia mais julgar habeas-corpus em favor de presos políticos. Tornou-se apenas um tribunal judiciário e não um Poder da República, como deve ser o Supremo Tribunal Federal”. Aduziu, ainda, em sua resposta: “Na hora em que o Supremo perdeu a sua condição de poder político da nação, deixou de ser Supremo!”. De fato, o Órgão “teve aumentados os seus poderes como órgão judiciário porque se transformou num tribunal judiciário, encarregado de julgamentos que nada tinham que ver com o problema institucional do país.” (LINS E SILVA, 1997, p. 404).

No dizer de Otávio L. S. Valério, “após os Atos Institucionais nº 5 e 6, o Supremo estava definitivamente enquadrado” (VALÉRIO, 2010, p. 189).

A respeito dessa influência do regime militar no judiciário, notadamente na Corte Suprema, o Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence concedeu entrevista ao quadro “Saiba Mais”, do canal do STF no YouTube, na qual abordou o impacto do golpe militar de 1964 na Justiça brasileira, o clima vivenciado naquele período, bem como as repercussões do AI-5 no judiciário. Pertence era Procurador do Ministério Público no Distrito Federal e foi cassado pela Junta Militar em 1969. Na entrevista, o Ex-Ministro diz que “o impacto do AI-5 foi não tão estrondoso, porque não havia mais novidade, mas mais forte na sensação de insegurança e medo, enfim, na absoluta falta de segurança para planejar qualquer coisa, para quem se sabia na lista das antipatias do regime” (PERTENCE, 2014). A manifestação do Ex-Ministro nessa entrevista bem demonstra o terrível clima e a pressão a que o Supremo Tribunal Federal era submetido pelo regime militar brasileiro, no período ditatorial pós-64.

Todo o sistema normativo existente no período da ditadura militar no Brasil limitava a atuação do judiciário. Não obstante as Constituições trouxessem garantias que buscavam dar independência e autonomia aos Magistrados, atos institucionais – verdadeiras normas paraconstitucionais, no dizer de Santos (2009, p 69) – afrontavam tais garantias e, pois, a efetividade da justiça, bem como o respeito aos direitos humanos e fundamentais.

Quanto ao sistema normativo brasileiro, é de se registrar que constantes e marcantes foram as influências do golpe militar de 1964, efetivado quando vigorava a Constituição

democrática de 1946. Logo depois do golpe de estado, assumiram o comando do executivo os comandantes do Exército, da Aeronáutica e da Marinha, respectivamente os Generais Costa e Silva, Francisco de Assis Correia de Melo, e Augusto Hamann Rademaker, que subscreveram o Ato Institucional posteriormente nominado como sendo o de nº 1, em razão dos que o sucederam. Eles representavam o autodenominado Comando Supremo da Revolução.

Elio Gaspari, em “A ditadura envergonhada”, lembra que oficialmente o então presidente “João Goulart caiu no dia 1º de abril. O regime de 1946, nos dias seguintes” e com ele os avanços democráticos que tinham sido conquistados.

Prossegue asseverando que, no início do regime militar, foram muitas as propostas para a destruição imediata das garantias constitucionais que tinham sido construídas durante longo período. Uma delas, “mandada a Costa e Silva pelo empresário Antonio Gallotti, presidente da Ligth, empresa de capital canadense concessionária da produção e distribuição de energia elétrica no Rio de Janeiro e em São Paulo”. Outra proposta foi guardada pelo General Golbery do Couto e Silva, chamada de “Decreto Institucional”, que “previa a suspensão das garantias constitucionais por seis meses, a cassação dos direitos políticos e o banimento de Jango, de três governadores e de uma quantidade indefinida de deputados e senadores”. O presidente João Belchior Marques Goulart era chamado de “Jango”, por alguns. E uma terceira proposta foi apresentada por Julio de Mesquita Filho, então diretor do jornal “O Estado de São Paulo”, “redigida com a colaboração do advogado Vicente Ráo, catedrático de Direito Civil da Universidade de São Paulo e Ministro da Justiça no Estado Novo”. Essa proposta foi a primeira a receber o título de Ato Institucional. “Sugeriu a dissolução do Senado, Câmara e Assembleias Legislativas, anulava o mandato dos governadores e prefeitos, suspendia o habeas corpus e pressupunha que seria o primeiro de uma série”. Havia uma quarta proposta, denominada de “Ato Operacional Revolucionário, cujo texto é desconhecido”, que “foi farejado pela CIA no dia 05 de abril” e previa “o expurgo do Congresso como recurso extremo, capaz de evitar o seu fechamento”. Existia, ainda, “um manuscrito produzido no Ministério da Aeronáutica, em que, além dos expurgos civis, propunha-se o banimento de militares comunistas”. (GASPARI, 2002, p. 121-122). Esta última é ainda mencionada por Alberto Dines, Florestan Fernandes Jr. e Nelma Salomão (2000, pp. 360-361).

Gaspari também se refere a outro projeto apresentado logo no início do regime militar, menção que, dada a relevância histórica, pede-se vênia para a transcrição, ainda que mais extensa:

Oito notáveis do Congresso reuniram-se em Brasília para mais um projeto. Entre eles estava a fina flor do liberalismo do regime de 1946. Chegaram a uma fórmula pela qual os expoentes da ordem deposta perderiam os direitos políticos por quinze anos. A idéia de mutilar o corpo político do país era defendida até mesmo pelo cardeal do Rio de Janeiro, d. Jaime de Barros Câmara, para quem “punir os que erram é uma obra de misericórdia”. Cada um dos participantes da reunião de Brasília sangrou um pouco de sua biografia libertária. O gaúcho Daniel Krieger, girondino exaltado e valente; o mineiro Aducto Lúcio Cardoso, audaz e elegante, signatário do Manifesto dos mineiros contra a ditadura de Vargas; Ulysses Guimarães, ex-ministro de Jango. Tentavam fugir avançando, pois como o Congresso não se dispunha a cassar os mandatos da bancada esquerdista, firmara-se um acordo tácito segundo o qual a violência viria de fora. A manobra falhou grosseiramente, pois na noite do dia 8, quando um emissário levou o texto a Costa e Silva, ele recusou a ajuda. Já tinha munição (GASPARI, 2002, p. 122-123)

Nascia, assim, o primeiro dos dezessete atos institucionais que o regime militar, autoritariamente, impôs com força de Constituição entre 09 de abril de 1964 e 01 de janeiro de 1979. Esse sistema normativo que o Brasil teve desde o início da ditadura militar demolia direitos e garantias fundamentais.

Ainda a esse respeito, Marcelo Paiva dos Santos (2009, pp. 69-109) faz interessante abordagem relativa ao arcabouço normativo vigente no período ditatorial, em especial as normas aplicáveis ao poder judiciário, material aqui utilizado como base.

Quando do golpe militar vigorava a democrática Constituição do Brasil de 1946, que no artigo 7º, VII, alínea “b”, previa como princípio constitucional a “independência e harmonia dos Poderes”; o artigo 95, I, II e III, contemplava aos magistrados as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos (BRASIL, 2014). O comando militar pretendia receber o “sinal verde” do Supremo Tribunal Federal para a implementação do regime (SANTOS, 2009, p. 70). Assim, sobrevieram previsões normativas, notadamente em Atos Institucionais, com a imposição de limites à Magistratura.

O comando militar, logo que o golpe de estado foi efetivado, passou a atuar como se legislativo fosse, mas, para dar uma aparência de democracia em suas ações, asseverou que a Constituição Federal de 1946 ficaria mantida, com algumas modificações contidas em Atos Institucionais.

Essa postura é típica de um Estado de Exceção, em que a Constituição tem sua vigência suspensa por ato do soberano, como já asseverado alhures (item 1.3).

Conforme Osvaldo Trigueiro do Vale, o Poder Judiciário, nesse contexto, procurou manter-se fiel “ao resíduo do texto constitucional de 1946, constituições estaduais e leis ordinárias, que a Revolução protestara ser a ordem legal no país”. Essa postura, de fidelidade ao ordenamento jurídico por parte do judiciário, “representava um óbice aos objetivos, que o

poder militar interpretou como saneadores, de interferir na autonomia dos estados, domando-lhes a direção política e administrativa” (VALE, 1975, p. 16).

O Ato Institucional que, posteriormente, passou a ser o de nº. 1, de 09 de abril de 1964 – verdadeira miscelânea de norma e carta à nação que buscava justificar o regime –, embora trouxesse a previsão, em seu preâmbulo, de que a Constituição de 1946 era mantida, “limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República”, de forma incoerente, em seu artigo 7º, estabeleceu: “ficam suspensas, por 6 (seis) meses as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade”, “mediante investigação sumária” (§ 1º), observando-se a previsão do § 4º, de que “o controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade.” (BRASIL, AI. 1, 2015). Deste modo, por meio deste ato foram suspensas “não só as garantias individuais, como também as da magistratura. O quadro das novas correlações de força neste período era expressivo da onda autoritária, antiliberal e antidemocrática” (SANTOS, 2009, p. 72).

Por isto mesmo, nesse período, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, “em casos de violação de direitos para a tentativa de manutenção do regime de exceção”, decidiram com base “em outros valores”, e não obstante as limitações que lhes foram impostas, “nada justificaria os posicionamentos adotados pelos mesmos no período da ditadura militar, tanto que alguns deles, que se mantiveram independentes e defensores dos direitos dos cidadãos, sofreram as consequências do regime”, e, pois, em condições adversas, “não conseguiu o jurídico colocar-se de forma autônoma em relação ao político”, uma vez que “a estadualidade do Direito se colocava como um fator instrumental para a institucionalização do regime opressor, ainda que nítida a desconexão entre a situação de fato e a situação de direito havidas” (idem).

Ao discorrer a respeito desse primeiro Ato Institucional, Vladimir Passos de Freitas lembra que, com fundamento nele, “foram cassados políticos, como Juscelino Kubitschek de Oliveira, e dezenas de Juízes e Promotores de Justiça”, mencionando, especificamente, José Aguiar Dias, então Ministro do Tribunal Federal de Recursos, Osni Duarte Pereira, Juiz de Direito do Distrito Federal (à época no Rio de Janeiro) Edgard de Moura Bittencourt, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo - “que em 1966 escreveu o excelente livro “O Juiz”, pela Edição Universitária de Direito” -, e José Francisco Ferreira, Juiz de Direito de Pacaembu, SP, “que no dia da tomada do poder pelos militares mandou hastear a bandeira a meio pau no Fórum local.”

Anota, ainda, o mesmo autor, que em 24 de abril daquele ano, poucos dias depois da edição do Ato Institucional nº. 1, “chegou a Santos o navio Raul Soares, do Lloyd Brasileiro, onde os presos políticos foram recolhidos e passaram meses nas imediações da Ilha Barnabé, situada nas proximidades do porto.” Tratavam-se de presos “estudantes, líderes sindicais, militares considerados comunistas, portuários, profissionais liberais. O navio-prisão retornou ao Rio de Janeiro em outubro de 1964, sendo os presos transferidos”.

E, em 13 de junho do mesmo ano, “sob a inspiração do general Golbery do Couto e Silva, foi criado o Serviço Nacional de Informações (SNI), com o objetivo de organizar as atividades de informação e contra-informação, forte nos conceitos da chamada doutrina da Segurança Nacional.” Havia, também, outros órgãos que serviam ao regime, “como o CIEEX (Centro de Informações do Exército), o CENIMAR (Centro de Informações da Marinha), que já existia e foi aprimorado, e o CISA (Centro de Informações da Aeronáutica).” Não bastasse, tinha-se “a ação da Polícia Federal, à época incipiente, e da Polícia Civil dos estados, através de suas Delegacias de Ordem Política e Social, o temido DOPS”, que do autor “merece especial referência”, pois, conforme sua opinião, “os policiais civis eram os homens que sabiam investigar. O Exército não tinha experiência no assunto e a Polícia Federal, além de despreparada, tinha um quadro de funcionários ínfimo”, de maneira que as mencionadas Delegacias de Ordem Política se tornaram detentoras de muito poder. “A de São Paulo, por força do que lá ocorria, cresceu em poderio. E disto surgiu a liderança do Delegado Sérgio Paranhos Fleury, que assumiu um poder maior do que de Ministro de Estado.” (FREITAS, 2012, pp. 8-9). O referido Delegado Fleury tornou-se muito conhecido por suas ações praticadas com extremada violação de direitos humanos e fundamentais, como bem esclarece Percival de Souza (2000).

Otávio Valério (2010, p. 72) anota que, só em 1964, quarenta e nove juízes foram cassados, e lembra que John F. Dulles (“Castello Branco – o presidente reformador”) obtempera não haver precisão entre os historiadores a respeito do exato número de punidos em decorrência do Ato Institucional nº. 1, porém, “durante os seus meses de vigência”, como decorrência da aplicação de seu artigo 7º, “houve um total de 4.454 pessoas punidas (1.697 civis e 2.757 militares)” (DULLES, 1983, p. 63).

À época, também foi criada a Comissão Geral de Investigações – CGI, pelo Decreto 53.897/64, que dispunha ser seu objetivo “regulamentar a investigação sumária prevista no artigo sétimo do ato institucional n. 1, de 9 de abril de 1964”. Como lembra Vladimir Passos de Freitas, o dispositivo tratou da suspensão, pelo prazo de seis meses, das garantias da vitaliciedade e estabilidade dos agentes públicos que, submetidos à investigação sumária,

devessem ser demitidos, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados. Também era objetivo da CGI propiciar a efetivação do artigo 10 do mencionado ato institucional, que previa a suspensão de direitos políticos, por dez anos, e a cassação de mandados legislativos federais, estaduais e municipais (FREITAS, 2012, p. 9).

O mesmo autor anota que a Comissão Geral de Investigações foi extinta por meio do Decreto 54.609/64, mas recriada pelo Decreto-Lei 359, de 17 de setembro de 1968, com o objetivo de “promover investigações sumárias para o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilícitamente, no exercício de cargo ou função pública, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios ou dos municípios”, ou, ainda, de “empregos das respectivas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista”. Os bens confiscados passavam ao domínio da União, dos Estados ou dos Municípios. Porém, “anos mais tarde, inúmeras e complexas ações foram propostas pelos titulares dos bens confiscados, procurando recuperá-los ou se verem ressarcidos” (idem).

O Ato Institucional de n.º 2, de 27 de outubro de 1965, também interferiu tanto na estrutura como no funcionamento do Supremo Tribunal Federal, inclusive com o aumento do número de ministros, de onze para dezesseis (artigo 6º). Ou seja, pouco mais de ano e meio depois de deflagrado o golpe militar, o Comando Militar buscava interferir de forma mais intensa na Suprema Corte e obter decisões políticas consentâneas com as práticas adotadas pelo regime militar. Isto ficava bem claro “com a nomeação de ministros de militância partidária ortodoxamente udenista” (VALE, 1975, p. 17).

Não bastasse, em seu artigo 14, o ato estabeleceu suspensões outras: “Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por tempo certo” (BRASIL, AI. 2, 2015). A suspensão da inamovibilidade foi inovação, ou seja, em comparação com o AI de n.º 1 – que não a contemplava –, foi mais uma forma de ingerência no judiciário e imposição de insegurança aos seus integrantes, o que, claramente, atingia a própria independência e autonomia na prolação das decisões.

Outrossim, o artigo 8º do mencionado AI. de n.º 2 limitou a competência da denominada Justiça Comum e alargou a da Justiça Castrense, ao prever que essa é que apreciaria todos os crimes tidos como praticados contra a segurança nacional ou contra as instituições militares.

Não sem razão, Marcelo Paiva Santos, com base em Rosalina Correia de Araújo (2004, p. 410), anota que o AI de n.º 2 “instalou verdadeiro estado de exceção”, pois foi um período em que ocorreram “intervenções autoritárias sobre o Poder Judiciário que, do auge de

sua participação no regime democrático de 1946, submergiu ante a Justiça Militar”, que se viu fortalecida em sua estrutura e com sua competência ampliada, de modo a ter plenas condições para reprimir toda e qualquer ação política e ideológica, com a privação de sua atuação na proteção de direitos individuais. “Era o jurídico, entendido como o legitimamente imposto, servindo de base para os desmandos do regime político autoritário (SANTOS, 2009, p. 75).

Na sequência dessas normas paraconstitucionais, o Ato Institucional nº. 3, de 05 de fevereiro de 1966, ocupou-se das eleições que seriam realizadas no mencionado ano aos cargos de governador e vice-governador, da nomeação de prefeitos das capitais dos Estados, além de fixar datas para eleições em 1966. Todavia, proibiu a apreciação judicial dos atos praticados com fundamento nele, AI 3, consoante a disposição contida no artigo 6º: “Ficam excluídos de apreciação judicial os atos praticados com fundamento no presente Ato institucional e nos atos complementares dele.” (BRASIL, AI. 3, 2015). Evidente a restrição sofrida pelo Poder Judicial e que atingia de morte o direito fundamental do acesso à justiça.

O Ato Institucional que veio em seguida, de nº. 4, de 07 de dezembro de 1966, não trouxe outras interferências no Poder Judiciário, e limitou-se a convocar o Congresso Nacional para discussão, votação e promulgação do projeto de nova Constituição que o Presidente apresentou.

Referida Constituição, a de 1967, fez uso dos Atos Institucionais com o fim, inclusive, de constitucionalizar e legitimar a autodenominada “ordem revolucionária”. E prestigiou, nos artigos 6º e 10, VII, “d” e “e”, o princípio da independência e harmonia entre os três poderes. E, por meio do artigo 108, restabeleceu as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos, como fazia a Constituição de 1946, em seu artigo 95. Porém, como lembra Santos (2009, p. 76), por meio do artigo 173 o regime buscou encobrir todos os abusos até então praticados, com a previsão de que ficavam “aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964” (BRASIL, CF. de 67, 2015).

O mencionado artigo 173 tinha ampla extensão no campo de sua aplicação, e assim dispunha: “Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964”, bem como os atos praticados pelo Governo Federal com base nos AIs 1, 2, 3 e 4 (inciso I); atos das Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores “que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos e Vereadores, fundados nos referidos Atos institucionais” (inciso II); os “atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares referidos no item I” (inciso III); e as correções procedidas

até 27 de outubro de 1965 sobre vencimentos e outras verbas de componentes de qualquer dos Poderes da República, “em decorrência da desvalorização da moeda e elevação do custo de vida” (inciso IV). Bastante restritivo, pois, referido artigo, no tocante ao direito fundamental e básico de qualquer pessoa, relativo ao acesso à justiça.

Além disso, mais uma vez impôs limites à atuação da Justiça Comum e garantiu a ampliação da competência da Justiça Castrense para julgar os crimes cometidos por civis contra a segurança nacional ou as instituições militares, com a possibilidade de recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal: “Art. 122 – À Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas”. E o § 1º acrescentava: “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, com recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, CF. de 67, 2015).

Sobreveio o Ato Institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968, que recrudescer a violação aos direitos humanos e fundamentais. Como lembra Dalmo A. Dallari, desde o seu início a ditadura militar brasileira foi sempre violenta, posto que, em si, era uma violência contra a Constituição Federal e as Instituições Democráticas. Todavia, com o mencionado AI 5, houve “o recrudescimento das arbitrariedades e violências contra os que, falando, escrevendo ou participando de reuniões pacíficas, manifestavam oposição ao regime ditatorial e falavam em democracia liberdade e direitos”, de maneira que se constatou, posteriormente, aumento de prisões arbitrárias, da prática mais intensa da tortura e do desaparecimento de pessoas. Domicílios eram invadidos sem observância de formalidades, com dura ofensa aos direitos, sem que houvesse possibilidade de acesso ao Poder Judiciário ou outras autoridades para salvaguardá-los. Não se conseguia obter informações até mesmo a respeito dos motivos das punições, torturas e prisões. Aduz-se que no período houve ampla prática de corrupção e uso das instituições públicas para o desvio de recursos públicos (DALLARI, 2015, p. 4).

Seu artigo 1º disponha a respeito da manutenção da Constituição de 1967 e das Constituições Estaduais, “com as modificações constantes deste Ato Institucional” (BRASIL, AI 5, 2015), verdadeira aberração jurídica, consistente em que uma Constituição pudesse ser alterada por um Ato Institucional do Executivo, fora das possibilidades de reforma estabelecidas pela própria Lei Maior.

O artigo 2º possibilitava ao Presidente da República decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por mero Ato Complementar, “em estado de sítio ou fora dele”, podendo ele mesmo – Presidente da

República – determinar a volta do funcionamento das referidas casas legislativas. Essa disposição e poder concedido ao mandatário maior da nação bem se enquadra nos contornos do Estado de Exceção conforme o entendimento de Agamben, ou seja, a suspensão da própria ordem legal, que define seu patamar e seu conceito limite (AGAMBEN, 2004a, p. 15). De fato, nesse recesso do legislativo, o § 1º do artigo 2º autorizava o Poder Executivo “a legislar em todas as matérias e a exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios”. Por exemplo, em relação ao Congresso Nacional, por meio do Ato Complementar nº 38, foi decretado recesso, que durou de dezembro de 1968 a outubro de 1969. Não sem razão, em 1969, com o Congresso Nacional fechado, deu-se a edição da esmagadora maioria dos Atos Institucionais, a saber, doze deles.

Ademais, ainda com os contornos do já mencionado Estado de Exceção, o artigo 3º dava ao Presidente da República o poder de “decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição”. Vale dizer, a própria Constituição tinha sua vigência suspensa, no particular, e a norma aplicava-se ao soberano “desaplicando-se”, no dizer de Agamben.

Também era concedido ao Presidente da República, por meio do artigo 4º, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, “e sem as limitações previstas na Constituição” – novamente com sua vigência temporariamente interrompida –, “suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais”. E o artigo 5º previa, em seu inciso IV, a aplicação, nessa hipótese, e quando necessária, de medidas de segurança consistentes em liberdade vigiada, proibição de frequentar determinados lugares, e imposição de domicílio determinado, sendo certo que o § 1º do referido artigo 5º previa que o ato de decreto da suspensão de direitos políticos poderia “fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados”. E, para garantir a plena efetivação dessas violações a direitos humanos e fundamentais, o § 2º do mesmo artigo 5º previa que tais medidas de segurança seriam aplicadas “pelo Ministro de Estado da Justiça, defesa a apreciação do seu ato pelo Poder Judiciário”, assim como o artigo 11 – mais uma vez invocado neste trabalho – excluía “de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com esse Ato Institucional, seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”. Tais disposições configuravam verdadeiros ataques ao indispensável acesso à justiça.

O artigo 10 estabeleceu a suspensão da “garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia

popular”, que, dada a generalidade, tornava bem abrangentes os casos em que o *Habeas Corpus* era vedado.

E por meio do artigo 6º foram “suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade”, além do que o seu § 1º previa que o Presidente da República, mediante decreto, poderia “demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade” quaisquer titulares das garantias referidas no referido artigo.

Com isto se vê, de forma bastante clara, que esse Ato Institucional de nº 5 fragilizou sobremaneira o Poder Judiciário, proibido de julgar inúmeras causas que, de uma ou outra forma, tivessem relação com o Ato Institucional, seus Atos Complementares, ou quaisquer de seus efeitos – e o comando militar é que tinha poder para definir tais situações de abrangência do AI 5, de modo que nada escapava ao seu controle –, além de ver seus membros privados das necessárias garantias, com manifesta ofensa à autonomia e independência do Judiciário e do próprio Direito, que sofria tamanhas ingerências políticas.

Mais uma vez teve-se situação em que a estadualização do Direito mostrou-se extremamente perniciosa ao Judiciário, ao Direito e à sociedade como um todo (SANTOS, 2009, p. 78).

Como já afirmado anteriormente, esse Ato Institucional de nº 05 interferiu diretamente no STF. A esse respeito, Evandro Lins e Silva observa que, por meio desse AI, houve perniciosa inversão nos poderes, de modo que, em vez de julgar o Presidente da República, o Supremo passou a ser por ele julgado:

Com o AI-5 suprimiu-se o poder que o Supremo deve ter, como órgão da soberania nacional, de julgar as ações do Executivo ou as leis do Congresso, de declarar a inconstitucionalidade de atos abusivos que o presidente da República pudesse praticar, a pretexto de que estava defendendo o país contra a subversão ou a corrupção. Na verdade, o Supremo - a expressão será muito forte - foi castrado no seu poder de órgão que compõe o sistema dos três poderes independentes e harmônicos entre si. O presidente da República passou a dispor de poderes muito acima dos do Supremo Tribunal Federal. Ele passou a julgar o Supremo, passou a poder demitir um ministro do Supremo, sem que isso pudesse ser objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal. Quando o Supremo é que tem, pela Constituição, o poder de julgar os atos do presidente da República! (LINS E SILVA, 1997, p. 407).

O ex-Ministro acrescentou a respeito dessa influência do Poder Executivo no STF, à época: “Nós vivíamos sob uma ditadura. E o Tribunal, como eu digo, não era o Supremo Tribunal Federal funcionando. Era um tribunal ordinário, como dizia Campos Sales, um tribunal comum”. Ademais, “o Tribunal não tinha independência, na época, para votar nada contra o governo” (ibidem, p. 408).

Pelo Ato Institucional de nº. 06, de 1º de fevereiro de 1969, o Supremo Tribunal Federal teve sua composição restaurada a onze ministros, conforme disposição do artigo 1º. Todavia, novamente houve limitação da competência da Justiça Comum e a ampliação daquela afeta à Justiça Castrense, e o artigo 4º excluía da apreciação judicial todos os atos praticados conforme o referido Ato Institucional, seus Atos Complementares, e todos os seus efeitos.

Sobreveio o Ato Institucional nº. 7, de 26 de fevereiro de 1969, que também excluiu da apreciação judicial os atos praticados de acordo com o referido Ato Institucional, seus Atos Complementares, ou quaisquer de seus efeitos (artigo 9º), exclusão não prevista nos Atos Institucionais de nºs 08 (02 de abril de 1969), 09 (de 25 de abril de 1969) e 10 (de 16 de maio de 1969).

Os Atos Institucionais de nº 11, de 14 de agosto de 1969 (artigo 7º), nº 12, de 01 de setembro de 1969 (artigo 5º), nº 13, de 05 de setembro de 1969 (artigo 2º), nº 14, de 05 de setembro de 1969 (artigo 3º), nº 15, de 11 de setembro de 1969 (artigo 4º), nº 16, de 14 de outubro de 1969 (artigo 8º), e o último deles, de nº 17, de 14 de outubro de 1969 (artigo 4º), trouxeram semelhante exclusão da apreciação judicial dos atos praticados de acordo com os referidos Atos Institucionais, seus Atos Complementares, e todos os seus efeitos.

É preciso enfatizar que, pelo Ato Institucional de nº. 14, a Junta Militar que substituíra o Presidente, Marechal Arthur da Costa e Silva, alterou a redação do § 11 do artigo 150 da Constituição Federal de 1967. Esta tinha a seguinte dicção: “Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa”. A nova redação dada pelo regime militar pelo AI 14 dispunha que não haveria a pena de morte, de prisão perpétua, de banimento ou confisco, “salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária subversiva nos termos que a lei determinar”. O que era simplesmente “guerra externa”, vale dizer, com outro Estado, passou a ser “guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva” nos termos da lei, artifício de linguagem que ampliou em muito a possibilidade da pena capital ou de prisão para sempre.

As justificativas para essa emenda constitucional, que foi imposta sem observância do procedimento previsto no seu artigo 51 (“a proposta será discutida e votada em reunião do Congresso Nacional, [...], em duas sessões, e considerada aprovada quando obtiver em ambas as votações a maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso”), merece registro, pois dá os porquês dessas penas:

CONSIDERANDO que atos de guerra psicológica adversa e de guerra revolucionária ou subversiva, que atualmente perturbam a vida do País e o mantêm em clima de intranquilidade e agitação, devem merecer mais severa repressão;

CONSIDERANDO que a tradição jurídica brasileira, embora contrária à pena capital, ou à prisão perpétua, admite a sua aplicação na hipótese de guerra externa, de acordo com o direito positivo pátrio, consagrado pela Constituição do Brasil, que ainda não dispõe, entretanto, sobre a sua incidência em delitos decorrentes da guerra psicológica adversa ou da guerra revolucionária ou subversiva;

CONSIDERANDO que aqueles atos atingem, mais profundamente, a segurança nacional, pela qual respondem todas as pessoas naturais e jurídicas, devendo ser preservada para o bem-estar do povo e desenvolvimento pacífico das atividades do País [...] (BRASIL, AI. 14, 2015).

Como se observa, fica bem escancarado o propósito de controlar (ou punir) as pessoas tidas como inimigas do Estado com a pena de morte ou de prisão perpétua. Essas espécies de pena foram aplicadas em algumas ocasiões, pela Justiça Militar, mas em todas elas o Superior Tribunal Militar acabou por acolher apelos defensivos e as transformou em prisão por tempo determinado (DOTTI, 2014, p. 15).

Em 17 de outubro de 1969, os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica baixaram a emenda constitucional de nº 01. Em verdade, apesar de ser nominada de Emenda Constitucional, tratou-se praticamente de uma nova Constituição, “baixada” pelo comando militar, com total violação às próprias previsões da Constituição de 1967. De fato, o seu artigo 50 dispunha: “A Constituição poderá ser emendada por proposta: I - de membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de Assembléias Legislativas dos Estados.” (BRASIL, CF de 1967, 2015). E o procedimento legislativo existente previa que a proposta só seria aprovada com o voto favorável da maioria absoluta das duas casas do congresso (art. 51).

Vale dizer, a referida emenda constitucional foi imposta por “um poder usurpado, viveu até 1988, sob a maldição da origem militar” e “resultou de um momento de radicalização institucional da ditadura” (GASPARI, 2002a, p. 135).

A referida emenda preservou o princípio da harmonia e independência entre os poderes (artigo 6º e artigo 10, VII, alíneas “c” e “d”), além de manter as garantias próprias do judiciário, inclusive a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos (artigo 113). Mais uma vez, foi restringida a competência da Justiça Comum e estendida a da Justiça castrense, inclusive para a apreciação de crimes cometidos por civis contra a segurança nacional ou as instituições militares (artigo 129, § 1º).

O artigo 181 da emenda 01 dispôs que ficariam “aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964”, bem como todos “os atos do Governo Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos”, além de “todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1969” (inciso I), além dos “atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares indicados no item I” (BRASIL, EC. nº 01, 2015).

Ou seja, a restrição ao importante e fundamental acesso à justiça foi mantida, assim como ocorrera na quase totalidade dos Atos Institucionais antes editados pelo executivo.

Não bastasse, o artigo 182 dispunha: “Continuam em vigor o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e os demais Atos posteriormente baixados” (idem), que poderiam vigorar conforme o interesse e conveniência do comando militar. Este artigo, em seu parágrafo único, ainda impunha a manifestação do Conselho de Segurança Nacional para a cessação da vigência de qualquer deles – quando considerados desnecessários –, o que significava uma dificuldade a mais para tanto, já que apenas o decreto não bastaria: “O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá decretar a cessação da vigência de qualquer desses Atos ou dos seus dispositivos que forem considerados desnecessários.” (BRASIL, EC. nº 01, 2015).

Posteriormente, e de interesse para o Judiciário, tem-se a Emenda Constitucional de nº 07, de 1977, que criou o Conselho Nacional da Magistratura (artigo 120), conferindo-lhe funções disciplinares, e concedeu ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de avocar qualquer causa em trâmite em qualquer órgão do poder judiciário (“perante quaisquer juízos ou Tribunais”), depois de pedido do Procurador-Geral da República, “quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas” (artigo 119, I, “o”). Nesse período, “o Procurador-Geral da República representava o próprio Presidente da República, o que, na prática, transformou a figura do Procurador-Geral em um pilar principal do Poder Judiciário”, sendo que ele era “demissível *ad nutum* pelo Presidente da República, o que mais demonstrava a total ingerência do Executivo sobre o Judiciário” (SANTOS, 2009, p. 90). Convém anotar que até hoje essa previsão, que teve origem em norma que data da ditadura militar, está presente com todas as letras no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 252 (BRASIL, STF - RI, 2015).

Finalmente, a emenda constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978 – que entrou em vigor em 01 de janeiro de 1979 –, colocou fim aos abusivos e paraconstitucionais atos

institucionais, marca normativa da ditadura militar. Deste modo, por meio desta emenda, houve o início de um processo de libertação do Direito das ingerências do regime militar instaurado em 1964. Porém, o artigo 3º da emenda em comento dispunha: “São revogados os Atos institucionais e complementares, no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com bases neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial” (BRASIL, EC. nº. 11, 2015). Vale dizer, mesmo nessa disposição normativa – que revogou os AIs. –, um sério resquício de ingerência permaneceu, com a proibição de o judiciário apreciar os desmandos e abusos praticados no período com base nos atos institucionais e nos complementares.

Esse quadro normativo se manteve até o advento da Constituição Federal de 1988, com regras positivadas que prevaleceram, mesmo quando contrárias aos princípios gerais de direito e aos próprios Direitos Humanos.

Verifica-se, pois, no período, clara “imbricação recíproca entre forma política estatal e forma jurídica” (MASCARO, 2013, p. 106), com a marcante influência do regime ditatorial nas instituições e, pois, no Direito.

Em resumo, pode-se dizer com Marcelo Paiva dos Santos que “a evolução histórica do arcabouço normativo que vigorou no Brasil desde o golpe de estado de 1964 até a Constituição de 1988”, seja no plano constitucional ou no paraconstitucional (atos institucionais), “permitiu demonstrar a insuficiência da afirmação de que a existência de disposições normativas, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, é o bastante para a defesa da independência e harmonia entre os poderes” (SANTOS, 2009, pp. 80-81), o que, evidentemente, atingiu a estrutura e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal no Brasil.

2.4 A Justiça na Pós-Ditadura no Brasil e na Argentina

“As franquias constitucionais não são acionadas – ressaltava sempre o ministro Sepúlveda Pertence – em benefício do homem médio, do homem que conduz a vida de acordo com os parâmetros próprios à sociedade. São acionadas por aqueles que tenham, por isso ou por aquilo, cometido algum desvio de conduta” (Ministro Marco Aurélio – debates com o Ministro Roberto Barroso, no acórdão da decisão do 26º Agravo Regimental na Ação Penal 470 – “Caso Mensalão”, pp. 231 e 232)

Busca-se, a seguir, analisar a postura do Poder Judiciário no período posterior à ditadura, tanto no Brasil como na Argentina. A propósito, como lembra Maria Tereza Sadek, em “Uma introdução ao estudo da justiça”, “o Judiciário praticamente não tem sido estudado

pelos cientistas sociais brasileiros. Não há uma tradição de pesquisa, nem uma literatura que possa servir de base a cursos universitários, nem uma massa crítica de especialistas aptos a intervir no debate político”. Segundo a mencionada autora, em relação ao Judiciário há “uma enorme lacuna” nas pesquisas e estudos (SADEK, 1995).

Aqui, todavia, a análise será concretizada a partir de alguns casos julgados pelas Supremas Cortes dos dois países, que permitem observar como ambas avançaram em relação aos direitos e garantias fundamentais.

Aspecto relevante e que deve ser desde logo lembrado é que o poder judiciário exerce o que se denomina função judicial, que integra o poder estatal e, pois, tem os contornos de uma função política. Neste sentido, o entendimento de Marcelo Paiva dos Santos (2009, pp. 58 e 59).

Ao discorrer a respeito da dimensão política da função judicial, Carlos María Cárcova lembra que “la función judicial es la función propia de un poder de Estado, esto es, es una función política por antonomasia”, e essa função judicial “tiene a su cargo – como la ejecutiva y la legislativa – la realización de los principios fundamentales sobre los que se asienta la organización del sistema republicano y democrático adoptado por la Constitución Nacional.” (CÁRCOVA, 1994).

Com o mesmo entendimento, e citado pelo autor retro mencionado, Germán José Bidart Campos observa que toda a função de administrar justiça é “esencialmente política, porque es función del poder estatal, que es poder político”. Não se deve considerar que essa função deva ter relação com a política partidária, uma vez que “la imparcialidad del Poder Judicial no es compatible con la política partidista”. Assim, ao se postular a apoliticidade de uma Corte Suprema a referência é a despolitização partidária, que não tem relação com o fato de que a função jurídica é política, por ser função de um poder estatal. Quando a Corte se politiza no sentido partidário, vale dizer, “toma partido por una política de Partido”, sua verdadeira função e seu poder como poder e como tribunal “disminuye, se enturbia, se enreda en las pujas que le son ajenas, descende a los antagonismos que, dentro y fuera de la esfera de poder, tienen que protagonizar sujetos distintos de ella.” (CAMPOS, 1982, pp. 15 e segts.).

A esse respeito, Maria Tereza Sadek, em entrevista ao Jornal “O Estado de S. Paulo”, quando indagada se existe poder judiciário sem influência política, respondeu que “Supremo sem política é uma ilusão de rede social. O judiciário é político. Ele não é partidário. Ele não pode ser partidário. Mas que é uma instituição política, ora, isso ele é. E mais: os ministros têm um papel político relevante”. Em seguida, lembrou que “essa é uma discussão tardia no Brasil. Nos EUA, a atuação política da Corte já é algo absorvido pela sociedade”. Assim, a

questão dirá em torno do limite desse papel político: “A discussão é sobre o limite, sobre até onde podemos ir ou não. Obviamente que um governo de juízes não faz o menor sentido - porque aí você não teria nem pra quem apelar” (SADEK, 2016).

Em outras palavras, o fato de a função judicial ser política não deve se estender à desastrosa politização partidária. Sempre que a função judicial for norteadada pela política partidária ter-se-á o caos na justiça, de maneira que se faz necessária a máxima cautela na implementação dessa função política do judiciário, que, no Brasil, nos últimos tempos, tem-se confundido com a partidarização política. Assim, a título de exemplo, não é razoável o judiciário julgar escândalos envolvendo políticos de uma determinada sigla partidária e não o fazer, com a mesma efetividade, em relação a integrantes de outro partido.

Como adverte Marcelo Paiva dos Santos, “a Política pode definir os rumos do direito, ainda que se afirme que o poder político não seja o fundamento do direito” (SANTOS, 2009, p. 64).

A propósito, Evandro Lins e Silva, em “O salão dos passos perdidos”, respondendo a uma indagação a respeito de unânime decisão do STF, reconhecendo a liberdade de cátedra a um docente, afirmou que nenhum magistrado se despe de sua formação, mas não se admite que tenha, ao decidir, uma postura político-partidária: “Porque o Tribunal é um poder político da nação. Todos os votos são políticos. Agora, o conteúdo político não deve ser político-partidário.” (1997, p. 387-388)

Deste modo, quando se fala e se reconhece a dimensão política da função judicial “se hace mención a una actividad que tiene como finalidad alcanzar la realización del entramado de principios, valores, instituciones y comportamientos societales que están definiendo y constituyendo un cierto orden” (CÁRCOVA, 1994), que se relacionam, em especial, na tutela das liberdades.

Assim, no Estado Democrático de Direito as Cortes Supremas têm o relevante papel de tutelar a preservação dos direitos humanos e fundamentais, e, pois, exercem importante papel político.

No período posterior às ditaduras que ocorreram no Brasil e na Argentina, entende-se que os maiores desafios da Corte Suprema e do STF se relacionam exatamente ao papel de guardiães das reconquistas dos direitos que tinham sido duramente violados e ignorados durante os governos militares, no entanto presentes nas Constituições Federais de 1946 e 1967.

Surgiram, então, aqui e lá, movimentos para a restauração do Estado Democrático de Direito.

No Brasil, brotou a esperança, propagada até mesmo de forma populista, de que uma nova Constituição resolveria todos os males que, desde os anos 60, as pessoas viam e sofriam. Assim, os diferentes setores da sociedade organizaram-se e passaram a efetivar pressão junto aos constituintes, buscando a inserção de seus interesses e direitos na nova Carta.

Sobreveio a Constituição Federal de 1988, com amplo rol de direitos fundamentais individuais e sociais, o que gerou a necessidade de novas políticas públicas visando a garanti-los. A preocupação relativa às garantias e direitos individuais, razoável depois de um período de ditadura militar, é tão manifesta na Lei Maior brasileira, que eles foram erigidos à condição de cláusulas pétreas, ou cláusulas superconstitucionais, como se lê no artigo 60, § 4º, IV: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais”.

É verdade que alguns questionam a validade dessas cláusulas, como lembra Oscar Vilhena Vieira, para quem o simples fato de uma Assembleia Constituinte determinar que certos preceitos não poderão ser alterados ou, no caso brasileiro, abolidos, não significa que tal determinação deva ser automaticamente respeitada, pois a cláusula com esse status “deve ser legítima, e para ser legítima não basta que tenha sido produzida por uma Assembleia eleita por certos procedimentos considerados democráticos”, uma vez que essa legitimidade não se vincula somente à sua origem, mas também ao seu conteúdo, de maneira que, “além de derivarem de uma vontade democrática, devem poder ser justificadas racionalmente, como pressupostos essenciais de qualquer processo de associação política que se pretenda baseado na igualdade e autonomia dos indivíduos” (VIEIRA, 1999, pp. 24 e 30), isto é, direitos humanos e fundamentais que constituem a base da organização da vida em sociedade “como uma comunidade de indivíduos iguais e autônomos, que decidem ser governados pelo Direito” (ibidem, p. 325). Esse professor anota o exemplo do original artigo da Constituição americana que proibia qualquer reforma nos dispositivos que garantiam a escravidão. Essa proibição não se revestia de legitimidade quanto ao conteúdo e sua racional justificação, o que ocorre quando tais dispositivos “sejam mal formulados, compreendidos ou interpretados”, situações em que “poderão servir como barreira intransponível às decisões majoritárias, protegendo privilégios ou instituições incompatíveis com as necessidades impostas por uma história em constante fluxo.” De outra parte, as cláusulas pétreas ou superconstitucionais servem “como proteção contra a irracionalidade ou a paixão daqueles envolvidos pelo canto mítico das sereias” (ibidem, p. 29).

Num primeiro olhar, pode-se dizer que é razoável buscar a proteção especial para garantia de preservação de algumas conquistas democráticas – inclusive os direitos

fundamentais –, notadamente em situações e momentos em que a irracionalidade e a paixão afloram por algum acontecimento que marca mais profundamente a coletividade, de maneira que a geração precedente busque assegurar, para sempre, essenciais garantias de liberdade, autonomia e igualdade, de modo que as cláusulas pétreas “nos limitam minimamente para nos prevenir que limitemos nossos sucessores maximamente” (VIEIRA, 1999, p. 226). Mas, por outro lado, não se pode engessar excessivamente as cláusulas constitucionais, de modo que os mortos governem os vivos, ignorando-se o progresso histórico-social de um povo. Em outras palavras, nesse viés, pode-se sustentar que, se não for legitimamente bem elaborada e interpretada, a super-rigidez de uma cláusula constitucional (pétrea ou superconstitucional) excepciona a democrática regra da maioria, uma vez que, em momento posterior ao seu advento, mesmo que numa nova geração haja uma posição majoritária para aboli-la – expressão que o STF interpreta de forma mais ampla –, isto não poderia ocorrer, situação em que a cláusula seria barreira absoluta e intransponível às mudanças. Se fosse assim, ainda haveria a escravidão nos EUA.

Mas, quando são abordadas as cláusulas pétreas, não se pode deixar de registrar que elas impõem limites, no tocante às suas alterações, inclusive para o Supremo Tribunal Federal quando da interpretação da Constituição Federal. Ora, um dos objetivos da inserção de algumas previsões constitucionais, como cláusulas pétreas, é a não redução de garantias do ser humano, de maneira que, nos contornos atrás postos, até por força do princípio do não retrocesso, qualquer cláusula pétrea deve ser alterada apenas quando atingir direito do ser humano, como aconteceu com a questão da escravidão nos EUA.

Quanto ao Poder Judiciário, na Constituição de 1988 foi mantida sua estrutura básica e tradicional, com uma única e impactante novidade, a saber, a criação do Superior Tribunal de Justiça, com a cisão da competência do Supremo Tribunal Federal. Este permaneceu com o papel de guardião maior da Constituição, e aquele recebeu a incumbência de buscar a unificação no cumprimento e na interpretação das Leis Federais.

Essa experiência, que normalmente se verifica em períodos de pós-autoritarismo, também ocorreu na Argentina.

Todavia, não se pode ignorar que, depois do regime militar, tanto no campo político como no jurídico, surgem “novas oportunidades espúrias à corrupção e ao tráfico de influência” por parte de segmentos da sociedade, pessoas e de grupos diversos que buscam benefícios “com os defeitos e privilégios estruturais e resistem a qualquer mudança que coloque em perigo seus cargos e rendas, nem sempre lícitos”. Essa postura desses segmentos

é fruto da resistência às necessárias mudanças, e, claramente, é um obstáculo ao “aprimoramento da democracia dos sistemas judiciais” (BOCHENEK, 2013, p. 150).

Ou seja, se há uma “perversão antidemocrática” que “afeta diretamente os sistemas judiciais e a democracia” (idem), não se pode negar a existência desse mesmo problema na pós-ditadura, e isto também se verificou tanto no Brasil como na Argentina.

Diante disto, pode-se dizer que há desvios quando a política partidária se faz presente na administração e práticas do Poder Judiciário. A propósito, como lembra o Juiz Cássio Miranda, o Ministro francês François Guizot afirmava: “Quando a política entra nos recintos dos tribunais, a justiça se retira por alguma porta”. Todavia, aduz o magistrado brasileiro “que não é a justiça que deve se retirar do recinto dos tribunais, mas quem, descumprindo o seu dever de magistrado, confunde a judicatura com o exercício de negociações políticas ou de qualquer outra natureza.” E, lembrando algumas frases expressadas por Rui Barbosa, gravadas no átrio do fórum que leva o seu nome, o autor reproduz uma delas: “Não há tribunais que bastem para abrigar o direito quando o dever se ausenta da consciência dos magistrados” (MIRANDA, 2014).

Mas, é inegável que nas duas Cortes Supremas os Ministros empenharam-se no restabelecimento de Direitos Humanos e Fundamentais em várias frentes e relacionados aos mais diversos segmentos sociais.

No Brasil, a título de exemplo, é de se lembrar do denominado “Plano Collor”, plano econômico apresentado pelo governo de Fernando Collor de Mello, primeiro presidente do Brasil eleito pelo voto direto e popular depois do advento da Constituição Federal de 1988. Para colocar o referido plano em prática, foram editadas diversas medidas provisórias (n^{os} 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168). Como as imposições do plano eram violadoras de direitos fundamentais, especialmente os relacionados ao direito de propriedade, era previsível que contra elas os prejudicados ajuizassem ações. Assim, alguns dias depois, o presidente Collor de Mello editou outra medida provisória, a de n^o 173/90, por meio da qual vedou a concessão de liminares em mandados de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes das anteriores medidas provisórias atrás lembradas.

O problema, como não poderia deixar de ocorrer, acabou sendo objeto de decisão no Supremo Tribunal Federal, consoante o registro feito por Oscar Vilhena Vieira (*in* Direitos Fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF), por meio da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) n^o 223, apresentada pelo Partido Democrático Trabalhista/PDT, julgada em 05 de abril de 1990, em acórdão relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que versou sobre a constitucionalidade da própria Medida Provisória n^o 173/90 atrás mencionada

– que vedava a concessão de liminares contra o plano econômico. Esse ministro, em seu voto, seguido pela maioria, indeferiu o pedido cautelar de suspensão da MP 173, mas permitiu o exame de sua constitucionalidade aos juízes de todas as instâncias, nas concretas situações por eles julgadas (VIEIRA, 2006, pp. 492-511). Como registra Patrícia Perrone Campos Mello, mesmo com esse indeferimento da cautelar, o STF “sinalizou que a questão poderia voltar a ser apreciada no controle difuso de constitucionalidade, abrindo-se caminho para que a medida provisória fosse declarada inconstitucional, caso a caso, pelas instâncias inferiores”, possibilitando, pois, o deferimento de liminares contra o mencionado plano econômico, para o desbloqueio de ativos dos cidadãos (MELLO, 2015, p. 235). Em outras palavras, mesmo considerando as decorrências econômicas e políticas resultantes de decisão contrária aos interesses do executivo, de uma ou outra forma o Supremo Tribunal esvaziou o conteúdo da malfadada Medida Provisória 173.

Nesse julgamento, o Ministro Paulo Brossard afirmou e indagou:

O caso é de singular gravidade e importância. Desprezados aspectos circunstanciais, ele nos coloca diante desta indagação: a Constituição ontem promulgada solenemente e jurada publicamente está em vigor e a todos obriga, ou é mero ornamento, a ser observada *si et in quantum*, conforme as conveniências e oportunidades?

Depois, este mesmo Ministro anotou em seu voto que expedientes como aquele, previsto na MP 173 – vedação de deferimento de liminares contra o plano econômico – eram compreensíveis “àqueles tempos de Ditadura pura e simples, não me parecem compatíveis com o regime constitucional” (VIEIRA, 2006, p. 498).

Assim, pode-se dizer que, de uma ou outra forma, o STF procurou assegurar o direito fundamental do acesso à justiça em relação à determinação do Poder Executivo de bloqueio dos valores que um sem número de pessoas tinham depositados em bancos, principalmente em aplicações financeiras, como a conhecida caderneta de poupança. De fato, como registrou o Ministro Paulo Brossard, o contrário corresponderia à expediente próprio dos tempos da ditadura, que em repetidos Atos Institucionais vedou o acesso à justiça em relação às decisões administrativas tomadas com base em seus conteúdos.

Essa decisão do STF possibilitou que vários magistrados de instâncias inferiores concedessem medidas liminares, determinando o desbloqueio de ativos financeiros que fora imposto pelo Plano Collor.

Outro caso, julgado em 24 de março de 1999 pelo Supremo Tribunal Federal, também narrado por Oscar Vilhena Vieira (2006, pp. 146-157) e que tem relevância no tema

dos Direitos Fundamentais, é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.969-4/DF, promovida pelo Partido dos Trabalhadores; Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura - CONTAG; Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação - CNTE; e Central Única dos Trabalhadores - CUT, em face do Governador do Distrito Federal. Foi relator o Ministro Marco Aurélio. A ação se refere ao direito de liberdade de manifestação na Praça dos Três Poderes. O Decreto nº. 20.098/1999, editado pelo Governador do Distrito Federal, impunha limitações à liberdade de reunião e de manifestação pública, proibindo-se a utilização de carros de som e de outros equipamentos de veiculação de ideias. O STF, por unanimidade de votos, deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender a execução e a aplicabilidade do referido Decreto (VIEIRA, 2006, p. 147).

Assim, foi preservado o inciso XVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Conforme o mencionado dispositivo, “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”. Essa norma autoaplicável não permite os limites que o Decreto 20.098/DF impunha ao direito de reunião e de manifestação. Ademais, não se admite que autoridade local regulamente preceito da Carta Magna, mitigando-o. De se registrar as indagações feitas pelo Ministro Marco Aurélio, em seu voto condutor:

A quem é dado calar ou manipular, com ardis, a expressão soberana e legítima do povo, ao qual compete exclusivamente conferir poder àqueles investidos em cargos ou comando? Em outras palavras, a quem é facultado amordaçar os autênticos senhores, em primeira e última instância, do poder de decisão? A contradição afigura-se mais que evidente ao se constatar que, ironicamente, aqueles que se empenham, por qualquer meio, na obstrução da liberdade de expressão são quase sempre os que, em um momento anterior, usaram do direito à mesma garantia constitucional para pedir apoio ou simplesmente impingir um programa governamental. Um outro paradoxo sobressai nesse contexto extravagante: como, em nome da preservação da democracia, pode-se agredir os princípios e valores que verdadeiramente a sustentam? Como pelear pela liberdade combatendo-a em seus mais elementares alicerces? Como robustecê-la à medida que se a restringe? Pois é essa a situação com que deparamos nesta ação direta de inconstitucionalidade (VIEIRA, 2006, p. 148).

Vê-se, pois, que neste julgamento o STF preservou o pleno direito de reunião e de manifestação, tão caro a qualquer povo e que se constitui numa das mais relevantes garantias constitucionais. Este direito fundamental é sempre cerceado pelos regimes ditatoriais, como ocorreu nas ditaduras brasileira e argentina. A Suprema Corte buscou garanti-lo, como era de se esperar.

Também na Argentina esse direito foi preservado pela Justiça, o que, inclusive, possibilitou as várias manifestações de familiares daqueles desaparecidos e mortos durante a ditadura militar, o movimento denominado “Mães da Praça de Maio” (“Madres de Plaza de Mayo”), mulheres que se reúnem todas as semanas, nas tardes das quintas-feiras, na Praça de Maio, Buenos Aires, para exigirem notícias de seus filhos, em verdadeira luta contra o genocídio, o esquecimento, a tortura e o desaparecimento de cerca de 30 mil cidadãos.

Fruto dessa intensa luta nasceu a declaração, por Néstor Kirchner, de nulidade das denominadas Leis do Ponto Final e da Obediência Devida, como adiante se verá. Depois, a Corte Suprema de Justiça da Nação decidiu pela imprescritibilidade dos crimes de lesa humanidade, além de ter considerado inconstitucionais os indultos concedidos por Carlos Menem. Assim, foi possível que muitos dos envolvidos naqueles crimes fossem processados, julgados, e vários deles condenados (COLARES, 2016).

No Brasil, outro caso que chama a atenção é o retratado no *Habeas Corpus* nº 82.424-2/RS, impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, julgado pelo STF em 17 de setembro de 2003. O caso versa sobre a liberdade de expressão, em colisão com a dignidade humana, em relação à publicação de livro antissemita, tido como de conteúdo racista. A Suprema Corte, por maioria, considerou que a publicação configura o crime de racismo, reconhecendo sua imprescritibilidade, aceitando, pois, que a liberdade de expressão não é absoluta e enfrenta esse limite imposto pela Constituição Federal de 1988 (VIEIRA, 2006, pp. 157-189).

O caso envolve a colisão de direitos fundamentais, de um lado a liberdade de expressão e de informação, de outro, a dignidade humana e a igualdade, notadamente numa sociedade pluralista, como a brasileira. Os ministros da Corte fizeram a aplicação do denominado princípio da proporcionalidade, para a solução da colisão.

De um lado, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que a condenação era medida adequada, necessária e proporcional considerando-se a prática do racismo e a necessidade de preservação de valores próprios de uma sociedade pluralista, da dignidade humana e o ônus imposto à liberdade de expressão do autor do livro. Afirmou, em seu voto, que “é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência”. (Idem).

Noutro sentido, o Ministro Marco Aurélio sustentou que a medida não era adequada, nem necessária, além de não atender aos contornos da proporcionalidade no sentido estrito, posto que a condenação do acusado não era medida apropriada “para acabar com a discriminação contra o povo judeu ou com o risco de incitar à discriminação”, aduzindo que o autor procurou passar a sua versão da história envolvendo alemães e judeus. Sustentou, em

seu voto, que numa sociedade plural, como a brasileira, não se pode ter como medida ponderada a restrição determinada à manifestação de opinião por meio de um livro, “ainda que preconceituosa e despropositada” a manifestação, sob o argumento de que “tal ideia incitará a prática da violência, considerando-se todavia, o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira”. Outrossim, ponderou que as ideias do autor nem mesmo lhe pertencem, “tendo em vista que há outras maneiras mais fáceis, rápidas e econômicas de a população ter acesso a tais pensamentos, como a internet” (VIEIRA, pp. 162 e 169-170).

É conveniente, ainda, registrar outro caso de relevo, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, a saber, o Mandado de Segurança nº 23.452-1/RJ, que envolve a discussão a respeito da quebra de sigilos bancário, fiscal e telefônico (registro de dados) por CPI, em relação ao direito à privacidade. O julgamento ocorreu em 16 de setembro de 1999, e, à unanimidade, foi concedida a ordem para cassar a decisão da CPI, sob o fundamento de que nela não foram elencados motivos suficientes para a quebra dos sigilos. Todavia, cinco dos Ministros foram além e reconheceram que o poder judiciário pode decretar as quebras de tais sigilos, que não são absolutos, poder extensivo às CPIs, por força do disposto no artigo 58, § 3º, da Constituição Federal de 1988, que a elas estende “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” (VIEIRA, 2006, pp. 190-203). Em outras palavras, o STF afirmou ser admissível que CPIs decretem as quebras de sigilos bancário, fiscal e de registro de dados telefônicos (destinatários, datas, horários e durações das ligações feitas), mas ressaltou a necessidade de fundamentação adequada para tais medidas limitadoras da privacidade.

Ainda relacionado ao tema Justiça na pós-ditadura, no Brasil tem-se a decisão do STF envolvendo o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira - IPMF, criado pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993. Conforme essa norma, as instituições financeiras recolheriam de seus clientes 0,25% de cada transação bancária, e transferiria o valor arrecadado para o tesouro nacional. Consoante Oscar Vilhena Vieira, tendo consciência de que vários obstáculos seriam desde logo levantados contra essa cobrança, especialmente por violar a proibição inserida no artigo 150, incisos III, “b” – princípio da anterioridade, que proíbe a arrecadação tributária no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei instituidora ou que o tenha aumentado –, e VI – vedação às entidades da Federação de tributação recíproca –, o mencionado imposto foi criado por Emenda Constitucional. Então, sobrevieram interessantes ações diretas de inconstitucionalidade contra texto constitucional derivado de emenda (ADI’s 926/93 e 939/93). Ambas foram julgadas procedentes pelo Supremo Tribunal Federal, que prestigiou o direito fundamental individual relacionado ao já

mencionado princípio da anterioridade tributária. O Ministro Celso de Mello, em seu voto, registrou que “emendas constitucionais podem revelar-se incompatíveis, também elas, com o texto da Constituição a que aderem”. O Governo Federal, em sua defesa no tocante ao direito fundamental em comento, alegou que a Emenda Constitucional nº 3 apenas “expandia as exceções ao princípio da anterioridade já consagradas na Constituição”. Esse argumento, todavia, foi afastado com o entendimento de que, mesmo não sendo de caráter absoluto, as exceções admissíveis, no caso, foram estabelecidas pelo próprio poder constituinte originário, sendo vedada qualquer outra, ainda que decorrente de norma estabelecida pelo denominado poder reformador, por emenda, sendo, pois, inviável a restrição à qualquer direito constitucionalmente garantido (VIEIRA, 1999, pp. 160-169).

Nesta seara do tesouro nacional, tem-se, também, interessante caso envolvendo a contribuição previdenciária de servidores inativos e de pensionistas. Tradicionalmente, e com base no artigo 40, § 12, c. c. o artigo 195, II, ambos da Constituição Federal, não havia essa cobrança, que incidia tão somente sobre vencimentos de servidores públicos “titulares de cargos efetivos”. Todavia, a Lei Federal 9.783/99 estendeu a contribuição previdenciária aos inativos e aos pensionistas. Sobreveio a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2010, atacando a constitucionalidade da referida lei e, por decorrência, da própria emenda, julgada procedente pelo STF, por unânime decisão, decretando a inconstitucionalidade arguida, até porque a Emenda Constitucional 20/98 dera nova redação ao já mencionado artigo 40 da CF, assegurando aos servidores titulares de cargos efetivos – só a eles – regime de previdência de “caráter contributivo”. Vale dizer, o STF entendeu que o mencionado dispositivo constitucional não autorizava a cobrança previdenciária de servidores aposentados e de pensionistas, que não são titulares de cargos efetivos.

Convém registrar a reação do Poder Executivo, que enviou ao legislativo novo projeto de emenda constitucional, ao final aprovada, a de nº 41/2003, que incluiu no artigo 40 da Constituição Federal expressa previsão de que o regime previdenciário dos servidores públicos “teria caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do ente público, dos servidores ativos e, ainda, dos servidores inativos e dos pensionistas”. Sobreveio, em razão dessa nova emenda, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3105, questionando-a. Desta feita, porém, consoante a exposição feita por Patrícia Perrone Campos Mello, por maioria de 7 a 4, o STF julgou a favor do governo e reconheceu a constitucionalidade da contribuição, exatamente por força da nova redação que a Emenda 41/2003 deu ao artigo 40 da CF, além do que, como registrado no voto do relator, Ministro Cezar Peluzo, não se configurava qualquer violação ao direito adquirido, “já que a jurisprudência do STF não

reconhecia a existência de direito adquirido a regime jurídico ou à não tributação”, e a Corte, em sua decisão, “não deixou de lançar mão de alegações econômicas, que funcionaram como reforço argumentativo para o julgado” (MELLO, 2015, pp. 264-266).

Impende fazer rápida menção à postura do Supremo Tribunal Federal no tocante ao direito de greve de servidores públicos civis. A Constituição Federal de 1988, no artigo 37, VII, em sua redação original, trouxe previsão de que tal direito seria exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar. Dado o quórum qualificado exigido para a edição de lei complementar, foi elaborada a Emenda Constitucional 19/98, que deu nova redação ao dispositivo, com a previsão de que a regulamentação seria efetivada por meio de lei específica, entendendo tratar-se de lei ordinária, que seria mais facilmente aprovada, porque tinha menor quórum exigido. Todavia, o Congresso Nacional não regulamentou o referido direito. Desde a redação originária, constatada a omissão do legislativo, vários mandados de injunção foram apresentados no Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a inércia e a mora do Poder Legislativo em editar norma viabilizadora do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis (Mandados de Injunção – Mis – nºs 20, 438. 485 e 585, julgados entre maio de 1994 e maio de 2002. Apesar da reiterada postura do STF, com expedição de comunicações ao Congresso Nacional, que visava à supressão da omissão, nenhuma providência foi tomada nesse sentido.

Então, outros três mandos de injunção foram apresentados ao STF (670, 708 e 712), pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Espírito Santo, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará, todos eles com o requerimento de reconhecimento do direito de greve com base na Lei 7.783/1989 (regulamentadora do exercício desse direito no âmbito da iniciativa privada), além do pleito para que a Suprema Corte suprisse a omissão legislativa do Congresso Nacional, de maneira a possibilitar o exercício do direito no caso concreto (MELLO, 2015, p. 285). O julgamento efetivado no primeiro deles (MI 670) foi seguido nos outros dois. O relator, Ministro Gilmar Mendes, observou que, não obstante as decisões da Corte nos anteriores Mandados de Injunção (20, 438. 485 e 585), houve reiterada inércia e inconstitucional omissão do Congresso Nacional, e ao legislador infraconstitucional a Lei Maior não havia atribuído a discricionariedade para conferir ou não o direito de greve aos servidores públicos, mas, apenas, a competência para regulamentá-lo. O exercício deste direito não se submetia a qualquer juízo de conveniência e oportunidade do Legislativo. Assim, entendeu-se que seria aplicada aos servidores públicos, no tocante ao direito de greve, a lei geral, de nº 7.783/1989, disciplinadora desse direito no âmbito da iniciativa privada,

asseverando, porém, a possibilidade de adaptações de seus termos, pelo judiciário, à luz do caso concreto, “com o propósito de assegurar o atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade, bem como a continuidade do serviço público” (ibidem, p. 288).

Nota-se, nesse caso, que o Supremo Tribunal Federal, visando à implementação de um direito fundamental e de elevada importância aos servidores públicos, a saber, o direito de greve, formulou, ele mesmo, diretamente, a norma faltante, determinando a aplicação analógica da lei geral, observadas as especificidades dos serviços públicos essenciais.

Posturas como esta são tidas como configuradoras do denominado ativismo judicial, que, no dizer de Fabrício Fracaroli Pereira, “corresponde a um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, e que normalmente se instala em situações de retração do Poder Legislativo”, omissão que é decorrente “do distanciamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva” (PEREIRA, 2015, p. 84).

Convém registrar que, qualquer ativismo judicial, deve ser excepcional e só é admissível com o fim de implementação de direito fundamental; jamais para a sua violação, situação caracterizadora de ilicitude, ilegitimidade e inconstitucionalidade.

E, como já observado em anterior trabalho científico, há a necessidade de se interpretar a realidade social em face de suas constantes transformações, de maneira que “o direito não pode ser entendido e concretizado como um sistema fechado, já que os conflitos sociais e/ou individuais são diferentes no cotidiano”, e, pois, “impõe-se a abertura ao novo, que leve o direito à aproximação da realidade social” (ESTEVÃO, 2005, pp. 205-206). Ora, os direitos fundamentais carecem de uma “tutela jurisdicional efetiva”, com a exigência de “que os olhos sejam postos não apenas no direito material, mas também na realidade social” (MARINONI, 2004, p. 12), com a garantia material de serem eles concretizados, e não apenas a garantia ao procedimento judicial ou administrativo. Neste sentido, Robert Alexy:

Los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una ‘protección jurídica efectiva’. Condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos (ALEXY, 1993, p. 472).

Assim, “quando se busca a aplicação da justiça sem que seja considerado o contexto social em que o conflito acontece, constata-se a insuficiência e inconsistência da ‘solução’ que em regra é apresentada na decisão judicial” (ESTEVÃO, 2005, p. 207), de forma que o Judiciário, ao julgar um conflito, deve sopesar as situações concretas nele presentes, os

fenômenos sociais que o geraram, com a consideração do cotidiano, do qual o julgador não pode se afastar na efetivação de sua atividade judicante.

Bem por isto, entende-se que o denominado ativismo judicial nada mais é do que a postura ativa do Poder Judiciário no tocante à boa interpretação e aplicação do Direito e da Constituição nas demandas sociais. Nesse sentido, o posicionamento do hoje Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, que elenca os motivos para essa postura:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 04).

Por isso se diz que o julgador, no exercício de sua atividade judicante, possui determinado grau de atividade e criatividade, como observa Mauro Cappelletti:

Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores. Existe realmente, como me proponho a agora demonstrar, especial diferença entre os processos legislativo e jurisdicional. Certamente, do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são "*law-making processes*". Mas diverso é o modo, ou se se prefere o procedimento ou estrutura, desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos. O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e "ativista" e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz (CAPPELLETTI, 1999, p. 74).

Essa postura mais ativa é necessária, para a efetivação de direitos e garantias constitucionais sobre os quais o legislador ordinário se omite ou o faz de forma a impedir que sejam plenamente exercidos, assim como para o reconhecimento de inconstitucionalidade de atos normativos do legislativo ou mesmo do executivo, e para a imposição de condutas ao Poder Público, para a concretização de políticas públicas. Certamente se, à época das ditaduras militares, o Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema da Nação Argentina tivessem posturas assim, mais ativas, em favor dos direitos e garantias fundamentais, os regimes militares não teriam sido tão favorecidos e muitas injustiças não teriam sido praticadas. Aliás, o STF sofre essa crítica:

Em diversos momentos históricos críticos, em lugar de adotar uma posição enérgica, o Supremo Tribunal Federal preferiu tangenciar comodamente a questão suscitada, sob o argumento de que se tratava de ‘matéria política’, que escapava ao exame daquela Corte de Justiça, malgrado as memoráveis sustentações de Ruy, no sentido de que o ‘direito e a política um com o outro se confundem’ (SOARES, 1991, p. 458).

Não se pode olvidar, quando se fala em ativismo judicial, que os direitos fundamentais – como o de greve por parte dos servidores públicos – merecem proteção especial garantida pela Constituição Federal, pois ela deixa “claro que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º, CF)”, além do que protege esses direitos diante do legislador ordinário (MARINONI, 2004, p. 1). E impende ao Poder Judiciário implementá-los, inclusive naquelas situações em que o legislador ordinário se omite, por conveniência política ou por improdutividade.

Esse ativismo é verificado, também, em outras decisões do STF, como na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – 132, julgadas em 05/05/2011, nas quais a Corte reconheceu a possibilidade da união estável para casais do mesmo sexo, com sua equiparação à família. Ao julgá-las, o Supremo deu nova e avançada dimensão ao artigo 226 da Constituição Federal. O relator, Ministro Ayres Britto, registrou na ementa do acórdão o novo entendimento de que a CF não deu à expressão “família” significado ortodoxo, de maneira que não se pode fazer uma interpretação reducionista, no particular. A expressão deve ser empregada “em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos”, Ademais, “a Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa”. Nesse julgamento reconheceu-se a “isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família”, proclamando-se o “avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes”. Na oportunidade, fez-se a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal, com a adoção da técnica da “interpretação conforme”, de modo a se “excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família”, observando-se que esse reconhecimento “é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (BRASIL, STF, 2011)

Como se verifica, esse direito à igualdade, reconhecido aos casais homoafetivos, só foi possível por que o Supremo Tribunal Federal, numa postura ativista, fez a releitura do artigo 226 da Constituição Federal, a respeito dos novos contornos da expressão “família”.

É de se mencionar, ainda, a decisão prolatada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, em 30 de abril de 2009, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, apresentada pelo Partido Democrático Trabalhista, em que se discutiu a Lei de Imprensa (nº 5.250/1967). Em seu voto, o relator, Ministro Carlos Britto, reafirmou a plena liberdade de informação jornalística, expressão sinônima da liberdade de imprensa, que impede qualquer tipo de censura prévia. Entendeu-se que essa garantia constitucional integra as liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. A Corte declarou a não recepção, em bloco, da mencionada Lei de Imprensa, em face de sua incompatibilidade material insuperável com a Constituição Federal de 1988. E afirmou-se existir óbice lógico à edição de nova lei de imprensa, pois a CF/88 não previu qualquer regulamentação relativa à liberdade de imprensa, que é plena por opção do próprio legislador constituinte, de maneira que, nesse tema, a vontade normativa surte e se exaure no próprio texto da Lei Suprema. Entendeu-se serem irregulamentáveis os bens de personalidade, integrantes do conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, uma vez que são bens jurídicos que têm o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir na própria interdição da prévia interferência do Estado. Por fim, decidiu-se que são aplicáveis as normas da legislação comum, em especial o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas que decorrem das relações de imprensa (BRASIL, STF, 2009)

Não se pode deixar de observar que a referida Lei de Imprensa foi editada no período da ditadura militar (1967) e, pois, continha muitos dispositivos completamente inconciliáveis com o regime democrático e com a Constituição Federal de 1988. Daí o acerto da Suprema Corte em declarar sua inaplicabilidade no novo regime.

Ainda é de se registrar a decisão do STF, prolatada em 29 de maio de 2008 – acórdão publicado em 25 de maio de 2010 –, no caso envolvendo a Lei de Biossegurança (Lei 11.105, de 24 de março de 2005). Tratou-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3510, promovida pela Procuradoria-Geral da República, que pretendia a declaração da inconstitucionalidade do artigo 5º da mencionada norma, que viabiliza as pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e de pesquisa. A Corte julgou improcedente a ação e, pois, confirmou a constitucionalidade do dispositivo da Lei de Biossegurança. O relator, Ministro Ayres Britto, acompanhado pelos demais ministros, reconheceu a

inexistência de violação ao direito à vida nas referidas pesquisas, de modo que não se configura, no caso, o crime de aborto. Argumentou-se com o direito fundamental a vida digna, que envolve o direito à saúde e ao planejamento familiar, e a opção legislativa na mencionada Lei de Biossegurança não significa um desprezo ou desapeço pelo embrião “in vitro”, mas tão somente uma mais firme disposição para redução do caminho que busca superar infortúnios alheios, com a adoção do denominado “constitucionalismo fraternal” nas relações humanas, em benefício da saúde e contra os traumas que ocorrem. Não bastasse, asseverou-se que a Constituição Federal não dispõe a respeito do preciso momento em que se inicia a vida humana, com a assertiva de que existem três realidades que não se confundem: embrião é embrião, feto é feto, e pessoa humana é pessoa humana, e, pois, não se pode falar em pessoa humana embrionária, mas em embrião de pessoa humana. O embrião não é sujeito de direitos fundamentais; só a pessoa humana. Também não se configura a prática do aborto, pois a Lei de Biossegurança não confere autorização para ser retirado do corpo feminino um ou outro embrião, de maneira que não se caracteriza a interrupção da gravidez humana. E a própria lei questionada já traz suficientes cautelas e restrições, sem a necessidade de serem estendidas (STF, ADI 3510, 2010).

Deve-se registrar que o STF observou, no julgamento, a laicidade do Estado. A este respeito, convém lembrar as palavras do Prof. Daniel Sarmento, em seu texto “Legalização do aborto e Constituição” (2007, pp. 03-51), no qual anota que a Constituição Federal de 1988 não se conteve na afirmação da liberdade de religião como um dos direitos fundamentais. “Ela foi além, consagrando, no seu art. 19, inciso I, o princípio da laicidade do Estado, que impõe aos poderes públicos uma posição de absoluta neutralidade em relação às diversas concepções religiosas”. E aduz:

A laicidade do Estado, levada a sério, não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada religião, nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. Ela vai além, e envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada. Já o poder político, exercido pelo Estado na esfera pública, deve basear-se em razões igualmente públicas - ou seja, em razões cuja possibilidade de aceitação pelo público em geral independa de convicções religiosas ou metafísicas particulares. A laicidade do Estado não se compadece com o exercício da autoridade pública com fundamento em dogmas de fé - ainda que professados pela religião majoritária -, pois ela impõe aos poderes estatais uma postura de imparcialidade e equidistância em relação às diferentes crenças religiosas, cosmovisões e concepções morais que lhes são subjacentes (SARMENTO, 2007, p. 51).

Assim, nessa decisão, o Supremo Tribunal Federal fez valer o direito à saúde como insito do direito à vida com dignidade, e não se deixou levar por argumentos relacionados a questões religiosas.

Em relação ao STF, é imperativo fazer algum registro a respeito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, relativa à antecipação de parto (ou interrupção da gravidez) de feto anencéfalo. No julgamento realizado em 12 de abril de 2012, por ampla maioria (8 x 2), reconheceu-se inconstitucional a interpretação segundo a qual a conduta de interrupção da gravidez de feto anencéfalo configura crime de aborto. Em seu voto, o relator, Ministro Marco Aurélio, lembrou que o número de interrupção gestacional por força da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina é elevado – a partir dos registros oficiais, três mil até o ano de 2005 –, sendo o Brasil o quarto país do mundo com mais casos de fetos anencéfalos – um caso a cada mil nascimentos, conforme a Organização Mundial da Saúde.

Neste caso, chamou a atenção argumento apresentado pela Procuradoria-Geral da República, em parecer datado de 18 de agosto de 2004, da lavra do Procurador Cláudio Fonteles, no item 56:

Ora, o pleito da autora, titulado por órgão que representa profissionais da área da saúde, impede possa acontecer a doação de órgãos do bebê anencéfalo a tantos outros bebês que, se têm normal formação do cérebro, todavia têm grave deficiência nos olhos, nos pulmões, nos rins, no coração - órgãos, estes, plenamente saudáveis no bebê anencéfalo, cuja morte prematura frustrará a vida de outros bebês, assim também condenados a morrer, ou a não ver (VIEIRA, 2006, p. 106).

A este respeito, o ministro relator observou que obrigar a gestante a manter a gravidez tão somente para possibilitar a doação de órgãos corresponde a coisificação da mulher, além de ferir, “a mais não poder”, a sua dignidade. De fato, “é inumano e impensável tratar a mulher como mero instrumento para atender a certa finalidade”, fruto de uma inadmissível postura utilitarista da gestante e do feto. No particular, sustenta-se aqui que, mais do que coisificar a mulher, referido argumento pressupõe a coisificação da vida, já que, ao mesmo tempo em que se argumenta com a vida para se impedir a antecipação do parto, tem-se a pretensão de fazer uso do corpo do recém-nascido para a doação de órgãos. Antagônicos, pois, os argumentos apresentados pela Procuradoria Geral da República, no caso.

Ainda se afirmou que “anencefalia e vida são termos antitéticos”, pois o anencéfalo não tem potencialidade de vida. No dizer do Conselho Federal de Medicina e outros abalizados especialistas, trata-se de um “natimorto cerebral”, de sorte que o anencéfalo não

tem expectativa de vida, nem é ou será titular desse direito, e, pois, trata-se apenas de aparente conflito entre direitos fundamentais (dignidade humana x vida). Mais uma vez, é de se enfatizar que o Estado brasileiro é laico, e “ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal” (idem), e não se pode, em detrimento dos direitos básicos da gestante, obrigá-la a manter a gravidez mesmo sabendo que o feto, se sobreviver, será por pouco tempo.

Nota-se, nessa decisão, uma adaptação do STF à realidade social e científica, bem como o prestígio à dignidade humana, pois elevado o número de mulheres e famílias que sofriam verdadeira tortura psíquica com a obrigação de manter até o fim uma gestação que se sabia fadada à morte do feto ou do recém-nascido.

Outro julgamento que chama a atenção tem relação com o direito fundamental à saúde. A referência é o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 727.864, realizado em 04 de novembro de 2014, em que a Segunda Turma do STF entendeu legítima a intervenção do Poder Judiciário para garantir a concretização do direito à saúde, previsto como fundamental na Constituição Federal de 1988. Tratou-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Paraná, para obrigar aquela unidade da federação a satisfazer as despesas relativas aos serviços prestados por hospitais particulares a pessoas beneficiárias do Sistema Único de Saúde (SUS), quando da inexistência de vagas na rede pública, na situação de atendimento pelo Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU). Na decisão, o Ministro Celso de Mello enfatizou que o Estado tem o dever de proporcionar a todos o pleno exercício do direito à saúde, e, no caso de omissão, o judiciário poderá impor a implementação de políticas públicas quando os Órgãos Públicos descumprirem os encargos político-jurídicos que, em caráter vinculante, sobre eles incidem, de modo a inviabilizar a eficácia e integridade de direitos individuais ou coletivos previstos na Constituição Federal (STF, ARE 727.864, 2014).

Assim, o Supremo Tribunal Federal, em postura claramente ativista e em consonância com a sua função política, entendeu que, se o governo omitir-se de forma intolerável no implemento de uma política pública relevante, como a relativa ao constitucional direito à saúde, o Poder Judiciário pode interferir para determinar essa implementação, sem que isto configure ofensa ao princípio da separação dos poderes, por se tratar de atuação conforme a dimensão política da jurisdição constitucional, para salvaguardar direitos elencados como fundamentais pelo constituinte pátrio.

Cumprido, por fim, abordar a postura do STF no julgamento da Ação Penal (AP) 470, que ficou conhecida como “Caso Mensalão”, e que envolveu várias autoridades e políticos

ligados à diferentes partidos – detentores de mandatos e integrantes do executivo –, banqueiros e empresários de diversos ramos e regiões do país, aos quais foram imputados muitos crimes, como o peculato, a gestão fraudulenta, a lavagem de dinheiro, e a corrupção ativa, dentre outros. Este caso pode ser analisado sob várias óticas: a questão midiática, a mudança de orientação da corte, a herança para a justiça no país, dentre outros.

Quanto à intensa participação – e, quiçá, influência – da mídia no caso é de se registrar o advento da TV Justiça e a transmissão, ao vivo, de julgamentos, com o que, aos poucos, foi aumentando o interesse da população por tais julgamentos e pelas posturas do judiciário. No que toca à AP 470 viu-se verdadeiro envolvimento do STF na chamada sociedade do espetáculo.

Antonio Carlos de Almeida Castro, advogado que atuou no caso na defesa de um dos acusados – dos poucos absolvidos, ao final –, a respeito da intensa atuação e influência da mídia em relação ao caso, em palestra ministrada no dia 28 de agosto de 2013, no XIX Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), ao analisar o tema da celeridade no curso do processo, informou que a Rede Globo de Televisão tinha grande interesse na realização do julgamento durante aquele período – primeira fase, em que foi julgada a ação penal propriamente dita, de agosto a dezembro de 2012 –, para concorrer com a Rede Record de Televisão, em razão dos jogos olímpicos que esta última transmitia. Assim, aquela “transformou o caso numa novela, só que o julgamento envolvia pessoas reais, e não imaginárias” (CASTRO, 2013). Aquele plano deu os resultados esperados, pois, como noticia Patrícia Perrone Campos Mello, citando edição de “O Globo”, de 22 de novembro de 2012, “o Ministro Joaquim Barbosa transformou as sessões do Supremo Tribunal Federal (STF) em campeãs de audiência”, e, de uma hora para outra, grande parte da população criou “uma identidade com o ministro e a defesa contundente que ele fazia de seus argumentos, que levaram à condenação de figurões por corrupção” (MELLO, 2015, p. 362).

A mesma autora anota que Joaquim Barbosa era “um ministro bastante sensível à opinião pública”. Ele era “extremamente aguerrido, convicto da responsabilidade de alguns dos réus” – talvez, quase todos, segundo se extrai de suas posições no voto proferido –, e tinha no revisor, Ministro Ricardo Lewandowski, um contraponto, “relevando, em algumas [poucas, diga-se] oportunidades, tendências absolutórias. O julgamento despertou todos os estereótipos dramáticos da população, à moda das telenovelas”. Isto se estendeu a todo o curso do julgamento. Assim, “o ministro Joaquim Barbosa tornou-se, aos poucos, um dos homens mais populares do país”, apresentado na mídia como alguém “empenhado em combater a impunidade e implacável na condenação dos delitos contra o erário público. Por

toda a parte, registravam-se referências ao ministro como um herói, um cavalheiro disposto a enfrentar as resistências em busca de justiça”. Enfim, passou a ser verdadeiramente idolatrado em toda a nação. Por outro lado, o revisor “enfrentou críticas e impopularidade em razão de suas divergências com o relator” (MELLO, 2015, pp. 361-362).

Um aspecto positivo desse envolvimento da mídia no julgamento foi apontado por Roberto Da Matta, como lembra Patrícia Mello. Conforme suas palavras, “nunca lemos tanto e ou fomos tão amantes do direito como agora” (à época do julgamento da AP 470). “O julgamento e sua intensa cobertura aproximara o Supremo da população”. Assim, ao menos naquele tempo, perdeu força a máxima de que poderosos e ricos não são responsabilizados criminalmente pelo Judiciário. “A condenação de diversas autoridades superou a percepção de que a elite política estava acima das leis e de que o STF compactuava com isso”, de modo que, ao final, “os réus do Mensalão foram condenados pelo Tribunal e o Supremo, ‘absolvido’ pela opinião pública” (MELLO, 2015, p. 362).

Outra questão interessante, ainda a respeito da cobertura midiática ao caso em comento, tem-se na relação de Ministros do Supremo com setores da imprensa. Sobre isto, tem-se interessante relato de Rafael Mafei Rabelo Queiroz, então professor do Curso de Direito da Fundação Getúlio Vargas, que celebrou parceria com um jornal de grande circulação (O Estado de S. Paulo) para a cobertura do julgamento. Em palestra ministrada no dia 28 de agosto de 2013, no XIX Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o mencionado professor informou que permaneceu na Corte durante todo o significativo tempo pelo qual se estendeu a formação do veredicto, o que “lhe permitiu verificar a relação entre os ministros e colunistas importantes (formadores de opinião)”, pertencentes aos maiores órgãos de imprensa. E fez a seguinte narrativa, bastante impactante:

No dia 27 de agosto [de 2012] houve uma discussão mais efetiva sobre a exigência ou não do ato de ofício para a configuração da corrupção ativa. A discussão não foi encerrada naquele dia, uma segunda-feira, e na terça não havia sessão. A questão dividia bem as opiniões no mundo jurídico. No dia 29, quarta-feira, observou uma coluna de jornal que citava literalmente parte do acórdão da ação 307, de 1994, relativa ao ex-Presidente Collor de Mello, que dizia que os casos eram diferentes. Naquele dia foi proferido um voto que procurava demonstrar que os casos eram diferentes. O ministro usou praticamente os mesmos termos da matéria do jornal em seu voto, para justificar que os casos eram diferentes (o palestrante mostrou quadro comparativo demonstrador dessa sua observação) (QUEIROZ, 2013).

Esse é apenas um dos exemplos dentre vários em semelhantes situações, o que demonstra certa ligação de alguns dos Ministros com jornalistas dos mais importantes órgãos

de imprensa do país. Aduziu, aquele palestrante: “Vários blogs colocavam notas, em ‘off’, nas quais alguns ministros desqualificavam votos de outros ministros dados cerca de 30 minutos antes, o que, em tese, seria impossível de ocorrer sem que o ministro citado ‘em off’ já tivesse sido desqualificado antes” (idem).

Com essa postura, que se distancia da ética – ligação com jornalistas –, alguns ministros da Corte procuravam obter a liderança dentro do colegiado. Essa ligação é bastante perigosa, pois cria vínculos entre ministro e jornalista, profissional que, no futuro, pode ter algum interesse em outros julgamentos, quando do debate de semelhantes temas.

Antonio Carlos de Almeida Castro, ainda a respeito do envolvimento da mídia, ressaltou que “no Caso Mensalão houve uma participação muito próxima da imprensa, que norteou o STF e parou o país”. E aduziu:

Alguns comentaristas e jornalistas falavam com autoridade de questões a respeito do que nada entendem. Exemplo: Lúcia Hipólito confundiu “acordam” com “acórdão”, ou Merval Pereira e outro colega dele, de bancada, apostando um vinho a respeito da data em que José Dirceu viria a ser preso. Daí sua concordância com Luís Barroso [hoje Ministro do STF], de que o mensalão é um ponto fora da curva, no STF. Vários ministros mudaram suas posições; eram defensores de outras posições antes, como Gilmar Mendes, Celso de Mello e Marco Aurélio. [...] Em matéria penal o julgamento não pode estar alinhado com a opinião pública, mas sim com a Constituição. Não se deve buscar o aplauso do povo. [...] O povo tem um regozijo íntimo quando vê um poderoso ou rico ser condenado e preso, mesmo que com supressão de direitos. Por isto, é preciso ter cautela com a opinião pública (CASTRO, 2013).

A importância que a Corte deu à aprovação da opinião pública nesse caso ficou bem patente no julgamento do 26º Agravo Regimental (na AP 470), quando se discutia o cabimento ou não de embargos infringentes contra a decisão condenatória proferida, no caso de ao menos quatro votos divergentes - favoráveis ao acusado -, consoante a previsão contida no Regimento Interno da Corte, artigo 333, parágrafo único. Em face desse requisito, os mencionados embargos poderiam levar à reapreciação do mérito da causa somente no tocante a poucos réus e a dois dos sete crimes reconhecidos, em onze das sessenta e oito condenações decretadas.

A certa altura, quando o julgamento se encontrava empatado (cinco votos pela admissibilidade e outros cinco, contra), ao passar a palavra ao Ministro Celso de Mello, o mais antigo e que haveria de desempatar a votação, o Ministro Marco Aurélio teve breve diálogo com ele e com o Ministro Gilmar Mendes, que bem demonstra a preocupação mencionada no início deste parágrafo. Ele (Min. Marco Aurélio) fez referência a um romance

de John Steinbeck, que tem como título “O Inverno da Nossa Desesperança”, e mencionou “uma frase final, incontestável, de simbolismo maior: quando uma luz se apaga, é muito mais escuro do que se ela jamais houvesse brilhado”. Em seguida, abordou a “sinalização” que a Corte deu à sociedade brasileira, admiração obtida por força das condenações dos réus nessa ação penal, e que estava muito próxima de ser afastada – no caso da admissibilidade dos embargos infringentes, como acabou por ocorrer. Chegou mesmo a afirmar que o STF estava a um passo – voto de desempate – de desmerecer a confiança que nele foi depositada. A sequência do diálogo, que se vê a fls. 224-225 do acórdão e está transcrita por Patrícia Mello (2015, pp. 365-366), merece ser revista:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - [...] Sinalizamos, Presidente, para a sociedade brasileira, uma correção de rumos visando a um Brasil melhor – pelo menos, para os nossos bisnetos, já não falo nem dos filhos nem dos netos – mas essa sinalização está muito próxima de ser afastada.

Junto aos cidadãos, o Supremo cresceu como órgão de cúpula do Judiciário numa época em que as instituições estão fragilizadas, mas estamos a um passo, ou melhor, a um voto – que responsabilidade, ministro Celso de Mello! – de perdermos essa admiração.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - Reconheço.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Estamos a um passo de desmerecer a confiança que, no Supremo, foi depositada, mas a balança da vida tem dois pratos, e devemos...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sim, Ministro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E veja, Vossa Excelência, a repercussão que isso terá nas mais diversas...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência fique tranquilo, porque soube que os vidros do Plenário foram blindados!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência avalie a repercussão que isto terá para a magistratura como um todo, que hoje está olhando este Tribunal com orgulho, porque sabe que o Tribunal rompeu com essa tradição de impunidade. [...]

Esse diálogo bem confirma que as decisões do STF, no caso do “Mensalão”, passaram a ser tratadas como escolhas entre o “bem” (condenações, inadmissões de recursos etc.) ou o “mal” (absoluções, admissibilidade de recursos etc.) Ou, em outras palavras, nesses debates que se verificaram durante a segunda fase de julgamento do caso, “a preocupação dos ministros com a percepção da opinião pública, as alusões a eventual reação negativa desta e os apelos ao sentimento popular (a despeito do papel contramajoritário reconhecido ao STF) foram constantes” (MELLO, 2015, p. 365).

Na sequência do diálogo atrás transcrito, o Ministro Luís Roberto Barroso se disse um juiz que não se considera pautado pela repercussão que vai ter a decisão, nem almeja ser

manchete favorável. Obtemperou ser “um juiz constitucional”, pautado pelo que considera certo e correto, sem se importar com “o que vai sair no jornal do dia seguinte”. E, depois de registrar a importância da opinião pública numa democracia, afirmou: “Mas, se o que eu considerar certo, justo e interpretação adequada da Constituição não coincidir com a opinião pública, eu cumpro o meu dever contra a opinião pública, porque este é o papel de uma Corte”, ao que o Ministro Marco Aurélio respondeu: “Amém, amém, que assim sempre o seja!” (Fls. 228 do acórdão).

Logo em seguida, o Ministro Roberto Barroso apresentou um questionamento interessante, num contexto de garantia de direitos fundamentais pela Justiça:

Então, gostaria de saber se nós perguntássemos a uma pessoa - não à multidão: se o seu pai, o seu irmão ou o seu filho estivessem na reta final de um julgamento, e, na última hora, se estivesse mudando uma regra que lhe era favorável para atender à multidão, você consideraria isso correto? A resposta seria não (Fls. 229 do acórdão)

Como se verifica de sua argumentação, esse ministro entendeu que houve mudança de posicionamento da Corte no caso que estava em julgamento, o “mensalão”, em razão da opinião pública, para atender à multidão.

Os Ministros Roberto Barroso e Celso de Mello estão entre os que admitiram os recursos de embargos infringentes para novas apreciações nas poucas hipóteses em que eles eram admitidos, como alhures referido. Esses embargos acabaram providos, em especial no tocante aos critérios para a fixação das penas em relação a alguns dos crimes, o que não é objeto desta pesquisa.

Destarte, chama a atenção o envolvimento e a influência da mídia no julgamento da AP 470 (“Caso Mensalão”), o que gerou algo que pode ser chamado de populismo judicial, pois em diferentes momentos viu-se ministros atuando com preocupação voltada, em demasia, à opinião pública e esperando desta a aprovação, a “absolvição”, com a prolação da condenação dos réus. Esta postura não é tida como a mais indicada para a magistratura, notadamente ao seu mais elevado órgão, o Supremo Tribunal.

Ora, “o modo de funcionar da imprensa e os interesses empresariais a que busca atender podem ensejar coberturas parciais, incompletas e comprometidas com determinada linha editorial e gerar no público percepções distorcidas, reações emocionais e febris”. Vale dizer, a opinião pública fica sujeita ao interesse da imprensa e é por esta manipulada. A consequência de se pautar pela opinião pública é perigosa: “Quando isso acontece, seguir a

opinião pública pode ser um erro, muito embora os juízes encontrem-se sujeitos aos mesmos mecanismos e distorções” (MELLO, p. 369).

Se o julgador se deixa pautar pela mídia há o sério risco de prolação de decisões casuísticas, que tenham os contornos de respostas simbólicas à sociedade, conforme o desejo da opinião pública. E a opinião pública é, majoritariamente, fruto de uma cultura autoritária, que, sendo maioria, oprime e impede o desenvolvimento de verdadeira cultura democrática, na qual é essencial o respeito às garantias e aos direitos fundamentais contemplados na Constituição Federal.

De fato, numa sociedade do espetáculo, o caminho mais atrativo, inclusive ao judiciário, como ocorre nas outras esferas, é o de agir para chamar para si a atenção, “transformando-se num judiciário espetacular. Cada juiz também quer aparecer bem no espetáculo”, consoante a assertiva de Rubens Casara, Juiz de Direito da 43ª Vara Criminal do Rio de Janeiro e professor de Direito Penal, que aduz: “Não causa surpresa, portanto, que o Poder Judiciário, do primeiro grau até os tribunais superiores, procure agradar aos meios de comunicação de massa através de decisões, ainda que contrárias à Constituição da República” (CASARA, 2012).

Outro aspecto interessante a ser abordado é o que decorre das palavras de Luís Roberto Barroso, que, quando de sua sabatina como indicado para ocupar uma cadeira de Ministro no Supremo Tribunal Federal, no dia 05 de junho de 2013, afirmou categoricamente, ao Senado Federal, que o julgamento da AP 470 foi “um ponto fora da curva”, conforme notícia Jeferson Ribeiro, no texto intitulado “Barroso diz que mensalão foi ponto fora da curva no STF” (RIBEIRO, 2013).

Exemplo disto tem-se no primeiro voto da Ministra Rosa Weber – primeira fase do julgamento –, apresentado oralmente na tarde do dia 27 de agosto de 2012, no qual sustentou ser justificável, no caso, uma “elasticidade das provas da acusação”. Então, fez um paralelo entre os fatos apurados na AP 470 e um crime de estupro, para, na sequência, afirmar que nesse tipo de crime “algumas garantias são quebradas para possibilitar a punição do acusado”, e que “com delitos de poder, não pode ser diferente. Quanto maior o poder ostentado, maior a facilidade de esconder o ilícito, com esquemas velados, obstrução de documentos, aliciamento de testemunhas e corrupção de pessoas” (MAGRO, EXMAN e BASILE, 2012).

Esta visão da referida ministra bem demonstra sua íntima convicção, que foi relevante para a formação de seu voto e que se coloca na contramão do principal papel do STF, qual seja, o de ser o guardião da Constituição, especificamente para a concretização de garantias e direitos fundamentais.

Quando da apresentação de seu voto escrito, a Ministra não repetiu aquelas palavras expressadas no voto oral (“garantias são quebradas para possibilitar a punição do acusado”). Corrigiu-se (STF, AP 470, pp. 1.094 e 1.095 do acórdão – inteiro teor –, 2014), e registrou que as garantias devem ser sempre resguardadas, nunca podem ser flexibilizadas, assim como os cânones processuais, os meios probatórios e sua avaliação. Mas reafirmou que se deve dar maior elasticidade na admissão da prova de acusação, com o entendimento de que a “clareza” presente no senso comum autoriza a extração de uma conclusão, no caso, para a condenação: “Também aqui a clareza que inspira o senso comum autoriza a conclusão (presunções, indícios e lógica na interpretação dos fatos). Daí a maior elasticidade na admissão da prova de acusação”.

A propósito dessa postura no julgamento em análise, Paulo Moreira Leite, em “A outra história do mensalão: as contradições de um julgamento político”, observa: “Na falta de provas, as garantias individuais, a presunção da inocência, foram diminuídas em favor da teoria que permite condenar com base no que é “plausível”, no que é “crível” e outras palavras carregadas de subjetividade” (LEITE, 2013, p. 190).

Ao analisar esse voto da Ministra, não se pode deixar de rememorar a afirmação que se encontra nas centenárias preleções orais de Basílio Alberto Souza Pinto, lente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, adaptadas às Instituições de Direito Criminal de Mello Freire, com redação de Francisco de Albuquerque e Logo Dias de Carvalho, de que “quanto maior e mais grave for o delito, tanto maior deve ser a prova. É esta uma das proposições que mais deve ter-se em vista na jurisprudência criminal” (PINTO, 1.847, p. 89).

Ainda, não pode ser desprezada a advertência feita por Rui Barbosa, a respeito da necessidade de o julgador não se aventurar em inferências, não revelar prevenções e não se extraviar em conjecturas, em especial nos casos mais graves, como o da Ação Penal 470: “quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, para os guardas da ordem social, a obrigação de não aventurar inferências, de não revelar prevenções, de não se extraviar em conjecturas [...]” (BARBOSA, 1933, p. 75).

E, as mencionadas posições adotadas pela Ministra Rosa Weber configuram o desprestígio da constitucional, garantia da presunção de inocência e, pois, do devido processo legal, princípio a respeito do qual, no mesmo julgamento (STF, AP 470, pp. 2.435 e 2.436 do acórdão - inteiro teor -, 2014), o Ministro Celso de Mello assim se expressou:

O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS. - A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação

de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do ‘**jus libertatis**’ titularizado pelo réu. **O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado.** Ele representa, **antes**, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. **Ao delinear** um círculo de proteção em torno da pessoa do réu - **que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória** -, o processo penal revela-se instrumento **que inibe** a opressão judicial e que, **condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova**, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, **que jamais necessita demonstrar a sua inocência**, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, **sob a égide do contraditório**, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público (Negritos e grifos no original).

As posições da Ministra Rosa Weber, atrás mencionadas, e esta, do Ministro Celso de Mello, parecem ser incompatíveis e inconciliáveis. A quebra de garantias, a elasticidade de provas da acusação – somente estas – e a conclusão por meio de presunções extraídas da clareza que inspira o senso comum estão na contramão do entendimento de que o processo penal é instrumento de salvaguarda das liberdades individuais do acusado e um poderoso meio de limitação aos poderes dos órgãos de acusação, com o asseguramento da presunção de inocência de qualquer réu, em qualquer acusação. Em outras palavras, as posições da Ministra Rosa Weber possibilitam o entendimento de que o julgamento do “Caso Mensalão” enquadra-se na exceção.

Castro lembrou, em sua palestra já mencionada, que o Ministro Marco Aurélio afirmou em posterior julgamento: “o caso do mensalão é uma exceção, exceção que não nulifica o caso”. Conforme o entender do palestrante, de fato, é uma exceção. “Quando do recebimento da denúncia, um ministro disse ao seu interlocutor: ‘votamos com a faca no pescoço’” (CASTRO, 2013).

A respeito da frase do hoje Ministro Luís Barroso (“o julgamento foi um ponto fora da curva”) e das palavras assemelhadas do Ministro Marco Aurélio, duas são as possíveis leituras: ou o STF mudou sua orientação e a nova será mantida em outros casos, e prestigiada com a natural tendência de nortear os julgamentos em todas as outras instâncias (juízes e tribunais), ou o “ponto fora da curva” tem os contornos do terrível “juízo ou tribunal de exceção”, que viola a fundamental garantia do Juiz Natural, como prevista no artigo 5º, XXXVII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. Repita-se, em não sendo mantidos em outros casos os entendimentos adotados pela Suprema Corte no julgamento da AP 470, estar-se-á diante do juízo ou tribunal de exceção, que se constitui em sério risco à democracia. Neste sentido a opinião do magistrado carioca atrás lembrado:

Se, como sustentam alguns, a Ação Penal nº 470 é um “julgamento de exceção”, uma decisão casuística produzida para agradar parcela da sociedade brasileira, em detrimento de direitos e garantias que normalmente seriam reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, o risco à democracia é muito grande, uma vez que se está diante de um ato, de ampla repercussão, produzido pela maior Corte de Justiça do Brasil, o Supremo Tribunal Federal (CASARA, 2012).

Mas essa é uma questão que o tempo haverá de responder, pois, até o momento, poucas foram as oportunidades que o STF teve para reafirmar ou reformar seus posicionamentos empregados no “Caso Mensalão”.

Ainda, é de se fazer abordagem a respeito da herança que o STF deixa do julgamento da AP 470. Como todos sabem, as teses e posições adotadas na Corte servem de diretrizes aos demais tribunais e juízes em todo o país. Em outras palavras, acabam por se transformar em jurisprudência, vale dizer, as Cortes inferiores tendem a reproduzi-las. “Essa jurisprudência é o que será chamado de legado jurídico desse julgamento”, fenômeno que o Ministro da Corte Suprema da Nação Argentina, Raul Zafaroni, chama de “comodismo crônico”, e, assim, acaba por atingir os cidadãos comuns, que mais constantemente são réus nas ações penais. Nesse sentido, a opinião de Rubens Casara, em entrevista concedida ao site Viomundo, em 25 de setembro de 2012, durante o julgamento de mérito da AP 470, que motivou suas declarações. Ele ainda acrescenta:

Assim, se, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal adotar as teses da “inversão do ônus da prova em matéria penal” ou da “possibilidade de condenação a partir de presunções contrárias aos réus”, estaremos dando passos vigorosos em direção ao Estado Penal. Por quê? Porque essas teses estão em franca oposição ao princípio constitucional da presunção de inocência, e o Supremo deixará de atuar como garantidor dos direitos e garantias fundamentais. Se, de fato, isso acontecer, essas teses vão ser reproduzidas e acolhidas em outros casos a serem julgados por diversos juízes e tribunais brasileiros. A porta para os decisionismos e as perversões inquisitoriais estará aberta (CASARA, 2012).

Este é um aspecto que deve ser pontuado. As orientações do Supremo Tribunal Federal no “Caso Mensalão”, se a Corte não as alterar logo – o que configurará o juízo ou tribunal de exceção – serão aplicadas, com todas as suas decorrências, nos julgamentos de ações penais que se realizam no país, em todos os níveis e lugares, acabando por atingir o cidadão comum, o mesmo que na segunda metade do ano de 2012 aplaudiu a dureza das condenações prolatadas pelos Ministros na AP 470.

Ainda um último aspecto deve ser pontuado no tocante a este julgamento. É o que se refere à denominada Teoria do Domínio do Fato para a condenação do acusado José Dirceu

(STF, AP 470, pp. 4.566 e segts do acórdão – inteiro teor –, 2014). A mencionada teoria não dispensa a demonstração de que o imputado tinha não apenas o pleno conhecimento de que o fato ocorreria, mas o seu controle, a respeito do que não se contenta com mera possibilidade ou a tão repetida evidência (“é evidente que ...”). Ela foi desenvolvida na Alemanha, por Claus Roxin, buscando possibilitar condenações de acusados que exerciam papéis de comando sobre subalternos que tinham executado graves condutas criminosas durante o nazismo, consoante as palavras de seu próprio criador, em entrevista ao Jornal Folha de S. Paulo:

Folha - O que o levou ao estudo da teoria do domínio do fato?

Claus Roxin - O que me perturbava eram os crimes do nacional socialismo. Achava que quem ocupa posição dentro de um chamado aparato organizado de poder e dá o comando para que se execute um delito, tem de responder como autor e não só como partícipe, como queria a doutrina da época.

É possível usar a teoria para fundamentar a condenação de um acusado supondo sua participação apenas pelo fato de sua posição hierárquica?

Não, em absoluto. A pessoa que ocupa a posição no topo de uma organização tem também que ter comandado esse fato, emitido uma ordem. Isso seria um mau uso.

O dever de conhecer os atos de um subordinado não implica em coresponsabilidade?

A posição hierárquica não fundamenta, sob nenhuma circunstância, o domínio do fato. O mero ter que saber não basta. Essa construção [“dever de saber”] é do direito anglo-saxão e não a considero correta. No caso do Fujimori, por exemplo, foi importante ter provas de que ele controlou os sequestros e homicídios realizados (JORNAL FOLHA DE S. PAULO, 2012).

Lenio Luiz Streck lembra que “Roxin mesmo diz que escreveu a tese em virtude do ‘caso Eichmann’ (seria uma tese de exceção, portanto, datada?)” (STRECK, 2012).

Muitos são os que sustentam que ela foi aplicada de forma equivocada, pelo STF, principalmente para possibilitar a condenação do acusado José Dirceu. Por todos eles, Alaor Leite, orientando do criador da referida teoria (Claus Roxin), ao comentar essa decisão, na AP 470:

“[...] Mas o Supremo fez uma utilização própria do domínio do fato, usurpou o nome e aplicou outra coisa. [...] Quando o STF fez uso, ele o fez com outra finalidade. Não havia preocupação em distinguir autor e partícipe, mas sim em fundamentar a responsabilidade de pessoas em posições de comando dentro de hierarquias. O problema do Supremo era a ausência de prova em relação a ações e omissões concretas de pessoas da cúpula diretiva. O STF se viu numa situação de estado de necessidade probatório e lançou mão da teoria do domínio do fato para suprir essa lacuna. Não foi para isso que a teoria foi criada. [...] O perigo é que a jurisprudência se sinta segura em

reproduzir esses erros chancelados pelo STF. Daí a necessidade de que a ciência brasileira se posicione e faça uma crítica cuidadosa a essas decisões judiciais.” (LEITE, 2014).

Este, pois, é um outro ponto que demonstra desvio do STF no marcante julgamento do “Caso Mensalão”, a AP 470. A equivocada aplicação da denominada Teoria do Domínio do Fato fortalece a posição daqueles que sustentam que o julgamento configurou exceção, ou, no dizer do hoje Ministro Luís Roberto Barroso, um ponto fora da curva. Vale dizer, essa postura do STF é violadora do direito fundamental ao juiz natural, e não tem os contornos do denominado ativismo judicial, que só é admissível para a implementação de direitos; nunca para violá-los.

Sustenta-se, neste trabalho, que, dos casos analisados – pós período ditatorial –, parece ser este (AP 470) o que maiores questionamentos possibilitam no tocante à preservação de direitos e garantias constitucionais.

Em seguida, faz-se a análise de alguns julgamentos da Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN - Argentina), no período da pós-ditadura militar, além daquele relativo ao direito de liberdade de manifestação, alhures abordado.

O Poder Judiciário assumiu relevante papel na luta contra a impunidade dos praticantes das graves violações aos direitos humanos ocorridas durante o período de regime militar. Mas, esse protagonismo não foi suficiente para se chegar ao desejado resultado (PERRONE-MOISÉS, 2002, pp. 285-306).

A Corte Suprema, como não poderia deixar de ser, foi chamada a decidir inclusive sobre questões relativas a crimes praticados durante a ditadura militar.

Uma das questões relevantes que convém abordar é a que se refere às Leis da Obediência Devida (nº 23.521) e do Ponto Final (nº 23.492). Ambas beneficiavam militares acusados de práticas criminosas durante o regime militar argentino. A primeira (Lei da Obediência Devida) foi editada durante o governo de Raúl Alfonsín, e trazia presunção absoluta de que os membros das forças armadas, durante o regime militar, tinham atuado em virtude de obediência devida, sob coerção de autoridades superiores, em situação de inexigibilidade de conduta diversa. Assim, os militares abaixo da patente de Coronel eram eximidos de suas responsabilidades criminais. A outra lei mencionada (de Ponto Final) também foi promulgada durante o governo de Raúl Alfonsín e previa a extinção das ações promovidas contra os autores de crimes no período da ditadura militar (BUCHANAN, 1987). Não bastasse, como lembra Camila Vicenci Fernandes, invocando Sebastian Barros (2016), o

presidente argentino Carlos Menem concedeu ainda uma série de indultos aos militares já condenados, um enorme retrocesso (FERNANDES, 2016).

Num primeiro momento, em vários julgamentos, a Corte Suprema afirmou que ambas eram constitucionais, sob o entendimento de que, com fundamento no artigo 67, incisos 11 e 28, da Constituição Nacional, o poder legislativo tem poder para estabelecer uma causa objetiva de exclusão da pena, que funciona como escusa absolutória e para além de qualquer consideração de culpa do agente na prática dos crimes atribuídos.

No caso “Camps, Ramon Juan Alberto y otros”, julgado em 22/06/1987 (FALLO 310:1162), no tocante à Lei da Obediência Devida, invocando precedentes, a CSJN sustentou que o legislativo não é irracional, considerando-se que a Corte já declarara, anteriormente, que aquele poder pode contemplar situações de discriminação, desde que não arbitrarias, nem que impliquem em propósito de hostilidade ou indevido privilégio:

14) [...] Ello no resulta irrazonable si se atiende a que esta Corte ha declarado que el legislador puede contemplar en formar distintas situaciones que considere diferentes, en tanto la discriminación no sea arbitraria ni implique un propósito de hostilidad o indebido privilegio; ya que la garantía de la igualdad no exige la uniformidad de la legislación que se dicte, mientras las distinciones que se puedan establecer no traduzcan propósitos persecutorios o de hostilidad hacia personas o grupos de personas (FALLO 298:286; 300:1084, entre otros). 15) Que, conforme a lo expuesto, y habida cuenta de que la evaluación de la conveniencia o eficacia de los medios arbitrados por el legislador para lograr los fines por él propuestos, es materia ajena al Poder Judicial, que juzga solamente la razonabilidad de dichos medios, esto es, si son proporcionados a los fines, y si media o no restricción constitucional a los derechos individuales (FALLO 199:483, 300:642, 700), se debe declarar constitucional la ley 23.521 y, en tal virtud, aplicable en el presente caso, rechazándose la tacha de inconstitucionalidad pedida (CSJN, 2009, pp. 14-39).

Este posicionamento da Corte foi mantido em outro julgamento, a saber, no caso ESMA – “Escuela de Mecánica de la Armada”, realizado em 29 de março de 1988 (FALLO 311:40) (CSJN, 2009, pp. 42-49).

Em relação à Lei do Ponto Final, no primeiro julgamento realizado depois do seu advento, a CSJN afirmou sua validade e manteve sua aplicação. Trata-se do caso “Jofré, Julia J.”, julgado em 11 de fevereiro de 1988 (FALLO 311:80). A Corte baseou-se na necessidade de preservar a regularidade da transição da crise ao normal funcionamento das instituições republicanas, pelo que se deve velar. Outrossim, afirmou que as queixas baseadas na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Lesa Humanidade, da ONU (1968) não são aplicáveis, posto que a Argentina a ela não aderiu, nem a ratificou: “Los

agravios fundados en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad resultan inoperantes por carecer de apoyo legal, habida cuenta de que la República Argentina no prestó su adhesión a aquélla, ni tampoco la ratificó.” (CSJN, 2009, pp. 39-41).

Mas, no caso “Lopez Fader, Rafael Felix”, julgado em 06 de abril de 1993 (FALLO 316: 532.), entendeu-se que a Lei do Ponto Final exige a presença do motivo de repressão do terrorismo, pois ela concede um benefício especial fundado em razões políticas, destinado aos que tenham praticado ações antissubversivas e, por isso, tenham um vínculo incontestado com as instituições cuja reconciliação com o restante da sociedade se persegue mediante esse remédio excepcional. Assim, não se compreende no alcance da referida lei um caso de sequestro extorsivo, em que os acusados alegaram terem atuado num “misto trabalho, misto negócio” (CSJN, 2009, pp 49-53).

A despeito dessas decisões, em 13 de agosto de 1998, no caso “Suarez Mason, Carlos Guillermo” (FALLO 321:2031), que envolveu debates a respeito das duas leis já mencionadas, não obstante, naquela situação concreta a CSJN, por maioria, tenha denegado medidas de provas solicitadas pela mãe de uma desaparecida, alguns ministros afirmaram, em votos vencidos, o direito de familiares das vítimas terem acesso aos dados para conhecerem a verdade, o que não é vedado nas Leis 23.492 (do ponto final) e 23.521 (da obediência devida). Ao contrário, a investigação é necessária até para se determinar se os fatos foram praticados pelos militares alcançados pelas referidas leis, de forma que a investigação é admissível e está em conformidade com a Constituição o conhecimento dos dados relativos aos fatos que o Estado possa ter a respeito de alguém ou qualquer familiar, por ser um pressuposto indispensável para controlar sua verdade e impedir a sua utilização com fins discriminatórios. Ou seja, via-se, neste julgado, avanço na posição da Corte. Literalmente:

Que con relación al argumento atinente a la imposibilidad de continuar con la investigación cuando ya no es posible arribar a una condena en virtud de las leyes 23.492 y 23.521, y el decreto 1002/89, en tanto, de otro modo, se excederían los límites del proceso penal, tampoco ello va más allá de lo que esta Corte ha considerado argumentos aparentes. En efecto, el hecho de que la persecución penal se encuentre clausurada respecto de algunas personas y respecto de hechos que hayan tenido ciertas características no implica, automáticamente, el cierre de la investigación. Muy por el contrario, sólo en la medida en que ella continúe se podrá determinar si esos hechos fueron cometidos por los autores alcanzados por las exenciones de pena o si, en cambio, ellos fueron cometidos por terceros, o bien, en circunstancias o con vinculación a hechos no comprendidos en las leyes en cuestión. Las normas que eximen de pena a ciertos autores o a ciertos hechos no lo hacen en forma indiscriminada, sino que establecen la identidad de los beneficiarios, o bien, describen las circunstancias en las que el hecho debió haber sido cometido.

[...] 11) Que, asimismo, este artículo consagra una garantía. En efecto, establece un medio eficaz para que el titular pueda conocer y controlar los datos referidos a su persona que figuren en los registros públicos o privados destinados a proveer informes para que, en caso de falsedad o inexactitud, pueda exigir la supresión, confidencialidad o actualización cuando ellos afecten derechos consagrados en la Constitución. En este sentido, el conocimiento de los datos es un presupuesto indispensable para controlar su veracidad e impedir su utilización con fines discriminatorios (CSJN, 2009, pp. 62-70).

Esse entendimento foi mantido no caso “Hagelin, Ragnar Erland”, julgado em 08 de setembro de 2003 (FALLO 326:3268), com o reconhecimento de que ao familiar da vítima assiste o direito de pedir a produção de medidas probatórias para obter dados relativos a ela e perseguir os castigos dos culpados, sem que exista óbice ao acordo de solução amistosa subscrito com o Estado Nacional no âmbito do sistema regional de proteção aos direitos humanos em torno da indenização como compensação por danos patrimoniais e extrapatrimoniais, tudo conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CSJN, 2009, pp. 71-82).

Em face dos constantes e duros questionamentos que sofreram por parte de organizações de direitos humanos, estudantes e forças políticas, as duas mencionadas leis – da obediência devida e do ponto final – acabaram revogadas pelo Congresso Nacional argentino, em 2003. Posteriormente, em 2005, a Corte Suprema de Justiça da Nação declarou suas inconstitucionalidades, o que possibilitou a reabertura de casos relacionados com os crimes de lesa humanidade. “Finalmente, em 2008, ocorreu a derrogação do Código Penal Militar, ou seja, os militares ficaram sujeitos à Justiça Comum, podendo apelar para a Justiça Federal em caso de crimes militares.” (FERNANDES, 2016).

Assim, no caso “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro”, julgado em 24 de agosto de 2004 (FALLO 327: 3312), a Corte decidiu pela punição dos crimes de lesa humanidade, entendendo que eles são imprescritíveis, julgando conforme a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa Humanidade, sendo cabível sua aplicação em função do direito internacional público de origem consuetudinária, de maneira que não se tem como violada a regra da proibição de retroatividade da lei penal (CSJN, 2009, pp. 163-198).

Depois, ao julgar o caso Simon, Julio Hector y otros, em 14 de junho de 2005 (FALLO 328:2056), a Corte Suprema, por maioria, declarou a inconstitucionalidade das leis da obediência devida (23.521) e do ponto final (23.492), tidas como incompatíveis com a ordem jurídica internacional, bem como a validade da Lei de Justiça (25.779), que declarou a

nulidade daquelas duas leis. Considerou-se que o artigo 118 da Constituição Nacional reconhece a existência de um sistema de proteção de direitos de aplicação obrigatória, que a todos vincula, atualmente conhecido como *ius cogens*, vale dizer, disposições normativas cogentes, imperativas, que concebem direitos cuja proteção interessa a toda a humanidade, de forma que não podem ser derogadas por vontade dos Estados. Decidiu-se que esse entendimento não viola a regra da irretroatividade da lei penal, uma vez que o Estado argentino se submete à jurisdição interamericana, que veda a referida regra em matéria de persecução de graves violações aos direitos humanos. Sustentou-se, na decisão, que a presunção absoluta estabelecida pela Lei da Obediência Devida – que deixa sem proteção bens jurídicos elementares dos cidadãos, como a vida e a liberdade – implicou na invasão por parte do Poder Legislativo em funções próprias do Poder Judiciário, pois impedia aos Juízes da Constituição toda a possibilidade de verificar se as circunstâncias fáticas mencionadas pela norma existiam, violando, assim, o princípio da repartição de poderes. Reconheceu-se a validade da Lei 25.779, promulgada em 02 de setembro de 2003, que continha apenas dois artigos: “Artículo 1º - Decláranse insanablemente nulas las Leyes 23.492 y 23.521. Artículo 2º - Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.” Entendeu-se que, por meio dessa lei, o legislador procurou sanar a grave infração ao direito internacional dos direitos humanos, verificada nas duas leis declaradas nulas (ponto final e da obediência devida), cumprindo, desse modo, obrigações assumidas pela Argentina nos tratados internacionais de direitos humanos, que ainda impõem a imprescritibilidade dos crimes de lesa humanidade. No caso, a CSJN reafirmou a imprescritibilidade dos crimes de lesa humanidade (CSJN, 2009, 211-245).

Esses posicionamentos da Corte foram mantidos em outras ocasiões, como nos casos retratados nos FALLO 330: 3074 e 330: 3248, a saber, “Derecho, Rene Jesus”, julgado em 11 de julho de 2007, e “Mazzeo, Julio Lilo Y Otros”, julgado em 13 de julho de 2007 (CSJN, 2009, pp. 245-271).

Nota-se, no tocante a essa temática – crimes de lesa humanidade –, o avanço da CSJN em seus posicionamentos. Num primeiro momento, aceitou a validade das leis que impediam a apuração e condenação dos praticantes de tais condutas (lei da obediência devida e lei do ponto final), e, posteriormente, acabou por reconhecer suas inconstitucionalidades, o que possibilita, naquele país, uma mais efetiva justiça de transição, com a responsabilização dos praticantes de tão graves delitos, que atingiram elevadíssimo número de pessoas, durante o regime militar.

Convém, ainda, mencionar a posição da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina a respeito da liberdade de imprensa.

Em dois casos houve a aplicação de tratados internacionais para se reconhecer o direito de réplica, resposta ou retificação.

No caso “Ekm ekdjíán, Miguel Angel”, julgado em 07 de julho de 1992 (FALLO 315:1492), a Corte afirmou a supremacia dos tratados internacionais relativos aos meios de comunicação, e reconheceu o direito de réplica na imprensa. Afirmou que entre as técnicas de prevenção e segurança para evitar, atenuar e reparar os abusos e excessos em que incorrem os meios de comunicação encontra-se o exercício dos direitos de resposta e retificação, em tutela da liberdade de expressão e da adequada proteção da dignidade, da honra, dos sentimentos e da intimidade dos seres humanos, e, por decorrência, a garantia jurisdicional para a sustentação desses valores. Reconheceu-se que, no direito argentino, o direito de resposta ou retificação é estabelecido no artigo 14 do Pacto de San José da Costa Rica, que, ao ser aprovado por meio da Lei 23.054, tornou-se integrante da lei suprema da nação, conforme o disposto no artigo 31 da Constituição Nacional. E as sentenças judiciais, que são medidas hábeis para o necessário cumprimento do pacto no âmbito do direito interno, podem estabelecer as características com que o referido direito será exercido, no caso concreto (CSJN, 2010, pp. 112-143).

Em outra oportunidade, no caso “Petric, Domagoj Antonio”, julgado em 16 de abril de 1998 (FALLO 321: 885), também se reafirmou a necessidade do direito de réplica. Nele foi aplicada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, notadamente o seu artigo 14, inciso 3º. Afirmou-se importante característica do direito de resposta ou retificação, a saber, a exigência de que a informação seja inexata e prejudicial à honra, à identidade e intimidade de pessoas mencionadas pelos meios de comunicação, dando ao ofendido a possibilidade de responder o que foi dito, isto é, permite que ele apresente a sua verdade frente a do meio de comunicação, e que o público conheça as “duas” verdades, de modo que, além de tributar a tutela dos direitos personalíssimos, alargue-se o marco reflexivo da opinião pública (CSJN, 2010, pp. 143-185).

Há, ainda, decisão que versou a respeito do problema da fonte jornalística. No caso “Acuña, Carlos Manuel Ramón”, julgado em 10 de dezembro de 1996 (FALLO 319: 2965), a Corte Suprema entendeu que a exigência de que a informação deve ser atribuída a uma fonte identificável não sofre real exceção pela circunstância de se admitir a reprodução a partir de uma fonte anônima, desde que o esclarecimento desse caráter anônimo permita aos leitores formar um juízo correto acerca do grau de credibilidade que merecem as imputações publicadas pelo meio de comunicação. A denominada doutrina da “eximicção de

responsabilidade por atribuição da fonte” não resulta aplicável quando ela tiver sido obtida ilegitimamente pelo autor da notícia (CSJN, 2010, pp. 198-202).

Quanto à indenização pelo Estado, tem-se que, em outro recurso, a Corte Suprema reconheceu a responsabilidade extracontratual do Estado e afastou a alegação de prescrição, por se tratar de danos e prejuízos decorrentes do atentado terrorista contra a AMIA, consoante acordo celebrado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 04 de março de 2005. Tratou-se do caso “Faifman, Ruth Myriam y Otros c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios”, julgado em 10 de março de 2015 (FALLO 338: 161). A autora Ruth Faifman, por si e representando duas filhas, apresentou pleito de indenização por danos e prejuízos resultantes do falecimento de seu cônjuge e pai, respectivamente, em razão do atentado contra a sede da Associação Mutual Israelita Argentina (AMIA), em 18 de julho de 1994. Em princípio, a prescrição ocorreria em 2 (dois) anos. O Estado pleiteou-a, mas a Corte Suprema confirmou a condenação antes imposta, de indenização, considerando-se que houve renúncia tácita e inequívoca à prescrição ao subscrever, em 04 de março de 2005, acordo com organizações não governamentais que haviam apresentado denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que decidiu por iniciar um processo de solução amigável. Nesse acordo houve o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelo descumprimento de sua função de prevenção, por não ter adotado as medidas idôneas e eficazes para buscar evitar o atentado, considerando-se que dois anos antes ocorrera um ato terrorista contra a Embaixada de Israel na Argentina. Ademais, afirmou sua responsabilidade também em razão da ocultação dos fatos, e por mediar um grave e deliberado descumprimento da função de investigação. Deste modo, no caso julgado, a invocação da prescrição por parte do Estado foi entendida como incoerente com as expectativas que ele mesmo gerou com seus atos anteriores, a saber, o acordo celebrado perante a Comissão Interamericana – atrás referido – e o posterior decreto 812/2005, que aprovou o acordo subscrito perante a Comissão Interamericana e teve por objetivo cumprir com alguns dos compromissos nele assumidos (CSJN, 2016, pp. 161-169).

É interessante a leitura de parte do acordo atrás mencionado, celebrado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como se extrai da decisão:

El Gobierno reconoce la responsabilidad del Estado Argentino por la violación de los derechos humanos denunciada por los peticionarios en la presentación efectuada ante la CIDH en este caso (...) En este sentido, el Estado reconoce responsabilidad ya que existió un incumplimiento de la función de prevención por no haber adoptado las medidas idóneas y eficaces

para intentar evitar el atentado, teniendo en cuenta que dos años antes se había producido un hecho terrorista contra la Embajada de Israel en Argentina. El Estado reconoce responsabilidad porque existió encubrimiento de los hechos, porque medió un grave y deliberado incumplimiento de la función de investigación (...) y una clara denegatoria de justicia (...) Atento a ello, el Estado propone a los peticionarios una agenda tentativa de trabajo en cuyo marco deberían abordarse [entre otras varias] las siguientes cuestiones: (...) Amplia difusión del reconocimiento de responsabilidad formulado precedentemente (...) Publicidad del Informe Grossman [informe final del observador designado en el juicio tramitado ante el Tribunal Oral Federal en lo Criminal n° 3, en el cual se determinó, conforme surge de la sentencia dictada el 29 de octubre de 2004, que el Estado Argentino es responsable por el encubrimiento de los hechos y por incumplimiento grave y deliberado de la función de investigación adecuada del atentado] (...) Promover la sanción de una ley de reparación para todas las víctimas del atentado (CSJN, 2016, pp. 165-166)

Referido acordo firmado pelo Estado foi observado e respeitado no julgamento, pela Corte Suprema, de forma a reconhecer o direito de indenização às autoras e a afastar a alegação de prescrição.

Esse registro se faz porque nem sempre o Supremo Tribunal Federal observa os acordos internacionais firmados pelo Brasil, optando, antes, por decidir com base na ideia de soberania. A este respeito, é de se anotar o pensamento de Jean Bodin (1530–1596) no tocante aos contornos da soberania, que, para o mencionado teórico francês, impõe o dever de observância dos tratados e convenções. A propósito, ao discorrer sobre a “teoria bodiniana do Estado”, com base em “Os seis livros da república” (1576), Rafael Salatini de Almeida (“Bodin e o Estado”) observa que, em Bodin, “o Estado, mesmo sendo soberano, está submetido a um conjunto variado de elementos normativos, configurando uma autêntica teoria legalista”, e dentre os principais elementos destacados, aqui se anota um deles, a saber:

(c) em terceiro lugar, os tratados e convenções, afirmando que “o príncipe soberano está adstrito aos contratos por eles feitos, seja com seu súdito, seja com o estrangeiro, pois como ele é garante perante os súditos das convenções e obrigações mútuas que têm uns para com os outros, com mais forte razão é devedor da justiça em seu fato” (I, VIII) (ALMEIDA, 2015, p. 9).

Este elemento do Estado soberano a Corte Suprema argentina observa; o STF, em repetidos julgamentos, não, como naqueles em que se decide a respeito da anistia aos praticantes de crimes durante o período ditatorial.

Ainda tem-se como relevantes, por força da relação com o constitucional direito à privacidade e à vida íntima, decisões da Corte Suprema que proclamaram a

inconstitucionalidade de dispositivos penais que tipificavam a conduta de porte de drogas para uso pessoal.

No período da pós-ditadura, na Argentina, em decisão datada de 29 de agosto de 1986, no caso dos réus Gustavo Mario Basterrica e Alejandro Carlos Capalbo (CSJN, FALLO 308, p. 1392, 1986), considerando-se a prevalência da liberdade de escolha dos ideais da vida, a Corte Suprema daquela nação declarou a inconstitucionalidade do artigo 6º da Lei 20.771, que tratava do porte de entorpecentes para uso próprio (“Artículo 6º - Será reprimido con prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de cien (\$) 100) a cinco mil pesos (\$) 5.000) el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal”). Anotou-se, na fundamentação, a conjuntura histórico-política que a Argentina atravessava, com o objetivo da reconstrução da ordem jurídica em todas as instâncias e a finalidade de afiançar para o futuro, em sua totalidade, as formas democráticas e republicanas de convivência dos argentinos, o que deve orientar a interpretação constitucional em todos os campos.

Nota-se, nessa decisão, postura ousada da Corte Suprema, que, neste tema, para comparar, o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, ainda não teve. De fato, o Estado não deve interferir em questões ínsitas da vida privada, que, independentemente de posicionamentos pessoais, integram o âmbito de escolha dos ideais de vida: “La prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres, responde a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan”.

Lê-se na decisão:

CONSTITUCION NACIONAL

Una reflexión acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional debe partir de la evidente trascendencia de tal disposición –característica distintiva de nuestra Carta Magna porque, al definir la esfera de libertad individual de los habitantes de la Nación Argentina, se emplaza como base fundamental para la arquitectónica de nuestro orden jurídico (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

CONSTITUCION NACIONAL

La prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres, responde a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan.

CONSTITUCION NACIONAL

El art. 19 de la Constitución Nacional circunscribe el campo de inmunidad de las acciones privadas, estableciendo su límite en el orden y la moral pública y en los derechos de terceros. Tales limitaciones, genéricamente definidas en aquella norma, son precisadas por obra del legislador. En materia penal es éste el que crea los instrumentos adecuados para resguardo

de los intereses que la sociedad estima relevante, mediante el dictado de las disposiciones que acuerdan protección jurídica a determinados bienes.

CONSTITUCION NACIONAL

El art. 19 de la Constitución Nacional impone límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que desarrolle dentro de la esfera privada, entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18, sino como aquellas que no ofendan al orden o a la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones. (CSJN, FALLO 308, p. 1392, 1986).

Assim, consoante o entendimento esposado na decisão em análise, a posse de drogas para o uso pessoal não pode ser punida com fundamento nos potenciais danos que a substância pode produzir. Ademais, não se pode invocar dados da “comum experiência” para se sancionar a conduta. A garantia da privacidade, prevista no artigo 19 da Constituição Nacional argentina só permite que seja punida a posse de entorpecentes que se destinam para além da esfera da privacidade do possuidor, notadamente se o objetivo for induzir outrem ao consumo, ou se o fato integrar o *iter criminis* de outro delito – preparação, facilitação, execução ou ocultação de outra infração penal –, ou se ocorrer o uso em locais públicos ou expostos ao público. Em suma, sempre que a posse de drogas não extrapolar o limite da privacidade do possuidor, de acordo com a decisão da Corte Suprema, o fato não é típico.

A despeito dessa avançada decisão da CSJN, posteriormente, a Lei n° 23.737, promulgada em 10 de outubro de 1989, derogou o sobremencionado dispositivo da Lei 20.771, dentre outros, e dispôs, em seu artigo 14, § 2°:

Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.

Vale dizer, a conduta de porte de drogas para uso próprio voltou a ser criminalizada, pois o legislativo, por meio da mencionada nova lei, impôs a solução que existia antes da decisão da CSNJ, de maneira que a posse de drogas para uso pessoal, em lugar não público nem exposto ao público, voltou a ser elencada como fato típico.

Mas, também esse novo dispositivo normativo incriminador foi declarado inconstitucional pela Corte Suprema, em 25 de agosto de 2009, quando do julgamento do Recurso Extraordinário no caso “Arriola, Sebastian y otros” (CSJN, FALLO 332, p. 1963,

2009). Novamente, decidiu-se que é inconstitucional a tipificação da conduta de porte de drogas para uso pessoal, por maiores (de 16 anos), com o mesmo fundamento da anterior decisão, vale dizer, a incompatibilidade da criminalização com o direito à privacidade previsto no artigo 19 da Constituição Nacional.

Esse dispositivo prevê:

Art. 19. - Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

A Corte Suprema entendeu que a conduta de porte de drogas para uso pessoal não produz prejuízo a terceiros, além do que anotou-se a desproporcionalidade de emprego de recursos e esforços policiais e jurídicos em situações nas quais o ato não sai da esfera da privacidade, vale dizer, não é praticado em local público ou exposto ao público, isto é, “que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, pues en tales condiciones, conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional”, pois a ação repressiva estatal, em situação assim, “invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales”.

Convém registrar, ainda, que a Corte anotou com clareza que a decisão não significava a descriminalização do consumo de estupefacientes que cause prejuízo ou perigo a bem jurídico ou direito de terceiros:

El consumo que traiga aparejado una lesión a un bien jurídico o derecho de terceros o los ponga en concreto peligro, y la distribución de estupefacientes deben ser combatidos, y tal como desde hace años la Corte ha señalado, es necesario y no se ha advertido una política pública consistente y efectiva, con lo cual el problema no sólo no ha disminuido, sino que ha aumentado.

Decidiu-se que a questão da toxicod dependência constitui-se num problema de saúde, que não deve ser tratado penalmente, nas circunstâncias postas, com a punição dos afetados por essa questão. Antes, deve-se buscar a adequada proteção da dignidade humana:

La adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados, sino que es primariamente en el ámbito sanitario -y mediante nuevos modelos de abordaje integral- que el consumo personal de drogas debería encontrar la respuesta que se persigue, conjugándose así la adecuada protección de la dignidad humana sin desatender el verdadero y más amplio enfoque que requiere esta problemática, sobre todo en el aspecto relacionado con la dependencia a estas sustancias.

Vale dizer, quando teve oportunidade de fazê-lo, no julgamento do referido recurso extraordinário, a Corte Suprema atuou com firmeza e ousadia, restabelecendo o seu anterior entendimento, proclamado em 1986, atrás analisada.

Por fim, neste capítulo, ainda a respeito de decisões da Corte Suprema de Justiça da Nação, dada a relevância do tema, convém fazer um rápido registro quanto à evolução do entendimento relativo à questão do direito de familiares de desaparecidos de obterem os dados públicos ou privados eventualmente existentes a respeito.

Em 11 de junho de 1998, no caso “Instituto de Informaciones Comerciales Paraná c/ Dirección Gral Impositiva” (FALLO 321: 1660), a Corte tinha assinalado que o artigo 43, parágrafo terceiro, da Constituição Nacional, não objetiva proteger as instituições públicas ou privadas que registrem, ou não, dados de desaparecidos, mas sim as pessoas às quais tais dados poderiam, eventualmente, referir-se.

Porém, dois meses depois, ainda que com várias dissidências, a Corte indeferiu medidas de provas pedidas por familiares de pessoas desaparecidas. No caso “Suárez Mason, Carlos Guillermo s/ homicidio, privación ilegal de la libertad, etc.”, julgado em 13 de agosto de 1998 (FALLO 321: 2031) - alhures referido na análise das leis da obediência devida e do ponto final -, por maioria, indeferiu-se a solicitação com o argumento de que o atendimento careceria de toda virtualidade, quanto ao acúmulo de provas para o fim de apresentar-se acusação, sem um sujeito passivo contra o qual pudesse fazer-se valer.

Decorrido pouco tempo, no caso “Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FF.AA. s/ amparo ley 16.986”, julgado em 15 de outubro de 1998 (FALLO 321: 2767), envolvendo a ausência de regulamentação legislativa e o fornecimento de informações a familiares de desaparecidos, a Corte avançou e reconheceu esse direito. Tratou-se de pleito de informações apresentado pelo irmão de uma pessoa supostamente abatida pelas Forças Armadas. As duas instâncias inferiores (primeira e segunda) tinham indeferido a solicitação. Mas a Corte Suprema revogou tais pronunciamentos e deferiu o pedido. No julgamento entendeu-se que a falta de clara regulamentação legislativa não obsta a vigência de certos direitos que, por sua índole, podem ser invocados, exercidos e amparados sem o complemento de disposição legislativa alguma regulamentadora. Basta, para isto, a previsão na Constituição. Para a concretização deste direito tem-se o *habeas data*. Assim, a habilitação para a ação de um familiar direto, com sustento no direito que proporcione informações, surge como uma das alternativas de regulamentação possível no marco de uma discreta interpretação do texto constitucional. Assim, é de se reconhecer, ao irmão de quem se supõe falecido, o direito de obter a informação existente em registros ou

banco de dados públicos, que lhe permita estabelecer o falecimento da pessoa desaparecida e conhecer o destino de seus restos, ou em outras palavras, ter acesso a dados, cujo conhecimento constitui a garantia do *habeas data*.

No caso “Palacio de Lois, Graciela – Ex. FERIA N° 10/98 – y otro c/ PE N s/ amparo ley 16.986”, julgado em 13 de fevereiro de 2001 (FALLO 324: 232), novamente a Corte reconheceu que o edifício da ESMA – “Escuela de Mecánica de la Armada” – não deveria ser demolido, por força do amparo tendente ao reconhecimento do direito dos familiares de pessoas presumivelmente desaparecidas naquele local, de conhecerem a verdade histórica sobre os fatos. Assim, foi confirmada a sentença que declarou a inconstitucionalidade do decreto 8/98, a respeito da mencionada demolição, tudo para preservar o direito atrás referido. Nota-se, neste caso, que o direito diz respeito à busca da verdade histórica sobre fatos praticados durante a ditadura militar, na Argentina.

Em 2003, no caso “Hagelin, Ragnar Erland s/ recurso art. 445 bis C.J.M.”, julgado em oito de agosto de 2003 (FALLO 326:3268) – também já mencionado quando da abordagem das leis da obediência devida e do ponto final –, a Corte Suprema reconheceu que, mesmo com o recebimento de correspondente indenização, o familiar de pessoa desaparecida tem o direito de obter a investigação do desaparecimento forçado, com vista à busca da verdade histórica e do direito à informação objetiva, sendo dever do Estado fornecer todos os dados que existam a respeito de uma pessoa desaparecida.

Esta abordagem final considerou elementos fornecidos pela própria Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, 2012, pp. 9-39).

Em suma, vê-se que avanços na Corte Suprema argentina, até mesmo como reflexo de decisões internacionais, vêm estabelecendo novos parâmetros civilizatórios. Luiz Flávio Gomes anota que esses avanços dizem respeito às condições carcerárias mínimas (Caso Verbitsky, FALLO 328: 1146), à garantia do duplo grau de jurisdição (Caso Casal, FALLO 328: 3399), aos direitos dos menores quando violam normas previstas na lei penal (Caso Maldonado, FALLO 328: 4343), à necessidade de observância ao devido processo nas internações psiquiátricas involuntárias (Caso Tufano, FALLO 328: 4832), à constitucional garantia da imparcialidade (Caso Quiroga, FALLO 327: 5863, Caso Llerena, FALLO 328: 1491 e Caso Dieser, FALLO 329: 3034), ao constitucional direito à ampla defesa (Caso Benitez, FALLO 329: 5556 e Caso Noriega, FALLO 330: 3526), ao direito à duração razoável do processo, que não pode ter dilações indevidas (Caso Barra, FALLO 327: 327), à definição do conceito de periculosidade (Caso Gramajo, FALLO 329: 3680), ao direito das vítimas (Caso Santillan, FALLO: 321: 2021), bem como aos direitos das pessoas que são

investigadas ou que estão sujeitas a sanção em razão de graves violações dos direitos humanos (Casos Arancibia Clavel, FALLO: 327:3312; Simón, FALLO 328:2056; e Mazzeo, FALLO: 330:3248) (GOMES, 2009).

Entende-se que os casos analisados e mencionados são suficientes para a demonstração de que, na referida Corte, houve interessantes avanços de posicionamentos. Num primeiro momento, o olhar estava mais voltado ao interesse do Estado e de uma melhor administração da crise pós ditadura, e, posteriormente, houve nova postura, agora tendente aos direitos humanos, inclusive à indenização por desaparecimentos e mortes causadas pelo regime, bem como à informação e à verdade histórica.

Em poucas palavras, sustenta-se que tanto o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, como a Corte Suprema de Justicia de la Nación, na Argentina, no período posterior à ditadura, atuaram com o fito de garantir direitos humanos e fundamentais. Na Argentina tem-se postura mais firme em relação à apuração e punição dos praticantes de torturas, homicídios e outros graves crimes, durante o regime militar. No Brasil, o Supremo tem reafirmado a constitucionalidade da Lei de Anistia, que sempre é invocada para se evitar a responsabilização penal dos criminosos que agiram sob o manto protetor do regime militar.

Na sequência, no terceiro e último capítulo, far-se-á análises de acórdãos das duas Cortes Supremas, ainda no campo dos direitos humanos e fundamentais, relacionados à temática da execução penal, eixo central deste trabalho.

CAPÍTULO 3 A EXECUÇÃO PENAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN – UMA VISÃO A PARTIR DE ALGUNS ACÓRDÃOS

Quando se pesquisa os direitos fundamentais relacionados à execução penal, mister se faz mencionar o direito criminal, notadamente os aspectos relativos à aplicação da pena e suas finalidades. Na esfera penal pode-se dizer que diferentes são os momentos voltados à persecução penal. Tem-se a cominação da pena em abstrato, para alguma conduta prevista como violadora da lei penal, a aplicação da sanção, por meio de uma decisão judicial, e, por fim, a execução da pena. Assim, tem-se o complemento do denominado sistema penal (DOTTI, 1983, pp 78-83).

Nota-se que a execução da pena é umbilicalmente ligada aos dois momentos anteriores, quais sejam, sua cominação e aplicação, de maneira que, como observa Antonio Scarance Fernandes, “sofre ela a crise do sistema em sua disciplina jurídica, sofre a execução o impacto de opções legislativas derivadas do apoio ou repúdio a novas idéias em torno da finalidade da pena e de sua eficácia”, de maneira que a privação de liberdade, “que teve o seu fastígio, é hoje objeto de violentos ataques, havendo forte tendência em só reservá-la a hipóteses excepcionais. Buscam-se na pena de multa, na pena restritiva e em outras tantas, formas alternativas para se evitar a prisão” (FERNANDES, 1988).

De fato, é inócuo tentar-se buscar resultados positivos com a privação da liberdade da pessoa que se colocou em conflito com a lei. Todos sabem que os fins de prevenção social, retribuição ao apenado e ressocialização não são atingidos, há muito tempo. Aliás, quanto à ressocialização, questiona-se até mesmo a legitimidade do Estado para intervir na consciência do indivíduo, para tentar reeducá-lo e ressocializá-lo (DOTTI, 1983, p. 95; FERNANDES, 1988). Assim, o que se tem na execução penal é apenas a denominada função contensiva da pena privativa de liberdade. Como observa Sérgio Mazina Martins, “não se pode afirmar a essa pena outra finalidade que se afaste da pura e simples contensividade”, de maneira que “para o Direito (e evidentemente, também para o Estado-administração e para o Estado-jurisdição) a pena privativa de liberdade não tem, e não pode ter, outra vocação que não seja o desempenho da função puramente contensiva” (MARTINS, 1997, p. 372).

Não sem motivo, há dados em diferentes partes do mundo, que demonstram os altos índices de reincidência daqueles que cumprem pena nos estabelecimentos penitenciários. A propósito, a esse respeito, registra Cezar Roberto Bitencourt: “Um dos dados freqüentes

referidos como efetiva demonstração do fracasso da prisão são os altos índices de reincidência, apesar da presunção de que durante a reclusão, os internos são submetidos a um tratamento reabilitador”. Vale dizer, o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar o delinquente, ao contrário, “constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado” (BITENCOURT, 1993, p. 149).

E, conforme Amilton Bueno de Carvalho, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, noticiou à Lilian Matsuura, da Revista Consultor Jurídico, durante o Congresso Nacional de Direito, promovido pelo Instituto Nacional de Direito, em Marília, em 2007: “na Suécia, os presídios têm boa estrutura. O grau de reincidência é de 70%. Na Inglaterra, é de 69%. Em Bangu I, o índice é de 70%. Os que pretendem cometer um crime, não vão deixar de fazê-lo com medo da pena.” Para ele, “o Direito Penal não serve para atemorizar e recuperar as pessoas. Até hoje, ninguém conseguiu explicar racionalmente a pena de prisão.” (CARVALHO, 2007).

É de se registrar, ainda, que o Direito Penal no Brasil teve, durante o período da ditadura militar trabalhado na pesquisa, doutrinadores de elevada respeitabilidade e que em muito contribuíram para que esse ramo do direito fosse menos afeito às influências do Poder Executivo, à época. Podem ser citados autores como Nelson Hungria, Basileu Garcia, Roberto Lyra, Aníbal Bruno, Cláudio Heleno Fragoso, José Frederico Marques e outros, todos eles doutrinadores que atuaram com independência e detentores da visão de um Direito Penal mais voltado para o respeito aos direitos humanos, apesar das ideologias que imperavam naquele tempo.

Essa visão provocou influências no tocante à execução penal, de maneira que, em 1984, reconheceu-se a necessidade de jurisdicionalização também na fase executória da persecução penal, do que adveio o imperativo do devido processo legal em favor da pessoa detida, o que, sem dúvida, representou significativo avanço relacionado ao respeito dos direitos humanos e fundamentais dos presos, o que é fruto da “evolução no relacionamento indivíduo-Estado”, de maneira que “houve necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista” (FERNANDES, 2005, p. 13).

A execução penal integra a persecução penal efetivada pelo Estado, e, nesse viés, algumas concepções são apontadas como modelo da intervenção estatal.

Uma primeira é a concepção autoritária do Estado, em que todo o processo penal – e, também, a execução penal – é dominado, exclusivamente, pelo interesse do Estado, “que não concede ao interesse das pessoas nenhuma consideração autônoma e, ligado a uma liberdade

inteiramente discricionária do julgador (embora exercida sempre em favor do poder oficial), constitui o único vetor processualmente relevante” (FERNANDES, 2005 p. 16). Nessa concepção, o imputado é visto como mero objeto de inquisição, sem participação ativa no processo.

A segunda concepção é a do Estado liberal, que considera o indivíduo autônomo, portador de direitos, como sujeito. Há, pois, uma lide, com a “oposição de interesses entre o Estado que quer punir os crimes e o indivíduo que quer afastar de si quaisquer medidas privativas ou restritivas de sua liberdade”, numa disputa que pressupõe o respeito à paridade de armas, de maneira que “o indivíduo não pode ser abandonado ao poder do Estado; antes tem de surgir como verdadeiro sujeito de processo, armado com o seu direito de defesa e com as suas garantias individuais” (idem).

Já na terceira concepção tem-se o Estado de direito social, em que a relação com o indivíduo não é nem a do absolutismo, nem a do liberalismo. Nele, em nome da comunidade, o processo penal “não é apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos e ideológicos de uma nação”, pois “espelha, em determinado momento histórico, as diretrizes básicas do sistema político do país”, e tem o objetivo de “esclarecer, perseguir e punir o crime e o criminoso” (idem). Nesse modelo, cada vez mais, há a inserção nos textos constitucionais de princípios e regras de direito processual, de modo que surge o denominado processo penal constitucional, com o imperativo de se interpretar e aplicar dispositivos processuais à luz dos princípios e regras constitucionais, num caminho que visa a garantia de direitos humanos e fundamentais ao imputado. Essa é a concepção que se tem em vista quando se fala em execução penal jurisdicionalizada, com o respeito ao devido processo legal e aos direitos humanos e fundamentais dos presos.

Dentre esses direitos, tem-se a legalidade da execução como básico. Essa garantia consiste, especialmente, “em se demarcar com nitidez o alcance da sentença e a reserva dos direitos do condenado não atingidos pela decisão” (DOTTI, 1998, p. 463).

No tocante a isto, como se verá na abordagem a ser feita, várias foram as decisões prolatadas nas duas Cortes Supremas estudadas, durante as ditaduras militares que se instalaram nos dois Estados, nas quais se verifica posicionamento avançado em relação ao respeito ao preso. De outra parte, mesmo na pós-ditadura, têm-se decisões que se colocam na contramão das garantias fundamentais constitucionais.

Porém, antes de se proceder a análise desses acórdãos, convém abordar, ainda que rapidamente, a questão dos direitos humanos e fundamentais.

3.1 Os Direitos do Preso à Luz dos Princípios de Direitos Humanos e Fundamentais

Quando se fala em princípios, têm-se, em mente, as colunas fortes de um direito interno.

O Prof. Miguel Reale dizia, a esse respeito:

Restringindo-nos ao aspecto lógico da questão, podemos dizer que os princípios são ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis* (REALE, 2004, p. 303).

Neste sentido, os princípios dão as diretrizes de todo o direito e constituem-se em seu mandamento nuclear, que se estende a diferentes textos normativos, dos quais é a base e serve de critério para a correta interpretação e aplicação. Princípios, implícitos ou explícitos, são disposições lógicas que norteiam todo o denominado sistema normativo.

De forma didática, Roque Antonio Carrazza, invocando Celso Antônio Bandeira de Mello e Geraldo Ataliba, assevera que o “sistema jurídico ergue-se como um vasto edifício, onde tudo está disposto em sábia arquitetura. Contemplando-o, o jurista não só encontra a ordem, na aparente complicação, como identifica, imediatamente, alicerces e vigas mestras”. E todos sabem que, num edifício, tudo tem importância, mas, ainda que não se tenha conhecimentos profundos de engenharia, é evidente “que muito mais importantes que as portas e janelas (facilmente substituíveis) são os alicerces e as vigas mestras”, que, se retirados, todo o edifício cai por terra, ao contrário do que se dá quando é retirada uma porta, uma janela ou mesmo uma parede. “Pois bem, tomadas as cautelas que as comparações impõem, estes ‘alicerces’ e estas ‘vigas mestras’ são os princípios jurídicos, ora objeto de nossa atenção” (CARRAZA, 1998, p. 38).

Conforme Robert Alexy, princípio é verdadeiro mandato de otimização, que se efetiva na medida do que é possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e reais (ALEXY, 1993, p. 86).

Convém ainda observar, rapidamente, as diferenças entre princípios e regras. Estas só admitem o cumprimento ou descumprimento, tendo, pois, elevado grau de determinação, não dependendo da situação fática. Vale dizer, as regras possuem conteúdo que impõem o definitivo dever de observância, independentemente das possibilidades fáticas e normativas e, quando presente um aparente conflito, são aplicados os conhecidos critérios para a determinação daquela que, no caso, é inválida, ou deve ser aberta à exceção para a superação do conflito.

Já os princípios têm mais elevado grau de generalidade e são aplicados considerando-se as possibilidades em cada caso, concretamente, como antes anotado.

Pode-se afirmar que princípios são as bases, as colunas fortes ou os maiores pilares do ordenamento jurídico, com aplicação condicionada à situação concreta. Daí a importância que eles têm.

Por isto mesmo, qualquer violação a um princípio jusfundamental significa verdadeira ruptura da própria Constituição.

Mas, não se pode confundir violação com restrição de princípio garantidor de um direito fundamental. Conforme assevera Robert Alexy, na relação entre o direito e sua restrição, a norma fundamental prevê, em primeiro lugar, o direito em si, sem restrição. Só depois sobrevém o acréscimo da eventual restrição (ALEXY, 1993, p. 268).

Todavia, observa-se que, na atualidade, os aplicadores do direito têm confundido restrição jusfundamental com sua violação, o que não se admite.

Consoante o ensino do mesmo autor, só é possível a restrição se, concretamente, um dos princípios opostos tiver peso maior no arcabouço jusfundamental. Em outras palavras, busca-se evitar que os direitos fundamentais fiquem inteiramente à mercê do legislador infraconstitucional ou do aplicador da Lei, havendo necessidade de proteção ao núcleo essencial do direito fundamental.

A respeito do núcleo essencial ou da definição de seu conteúdo, duas teorias existem, uma objetiva e outra subjetiva – aqui não analisadas porque não são o ponto fundamental deste trabalho –, lembrando-se que, para Alexy, os direitos fundamentais constituem posição primária do indivíduo, e o caráter individual de que são revestidos possibilitam, ao menos, que a teoria subjetiva apareça ao lado da teoria objetiva, sendo de se registrar que se constata uma tendência doutrinária no sentido de considerar compatíveis entre si as teorias objetiva e subjetiva.

Em seu “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, o professor José Joaquim Gomes Canotilho pondera que a escolha entre as teorias objetiva e subjetiva não pode conduzir a alternativas radicais, argumentando que a comunidade é confrontada diariamente com a necessidade de limitar os direitos fundamentais, sendo, pois, irrealista uma teoria subjetiva desconhecadora da realidade objetiva. Acrescenta aquele constitucionalista que a garantia do núcleo essencial não pode descuidar da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, devem ser evitadas restrições que eliminem totalmente um direito subjetivo fundamental (CANOTILHO, 1998, p. 419).

Para Alexy (1993, p. 291), a garantia do núcleo essencial equivale ao respeito da máxima da proporcionalidade. Isto é, a restrição de um direito fundamental só será legítima quando for o meio adequado e necessário à realização de outro direito ou bem constitucionalmente protegido, e apenas na proporção que essa exigência imponha ao jusfundamental.

Este posicionamento tem plena aplicação no direito processual penal, em relação aos seus princípios constitucionalmente previstos, verdadeiras garantias relacionadas aos direitos individuais.

Consoante o magistério do Professor Frederico Marques, o processo penal, em sua estruturação, é um procedimento de partes com interesses diferentes, contrapostos e, pois, em conflito:

De conceituar a nossa Lei Magna, ao Direito Processual, unitariamente, dimanada, como corolário, a estruturação do processo penal como um procedimento de partes, visto que é um traço indefectível do processo o ter por conteúdo uma lide, o que significa a existência de interesses contrapostos e em conflito (MARQUES, 2000, p. 82).

Assim, também no processo penal, se em determinada situação concreta existir contraposição entre dois princípios constitucionais, será necessária a adoção da máxima da proporcionalidade para restrição, para o que se exige: a) que a medida restritiva seja apta à obtenção do fim proposto; b) que não haja outro meio menos gravoso para se obter o mesmo fim; c) que o sacrifício ao jusfundamental esteja em relação proporcional com a importância do bem a ser salvaguardado. Em resumo, busca-se saber se a restrição jusfundamental é necessária, adequada e justificada pelo valor ou importância do bem protegido.

Essas colocações ora feitas dizem respeito, inclusive, ao momento da execução penal, em relação ao que se extrai da Constituição Federal do Brasil vários princípios e garantias individuais, que têm sido constante e impunemente violadas pelo Poder Público.

E, não há que se falar em qualquer procedimento criminal válido sem que ele se efetive à luz da Constituição.

Quais são os principais princípios processuais penais constitucionais? Esta pergunta é respondida no item seguinte.

3.2 Alguns Princípios Processuais Penais Constitucionais

Na Constituição Federal pátria, têm-se os direitos fundamentais diretamente estabelecidos no título II, além dos denominados adstritos ou implícitos, como expressamente

previsto no artigo 5º, § 2º. As expressões direitos humanos e direitos fundamentais são, quase sempre, empregadas em conjunto.

Por direitos humanos alguns se referem como sendo aqueles universais, “envolvendo toda a humanidade, pouco importando o local do Globo. Logo, hão de estar previstos em tratados e convenções”, enquanto os direitos fundamentais “são os previstos pelo direito interno; em nosso caso, a Constituição Federal”. Mas alguns sustentam que direitos fundamentais são os positivados, “assim reconhecidos por tratados, convenções, constituições, enfim, normas expressas”, e, conforme esse entendimento, os demais direitos, “considerados essenciais, mesmo não estando explícitos por um texto, podem ser classificados como direitos humanos” (NUCCI, 2016, pp. 8 e 9).

Consoante a última concepção, os direitos humanos têm origem no denominado direito natural, pois são entendidos como aqueles inerentes, ínsitos, integrantes da vida humana, do ser humano enquanto indivíduo (ANDREUCCI, 2014, p. 17).

Em meio aos direitos fundamentais individuais estão previstos os princípios básicos do direito processual penal, normatizados na Constituição.

José Frederico Marques proclamou, a respeito das garantias e princípios tradicionalmente reconhecidos em nossas Constituições. E, ao se referir à democrática Constituição de 1946, enfatiza:

As garantias que reconhece e proclama, solenemente em seu texto, reproduzem os clássicos princípios que, desde a Magna Carta, e sobretudo a partir do humanismo de Beccaria e da Revolução Francesa, tornaram-se imanentes à própria estrutura do Estado de Direito e do regime democrático. [...] Para isso, não basta o exame isolado de textos em que se definem as garantias individuais. Necessário se torna que a Constituição seja examinada como um todo, a fim de que a dedução dos princípios e regras fundamentais traga em si uma perfeita harmonia com valores supremos da Lei Maior (MARQUES, 2000, pp. 78-79).

Ada Pellegrini Grinover, nos “Cadernos Apamagis - vol. 6”, observou sobre os direitos e garantias individuais “que o Brasil foi o país que teve a primazia, através da constituição imperial de 1824, no mundo todo, de dar concreção jurídica efetiva aos direitos do homem, acompanhando-as também das respectivas garantias” (GRINOVER, 1987, p. 123).

Há, então, uma ordem jurídico-constitucional que norteia o processo criminal e que jamais pode ser ignorada ou violada. Assim, os princípios processuais penais devem ser observados para que se obtenha uma boa aplicação dos preceitos legais, pois compõem o rol dos direitos fundamentais.

Muitos são os princípios processuais penais previstos na Constituição Federal do Brasil. Não se pretende, aqui, fazer estudo mais aprofundado a respeito da abrangência e características de cada um deles; todavia, em relação a alguns dos mais importantes, rápidas anotações são recomendáveis, até pela pertinência com o tema desta pesquisa.

3.2.1 Princípio do devido processo legal

De origem inglesa – Carta Magna de 1215 –, o devido processo legal é conquista histórica fruto de muitas lutas. Por meio dele buscou-se “uma garantia e uma proteção contra os desmandos do rei, encarnando a época autoritária absoluta na Inglaterra”, de maneira que “não mais seria possível admitir-se a prisão ou a perda de bens de qualquer pessoa em virtude de simples capricho do governante” (NUCCI, 2010 p. 62). Essa garantia é fruto de disputas políticas na Inglaterra, nos Séc. XII e XIII, que levaram o Rei João Sem Terra a submeter-se ao poder político-militar dos Barões, o que redundou na subscrição da sobremencionada Carta Magna.

O capítulo 39 da referida Carta Política assim dispôs: “Nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra”. A expressão latina *per legem terrae* foi traduzida para o inglês *law of the land*, sendo posteriormente transmutada para o “due process of law”.

Também no Brasil, assim como na Argentina, o devido processo legal é fruto de verdadeira conquista histórica do direito processual, que tem o status de ser um dos princípios regentes do direito e que impõe o império da lei sobre a vontade do rei, de maneira que a atuação do Estado, notadamente em sua atividade de persecução e de punição, sofre as limitações decorrentes dos direitos fundamentais reconhecidos a todos.

Disto decorre que, em suas atividades enquanto Executivo, Legislativo e Judiciário, o Estado não pode violar a lei e não observar o que ela reconhece como “devido”, de maneira que não se admite qualquer outra forma de atuação a não ser a previamente determinada em lei, com um agir justo.

Alberto Silva Franco e Maurício Zanoide de Moraes observam que “a palavra ‘devido’ da cláusula ‘devido processo legal’ indica que alguém deve e alguém é credor de um processo legítimo e previamente previsto em lei”, de modo que, “pela origem história e aplicação juspolítica que sempre se fez dessa cláusula, resta inegável que é o Estado que deve a seus cidadãos um processo que seja legalmente previsto e, em última análise, justo para cada situação concreta.” (FRANCO & MORAES, 2004, pp. 240-241).

Trata-se de princípio expressamente previsto na Constituição Federal brasileira de 1988, no artigo 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BARROSO, 2003, pp. 118-119). Esse princípio também é assegurado pelo Pacto de São José da Costa Rica, introduzido em nosso ordenamento por meio do Decreto n.º 678/1992, em seu artigo 8º, 1, com a observância do disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Ele norteia todo o desenrolar da atividade jurisdicional, ou em outras palavras, o *jus perseguendi* do Estado deve ser desenvolvido de acordo com a Lei, com as regras legalmente estabelecidas. Assim, ninguém poderá ser condenado sem que seja legalmente processado, e o preso deve cumprir sua pena nos limites da sentença condenatória e de acordo com as previsões da lei.

A relevância do devido processo legal é tão marcante que se firmou na doutrina, com fundamento em estudos norte-americanos, o entendimento de que a sua observância vai além do âmbito processual, e possui também uma vertente material. Assim, a cláusula é dividida em devido processo legal procedimental e devido processo legal substantivo ou material.

O devido processo legal substantivo, também chamado de devido processo legal material, é decorrência de desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial norte-americanos nesse campo, e considera que uma lei deve ser pautada pela razoabilidade, proporcionalidade e pela racionalidade para ser considerada como pertencente ao direito. Neste sentido: Augusto do Amaral Dergint, “Aspecto material do devido processo legal” (1994, pp. 249-255). Bem por isto, ela não pode cercear, sem justa motivação, qualquer direito individual.

Logo, são constitucionais tão somente as leis com conteúdo fundamentado em padrões de justiça, na razoabilidade, na proporcionalidade, na racionalidade e nos valores maiores do nosso ordenamento, voltados à justa proteção dos direitos individuais.

Oscar Vilhena Vieira, na obra “Direitos fundamentais: Uma leitura da jurisprudência do STF”, ressalta a relação do devido processo legal substantivo com o Estado de Direito. Por isso, o Poder Judiciário pode reconhecer a inadequação das leis ao devido processo legal substantivo e a sua conseqüente inconstitucionalidade (VIEIRA, 2006, p. 483).

Não bastasse, o devido processo legal substantivo impõe, como mais uma condição de constitucionalidade das leis, a observância de processo legislativo previamente estabelecido. Sem essa regularidade procedimental legislativa a lei será inconstitucional.

Em outra vertente, o devido processo legal procedimental (ou processual) tem relação com a correta aplicação das normas materiais e procedimentais no caso concreto. Como decorrência do devido processo legal procedimental é necessário que o processo tenha

o seu trâmite de acordo com o procedimento previamente estabelecido em lei, e ainda, por ele são assegurados direitos e garantias das partes, com o fim de obtenção de resultados imparciais por intermédio do processo.

Outros princípios são decorrências do devido processo legal, como o princípio do Juiz Natural, o estado de inocência, o contraditório, a ampla defesa, a inadmissibilidade de provas ilícitas, a igualdade entre as partes, o acesso à justiça e outros, a seguir analisados.

3.2.2 Princípio do juiz natural

É previsto no artigo 5º, XXXVII e LIII, da CF, sendo ainda denominado de princípio do Juiz Competente ou do Juiz Constitucional, referindo-se aquele previamente constituído em Lei para o processamento da ação penal. É o Juiz apontado por Lei, à época da prática da infração penal, como competente para julgar o seu autor. Não se confunde com os Juízos Especiais que compõem a justiça especial existente ao lado da justiça comum.

Neste princípio insere-se: a) a proibição do juízo ou tribunal de exceção instituído para o julgamento de uma pessoa ou fato; b) a garantia do julgamento pelo órgão judicial previsto constitucionalmente; c) a garantia do juiz competente. Vale dizer, o juiz natural corresponde à garantia intimamente ligada à própria jurisdição, como lembram Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes: “[...] o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível [...]” (GRINOVER, GOMES FILHO & FERNANDES, 2011, p. 41).

Os mesmos autores ressaltam que o constitucional princípio do juiz natural deve ser entendido “como garantia do juiz constitucionalmente competente para processar e julgar. Não será juiz natural, por isso, o juiz constitucionalmente incompetente, e o processo por ele instruído e julgado deverá ser tido como inexistente [...]” (ibidem, p. 44).

Denominado de Juiz competente, pelos espanhóis, e de Juiz legal, pelos alemães, a garantia é expressão maior para a boa administração da justiça.

Alexandre de Moraes observa que o princípio em análise “deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a não só proibir a criação de Tribunais ou juízos de exceção, como também exigir respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência do órgão julgador.” (MORAES, 2002, p. 304).

Com o mesmo entendimento, Ada Pellegrini Grinover lembra que esse postulado constitucional se apresenta sob três conceitos: “só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela

Constituição; ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências, que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja” (GRINOVER, 1984, p. 39).

Essas colocações induzem à afirmação de que a observância do direito fundamental ao Juiz natural não se limita ao juiz prolator da sentença, em primeira instância, incluindo-se, também, todos os Juízes e Tribunais. A esse respeito, Celso Ribeiro Bastos, invocando o ensino de Canotilho, assevera:

O juiz natural deve ser entendido não apenas como o juiz da sentença de primeiro grau, mas nele devem estar incluídos todos os juízes e tribunais chamados a intervir em um determinado feito. Canotilho deu um tratamento mais analítico ao assunto. Aponta diversas dimensões fundamentais do que ele chama de “juiz legal”: a) exigência de determinabilidade (prévia individualização através de leis gerais) b) garantia de uma justiça material (neutralidade e independência do juiz); c) princípio da fixação de competência (aplicação das regras decisivas para determinação do juiz da causa); d) a observância das determinações do procedimento referentes à divisão funcional interna (distribuição do processo) (BASTOS, 1989, p. 205).

Com o mesmo entendimento: Rogério Lauria Tucci, em “Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro” (TUCCI, 1999 e 2011).

Portanto, sempre que houver designação discricionária do juízo – ou juiz – para efetivar o julgamento, seja em primeira instância ou em instância recursal, estar-se-á diante de grave violação ao postulado constitucional do Juiz natural, com correspondência à criação de Tribunal de Exceção, como se dá em regimes autocráticos. Assim, todos têm o direito de julgamento por juízo ou tribunal previamente existente à época dos fatos.

Ademais, sustenta-se aqui ser necessário um olhar mais expandido a respeito dessa garantia, uma vez que também configura Tribunal ou Juízo de Exceção o órgão previamente existente – à época dos fatos – que procede ao julgamento com parâmetros e contornos definidos só para determinado caso. Assim, se no julgamento o julgador ou a corte invoca tese não utilizada em regra, ou se a aplica de forma desvirtuada, configurada restará situação que se enquadrará no que Luís Roberto Barroso chama de “ponto fora da curva”, como alhures lembrado. Em outras palavras, o postulado do Juiz natural não se limita à verificação de aspectos relacionados à competência do julgador ou da corte, mas também aos critérios empregados para a prolação da decisão, que, se forem inovados e não configurarem nova orientação daquele momento para adiante – aos futuros casos que vierem a ser julgados –, violará a garantia em análise.

Evidentemente, sem a obediência a essa garantia não é possível falar-se em julgamento justo e equânime.

3.2.3 “Princípio” da presunção de inocência

Tem previsão no art. 5º, inciso LVII, da CF, sendo também conhecido como “do estado de inocência” ou da “presunção de não-culpabilidade”. Tradicionalmente, é denominado de princípio, mas, em verdade, trata-se de regra, como mais adiante se verá (item 3.3.2.3). Aqui, em respeito à tradição, a presunção de inocência receberá a referência de “princípio”.

Consoante o artigo XI da Declaração Universal de 1948, toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a culpabilidade seja definida de acordo com a lei, em julgamento público feito com todas as garantias necessárias à sua defesa. A esse direito da pessoa corresponde um dever do Estado, isto é, o Estado tem o dever de assegurar a todos o tratamento de inocente, enquanto, consoante previsão legal, não for mais aplicável a presunção.

Todavia, como sustenta o Prof. René Ariel Dotti, não é incomum referida garantia ser tratada como se fosse apenas um mito, contemporaneamente, em especial no Brasil. Por isto, meros suspeitos são apontados como culpados sem a necessária condenação com trânsito em julgado (DOTTI, 2004, p. 9).

Consagrada em distintos documentos internacionais, a garantia constitucional da presunção de inocência contrapõe-se ao absolutismo e à opressão do poder estatal, na medida em que, no sistema pátrio, assegura ao acusado a condição de inocente até o trânsito em julgado da condenação.

A presunção de inocência constitui princípio basilar do Estado Democrático de Direito, que impõe a necessidade de comprovação, por parte do Estado, da culpabilidade do acusado – presumidamente inocente.

Vicenzo Manzini (1996, p. 255), por outro lado, qualificava o princípio como absurdo e o refutava com grande veemência: “una extravagancia derivada de los viejos conceptos, nacidos de los principios de la Revolución francesa, por los que se llevan a los más exagerados e incoherentes excesos las garantías individuales”.

Todavia, essa posição do jurista italiano não encontra respaldo no Estado Democrático de Direito, pois, como apontado por Maurício Zanoide de Moraes (2010, pp. 173-257), a presunção de inocência vem assegurada há muito em várias declarações e

inúmeros documentos internacionais, inclusive com a adesão do Brasil, e resultou na escolha formal e material do constituinte de 1988, que proclamou serem todos inocentes e considerados “não culpados” até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Este autor lembra que a expressão “não culpabilidade” é decorrência de hábil criação fascista:

Já foi exposto que a noção de “não consideração prévia de culpabilidade” foi uma criação positivista do fascismo habilmente elaborada a fim de que, por meio de um ataque técnico-jurídico sobre a palavra “presunção”, se atingisse a palavra “inocência”. Afirmava-se, à época, que se não se pode dizer que o imputado seja culpado no início da persecução penal, também não se pode afirmar seja ele inocente. Portanto, concluía-se melhor afirmá-lo “não-culpado”; jamais inocente (MORAES, 2010, p. 215).

Neste passo, sustenta ele ser apenas aparente a contradição encontrada na Constituição Federal atual, consistente em, ao mesmo tempo, afirmar a dignidade da pessoa humana, com a adoção dos preceitos internacionais de direitos humanos do pós-guerra, e ceder às tentações nazifascistas da fórmula da presunção da não culpabilidade. De fato, o constituinte pátrio “cedeu aos argumentos ditos neutros da Escola Técnico-Jurídica italiana, contudo, em momento algum se afastou do conteúdo e de toda a extensão do preceito humanitário universal da ‘presunção de inocência’” (idem).

Beccaria (1997, p. 35) já em seu tempo, preceituava que, em razão do princípio da presunção de inocência, “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida”. Evidentemente, essa decisão a respeito da culpa só advém com o trânsito em julgado da decisão condenatória proferida; nunca antes dela.

Luiz Flávio Gomes (1996, p. 377), por sua vez, destaca que a presunção de inocência, além de regra probatória, consiste em regra de tratamento, haja vista a incumbência do órgão acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado, com a exigência da necessidade de comprovação legal (consoante o devido processo legal) da existência dos fatos imputados, bem como a impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na verificação do ocorrido (“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” – art. 5º, LXIII, CF). A presunção de inocência como regra de tratamento impede, portanto, qualquer antecipação de juízo condenatório, sendo vedada, conseqüentemente, a exposição humilhante do acusado, o uso de algemas se desnecessário (enunciado da súmula vinculante 11), a decretação ou manutenção

de prisão cautelar não necessária e, por óbvio, o início do cumprimento provisório ou antecipado de decisão ainda passível de recurso.

A este respeito, como bem enfatiza Gomes Filho (1994, pp. 30-34), a presunção de inocência “impede a adoção de medidas restritivas da liberdade pessoal antes do reconhecimento da culpabilidade, salvo os casos de absoluta necessidade (*pours ’assurer de as personne*)”.

No mesmo sentido, Távora (2013 p. 55), preceitua que, em decorrência da garantia constitucional em análise, o reconhecimento da autoria de um delito pressupõe uma sentença condenatória transitada em julgado:

Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade [...]. A presunção de inocência está a exigir redobrado cuidado [...] a própria exposição da figura do indiciado ou réu na imprensa através da apresentação da imagem ou de informações conseguidas no esforço investigatório podem causar prejuízos irreversíveis à sua figura.

É de se anotar, ainda, que a presunção de inocência, como direito fundamental, possui uma dimensão subjetiva e outra objetiva. Conforme Maurício Zanoide de Moraes (2010, p. 228), quando se fala na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, tem-se que eles criam para o indivíduo “uma posição ativa ou de vantagem em relação ao Estado, o qual fica obrigado a atuar de determinado modo ou a não atuar (abstenção) dentro de determinado âmbito definido em razão da norma posta em favor daquele titular”. Esta dimensão está bem presente no tocante à presunção de inocência, que tem titularidade individual, mas também cuida de interesses coletivos, de maneira que todos têm necessidade de proteção contra o arbítrio estatal, e, pois, faz-se mister a persecução penal justa, lícita e equilibrada, com o controle dos poderes do Estado. Assim, o processo que observa o jusfundamental princípio da presunção de inocência, “garante ao imputado e a todos os imputáveis não apenas a necessidade de existência de um processo penal antes de serem eventualmente condenados, mas também que ele não seja um processo qualquer, um processo arbitrário e tendencialmente condenatório” (ibidem, p. 239).

Há de se enfatizar que a presunção de inocência é dever de proteção do Estado em favor de todos, indistintamente, o que impede o Poder Público de assumir uma postura de inimigo. Antes, como acentua José Carlos Vieira de Andrade (2006, p. 147), ele deve agir como “Estado-amigo dos direitos fundamentais ou, pelo menos, do Estado responsável por

sua garantia efectiva”, adotando não apenas uma postura de abstenção – não violador –, mas, sobretudo, uma atitude de protetor e promotor desse direito fundamental.

Como algumas decorrências da garantia em análise, tem-se: a) é da acusação o ônus da prova da culpabilidade do imputado, que não se obriga a demonstrar sua inocência; b) na constatação da dúvida, o réu será favorecido; c) o julgador, somente excepcionalmente, verificará a necessidade da restrição antecipada ao *jus libertatis* do acusado, o que apenas se admitirá mediante decisão fundamentada; d) não se pode falar, quanto ao acusado, em status de “culpado” antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Mas, não obstante a clareza e fácil inteligência desse direito fundamental, por vezes, a legislação infraconstitucional não o observa com o necessário rigor, assim como o aplicador da Lei.

Adiante, voltar-se-á ao tema, de forma mais profunda, quando da análise de uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal (HC n^o 126.292/SP)

3.2.4 Princípio do contraditório

O contraditório é decorrente da democratização, humanização e da ideia de garantia no processo penal, tal qual ocorre em relação à ampla defesa. Derivado do devido processo legal, no Brasil esse princípio jusfundamental está previsto no art. 5^o, inciso LV, da Constituição Federal, dispositivo que reza: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Vale dizer, é garantia que deve ser observada no âmbito jurisdicional, administrativo e negocial.

Não se fala em contraditório no inquérito policial, que tem a natureza jurídica de procedimento administrativo investigatório pré-processual, com caráter inquisitorial, destinando-se à formação da *opinio delicti* do legitimado para a acusação, com o que se busca evitar ações inviáveis, temerárias e sem a necessária presença da “justa causa”.

Porém, na ação penal condenatória esse direito é indisponível e o legislador processual penal não pode descuidar de assegurá-lo, como bem observa o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que o vincula à ampla defesa:

O princípio do contraditório traz em si um dos aspectos da ampla defesa - livre debate e livre produção de provas. O texto, porém, volta à ampla defesa porque o direito de defesa é imprescindível para a segurança individual. É dos meios essenciais para que cada um possa fazer valer sua inocência quando injustamente acusado. Segundo o texto em estudo, se assegura “ampla defesa”. Isto significa que o legislador está obrigado, ao regular o

processo criminal, a respeitar três pontos: velar para que todo acusado tenha o seu defensor; zelar para que tenha ele pleno conhecimento da acusação e das provas que a alicerçam; e possam ser livremente debatidas essas provas ao mesmo tempo que se ofereçam outras (o contraditório propriamente). O primeiro ponto obriga o Estado a oferecer, ao acusado que não tenha recursos, advogado gratuito e a não permitir que se pratique ato processual sem a assistência de defensor. O segundo proscree os processos secretos que ensejam o arbítrio (cf. Barbalho, Constituição Federal brasileira, p. 436). O último propicia a crítica dos depoimentos e documentos, bem como dos eventuais exames periciais que apóiam a acusação. Igualmente confere à defesa recursos paralelos aos da acusação para o oferecimento de provas que infirmem o alegado contra o réu. Pela Constituição, foi o princípio claramente estendido ao processo administrativo, evidentemente de natureza disciplinar (FERREIRA FILHO, 1997, vol. I, pp, 66-67).

O Ministro José Celso de Mello Filho, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Petição 423/SP (em Agravo Regimental) – Tribunal Pleno, invocando a lição do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 1, p. 68, Saraiva, 1990), anotou a respeito dessa garantia:

O princípio do contraditório impõe a condução dialética do processo. Em outras palavras, exige que em cada passo do processo cada **parte** tenha a oportunidade de apresentar suas razões, ou, se for o caso, as suas provas. Implica ele, portanto, o que os processualistas denominam **par conditio** (igualdade entre as partes) (STF, 1991, RTJ 136-03, p.1034 - negritos no original).

Em outras palavras, a garantia do contraditório busca concretizar a natureza marcadamente dialética do processo em juízo.

O contraditório é a técnica processual e procedimental garantidora da bilateralidade do processo que, em decorrência, impõe a plena igualdade dos sujeitos da relação processual, consoante o entendimento de Vicente Greco Filho, que aduz:

Todos os atos do processo devem ser realizados de modo que a parte contrária possa deles participar ou, pelo menos, possa impugná-los em contra-manifestação. [...] A efetividade do contraditório, portanto, não pode ser postergada. Autor e réu devem ser intimados de todos os atos do processo, devendo-lhes ser facultado pronunciamento sobre os documentos e provas produzidas pela parte contrária, bem como os recursos contra a decisão que tenha causado gravame (GRECO FILHO, 1989, pp. 47 e 65).

Tem-se, em decorrência, que o contraditório não se efetiva tão somente pelo ato de chamamento ao processo, qual seja, a citação, para tomar conhecimento da imputação e dela se defender. Antes, se concretiza durante todo o curso do processo, em especial durante a produção de provas.

O direito fundamental em análise deve ser entendido em seu aspecto substancial, vale

dizer, as partes precisam ter o poder de influenciar na decisão a ser tomada pelo julgador.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr (2015, p. 78) aponta que o processo deve atuar como instrumento para a composição de conflito, com a busca da pacificação social, e deve se desenvolver sob o contraditório, que “é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder”.

Em outras palavras, no processo, democracia recebe o nome de contraditório. E não se concebe o processo sem esse direito, que pode ser decomposto em duas garantias: a) a clássica, de participação nos atos processuais, notadamente os relativos à produção de prova; b) a possibilidade de influência na decisão.

A garantia da participação é a dimensão *formal* do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser *ouvido*, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão judicial efetiva a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte (DIDIER JR. 2015, p. 78).

É evidente a importância dessa primeira decorrência do contraditório, pois qualquer das partes precisa, sempre, ser ouvida, sob pena de se sacrificar a garantia constitucional. Todavia, prossegue o mesmo autor, há a outra vertente do princípio:

Há, porém, ainda, a dimensão *substancial* do princípio do contraditório. Trata-se do “poder de influência”. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional - e isso é poder de *influência*, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos -, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão (DIDIER JR., 2015, p. 79).

Com essa observância, denominada pela doutrina alemã de “poder de influenciar”, evita-se a prolação da decisão surpresa, pois todos os pontos do julgamento passarão, antes, pelo crivo do contraditório. O autor lembra que num Estado democrático não há lugar para atos repentinos, inesperados, de qualquer dos órgãos públicos, especialmente daqueles que têm a responsabilidade de aplicar o direito. E prossegue, em seu raciocínio:

Como poderia a magistrado punir alguém, sem que lhe tenha dada a chance de manifestar-se sobre os fundamentos da punição? Por exemplo, demonstrando que os fatos em que se baseia o magistrado ou não ocorreram ou não permitem a aplicação daquela sanção. Se não fosse assim, teríamos punição sem contraditório. Não é lícita a aplicação de qualquer punição processual, sem que se dê oportunidade de o “possível punido” manifestar-se previamente, de modo a que seja possível, de alguma forma, influenciar no resultado da decisão (DIDIER JR., p. 79).

Vê-se que, atualmente, não basta simplesmente a oitiva do réu. Deve-se dar a ele a oportunidade de convencer o julgador, afastando-se do processo as interpretações e posicionamentos jurisprudenciais obstaculizadores do contraditório e de outras garantias processuais.

De fato, o contraditório faz com que as partes tenham o direito de realizar algumas atividades em relação às provas, como requerê-las, acompanhar suas produções, manifestarem-se imediatamente sobre os elementos de convicção produzidos, enfim, participar de todos eles com efetividade e em igualdade de condições.

A esse respeito, no julgamento do HC. 69.001/RJ, o Ministro Celso de Mello, do STF, sustentou em seu voto:

O respeito ao princípio constitucional do contraditório – que tem, na instrução probatória, um dos momentos mais expressivos de sua incidência no processo penal condenatório –, traduz um dos elementos realizadores do postulado do devido processo legal. [...] O réu tem o ineliminável direito de ser ouvido previamente sobre quaisquer provas produzidas no processo penal condenatório. A inobservância dessa prerrogativa – que possui extração constitucional – implica cerceamento de defesa e gera, como inevitável efeito consequencial, a nulidade do procedimento persecutório (STF, HC. 69.001/RJ, 1992).

Como decorrência do contraditório, as partes podem se manifestar sobre o direito para buscar influir no entendimento do juiz e não apenas a respeito dos fatos.

Deste modo, pode-se afirmar que a observância do princípio em comento impõe: a) o direito do imputado à prévia ciência da acusação para que tenha condições de tempo e meios na preparação para efetivar o contraditório; b) a audiência e ciência bilateral em relação a todos os atos processuais, pressupondo a isonomia processual; c) o direito das partes de contrariar os pleitos adversos, com ampla oportunidade de produção de provas; d) observância do princípio da comunhão das provas; e) a possibilidade de influenciar na decisão da causa.

Em suma, tem-se que o contraditório prende-se não apenas à forma, mas também ao conteúdo. Vale dizer, sua efetividade somente se verifica quando às partes for dada oportunidade de atuação no momento das produções probatórias, em que se estabelece

verdadeiro processo dialético, com o reconhecimento da possibilidade de influência na decisão prolatada pelo órgão julgador, do que decorre a necessidade de observância da motivação na decisão judicial, como garante a Constituição Federal de 1988, no artigo 93, IX. Mas, ao que parece, essa previsão constitucional não tem sido suficiente para a efetivação do dever de fundamentação pelos magistrados, de modo que, no novo Código de Processo Civil, de 2015, em seu “caput”, II, c. c. o § 1º, IV, o legislador inseriu a motivação como um dos elementos essenciais da sentença, com a expressa previsão de que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que”, dentre outras situações, “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Convém, por fim, anotar que, excepcionalmente, admite-se a decisão judicial sem que a parte contrária seja ouvida previamente. O art. 9º, do CPC – que prevê a exigência do contraditório antes da prolação da decisão –, em seu parágrafo único, traz como exceções as decisões concessivas de tutelas provisórias de urgência (inciso I); as decisões nas hipóteses de tutela de evidência previstas no art. 311, incisos II e III (inciso II); e a decisão prevista no art. 701 (inciso III – mandado monitório na ação monitória). O rol não é taxativo, e entende-se que “não há violação da garantia do contraditório na concessão, justificada pelo perigo, de tutela provisória liminar. Isso porque há uma ponderação legislativa entre a efetividade e o contraditório, preservando o contraditório para momento posterior”. Sustenta-se que “o contraditório, neste caso, é postergado para momento seguinte ao da concessão da providência de urgência. Como a decisão é provisória, o prejuízo para o réu fica aliviado” (DIDIER JR., 2015, p. 83).

Ocorre que esse denominado contraditório postergado (ou retardado), por vezes, não produz dano “aliviado”, mas incomensurável prejuízo ao réu ou requerido, como sua prisão provisória, ou o bloqueio de seus bens – decisão que tem se tornado comum em ações de improbidade administrativa –, durante todo o curso do processo, que, como se sabe, no Brasil não é célere, não obstante a garantia da duração razoável do processo.

Assim, cumpre sempre efetivar a observância da constitucional garantia do contraditório, assegurando-se a igualdade de tratamento entre as partes, como dispõem os artigos 7º e 139, I, ambos do Código de Processo Civil, ou, em postura que parece mais efetiva, o juiz deve atuar sempre na busca da neutralização das desigualdades entre os litigantes. Isto se deve à outra decorrência do contraditório, qual seja, a denominada paridade de armas entre as partes, que nem sempre se faz presente no processo, pois não é incomum um dos litigantes ter melhores condições e, pois, armas, do que o outro (desigualdade material

entre eles). Em situação assim, a garantia da igualdade levará a manutenção da desigualdade entre as partes e as armas de que dispõem. Logo, a título de exemplo, no âmbito do processo civil, “é possível que, em situações atípicas, de vulnerabilidade processual, o juiz designe um curador especial à parte, fora das hipóteses do art. 72, como forma de zelar pelo efetivo contraditório”, indo, pois, além do que prevê o mencionado dispositivo normativo. Pode-se pensar na hipótese de ausência do advogado de uma das partes, na audiência de instrução, “em que serão ouvidas as partes e algumas testemunhas; para não prejudicar o equilíbrio do contraditório, o juiz poderá determinar que um defensor público, presente no fórum, atue como curador especial naquela audiência” (DIDIER JR., 2015, p. 85). Mas, o que se vê na prática cotidiana, nos fóruns e tribunais, é que os magistrados não olham para as desigualdades existentes entre as partes, e têm um atuar estritamente formal relacionado à observância do procedimento previsto para o caso.

Destarte, entende-se que a garantia do contraditório deve propiciar a efetiva igualdade entre as partes, inclusive no tocante às armas para o litígio processual.

3.2.5 Princípio da ampla defesa

Trata-se de um dos mais sagrados direitos do ser humano. Por isso, a Constituição Federal brasileira, no artigo 5º, LV, garante a ampla defesa e assegura o seu exercício “com todos os meios e recursos a ela inerentes”. Essa garantia liga-se umbilicalmente ao efetivo exercício do contraditório, não obstante um direito não derive do outro. O contraditório só é garantido no processo e refere-se às duas partes, enquanto a ampla defesa se aplica ao imputado, que tem o direito de ser defendido também durante o inquérito policial.

A respeito da ampla defesa o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 25.787-3/DF, anotou que a garantia constitucional consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, exige a observação do direito de informação, pelo qual o órgão julgador se obriga a informar as partes sobre os atos praticados no curso do processo e a respeito dos elementos dele constantes; do direito de manifestação, que assegura ao que o exerce (o defendente) “a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo”; do direito de ver seus argumentos considerados, que impõe ao órgão julgador “capacidade, apreensão e isenção de ânimo” para apreciar as razões apresentadas, pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento [...], como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas”, o que significa dizer que “é da obrigação de considerar as razões

apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional - *BVerfGE* 11, 218 (218); Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, nº 97)” (STF, Mandado de Segurança 25.787/DF, 2006).

Duas são as vertentes desse direito, no processo penal: a defesa técnica e a autodefesa.

A defesa técnica, exercida por profissional habilitado (artigo 263 do Código de Processo Penal), tem as características de indispensabilidade e indisponibilidade (artigo 261 do mesmo *codex*).

A defesa pessoal do réu efetiva-se por meio do interrogatório judicial, isto sob pena de nulidade absoluta do processo (art. 564 - III, “c”, do CPP), e no exercício de seu direito de presença aos atos judiciais.

A verdadeira ampla defesa só existe quando autodefesa e defesa técnica se conjugam, o que se extrai da nova redação dada pela Lei 10.792/03 às disposições do Código de Processo Penal relativas ao interrogatório judicial: exigência da presença do advogado (artigo 185), o direito do imputado de com ele se entrevistar reservadamente antes do ato (artigo 185, § 2º), e a possibilidade de perguntas das partes (artigo 188).

Essa previsão contida no artigo 188 constitui verdadeiro contraditório mitigado, pois o dispositivo tem como regra que só as indagações que o juiz julgar pertinentes é que serão deferidas, ao contrário do que deveria ser, como ocorre na oitiva de testemunhas, de acordo com o disposto no artigo 212: a regra do contraditório no tocante às provas orais é a do deferimento das reperguntas das partes, e só as manifestamente impertinentes é que devem ser indeferidas. A propósito, no interrogatório, como pode o juiz saber o que é pertinente à defesa, se o magistrado ainda não tem conhecimento das efetivas teses que ela pretende apresentar em favor do acusado, em suas alegações finais? Esse dispositivo (artigo 188 do Código de Processo Penal) constitui, pois, um contraditório mitigado, e como o interrogatório é meio de defesa pode-se cogitar de sua inconstitucionalidade, já que a regra de deferimento só das indagações que, de acordo com o personalíssimo entendimento do juiz, sejam pertinentes, configura cerceamento à defesa, como também à acusação.

Ainda de acordo com o princípio da ampla defesa, o defensor pode apresentar diferentes teses, ainda que contraditórias, em face do denominado princípio da eventualidade na defesa.

Como decorrência da ampla defesa, o artigo 133 da Constituição Federal dispõe que o advogado é indispensável à administração da justiça, princípio que tem ainda mais importância na justiça criminal.

A ampla defesa pressupõe: a) que o acusado tenha o prévio e claro conhecimento da imputação; b) a irrestrita oportunidade de participar efetivamente do processo dialético na produção das provas; c) a possibilidade de apresentar contraprova; d) a possibilidade de interposição de recursos.

E, por disposição constitucional, o Estado tem o dever de dar ao acusado os meios para o exercício da ampla defesa, pois sem ela não há processo penal que se desenvolva legítima e validamente.

Pois bem, apesar da clareza que se tem na Constituição Federal, a respeito da ampla defesa – assim como do contraditório, com ela imbricada –, vê-se muitas práticas que configuram ofensa à garantia.

A título de exemplo, duas são aqui mencionadas: o enunciado da Súmula 523, do Supremo Tribunal Federal; e o artigo 385 do Código de Processo Penal, que são invocados constantemente pelos órgãos julgadores nos fóruns e nos tribunais.

No enunciado da Súmula 523, lê-se a seguinte regra constantemente aplicada: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só a anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Interessa, aqui, a segunda parte.

Como já visto, a Constituição Federal assegura a todo acusado a ampla defesa, que tem de ser efetiva. Defesa deficiente, falha, omissa ou aquela concretizada sem o necessário zelo técnico, equivale a não concretização da ampla defesa. E qualquer violação a essa garantia constitucional configura, no processo penal, nulidade absoluta, pois a questão é de ordem pública e o prejuízo é presumido, sem qualquer necessidade de sua demonstração.

Por isso, sustenta-se que a parte final da citada Súmula 523 do STF configura manifesta ofensa à ampla defesa, até porque a defesa deficiente é sempre prejudicial ao acusado, seja a sentença condenatória, ou a denominada absolutória imprópria (caso de acusado portador de doença mental que, por este motivo é absolvido e, em decorrência, recebe a sanção penal da medida de segurança), ou mesmo a absolvição própria com fundamento diverso daquele pleiteado em favor do réu (v. g., a negativa do fato ou da autoria por parte do imputado e a absolvição com fundamento na insuficiência de provas, que não faz coisa julgada no cível).

Em relação ao artigo 385 do Código de Processo Penal, a primeira parte do dispositivo é conflitante com o sistema acusatório adotado no Brasil, pois se o Estado acusação abre mão da condenação, não é razoável que o Estado juiz assumira esse papel e condene o réu.

Mas, aqui, nesse limitado espaço, a ênfase volta-se à segunda parte do artigo: “...

bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada” pela acusação. Essa previsão normativa constitui séria e grave ofensa ao princípio da ampla defesa, assim como ao sistema acusatório, pois o juiz acaba por assumir a função de acusador. Trata-se de resquício do sistema inquisitivo no Código de Processo Penal, que não guarda conformação com a Constituição Federal de 1988 e com a condição de Estado Democrático (e Social) de Direito, do Brasil.

As agravantes genéricas estão previstas no artigo 61 do Código Penal. Algumas se referem às denominadas questões de direito, como a reincidência. Outras, todavia, tem relação com matérias fáticas: prática delitiva por motivo fútil ou torpe; para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, dentre outras.

Em especial no tocante às últimas (agravantes relacionadas ao fato), indaga-se: como pode o juiz reconhecer qualquer delas sem a imputação por parte da acusação e, em decorrência, sem que o réu tenha tido oportunidade de apresentar defesa a respeito? Ora, o réu defende-se do que lhe foi imputado, e não tem qualquer condição de se defender de fato não inserido na inicial acusatória.

Assim, o reconhecimento de qualquer agravante não imputada pela acusação, em especial as que se relacionam ao fato imputado, ofende a garantia constitucional da ampla defesa.

3.2.6 Princípio da igualdade

Trata-se de direito assegurado pela Constituição Federal no artigo 5º, “caput”, e também no Pacto de San Jose da Costa Rica, de que o Brasil é subscritor, no artigo 8º, 2: “[...] Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas”, que são descritas na sequência, naquele documento internacional.

Esse direito, que é elemento essencial para a Justiça, consistente em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, conforme a tradicional lição de todos conhecida. O tratamento desigual nos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça.

Daí, inspirado no antigo ensino de Aristóteles (“Ética a Nicômaco”), a afirmação de Rui Barbosa (1959, pp. 46): “A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam”, e na “desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”, ou seja, a necessidade de tratamento desigual aos que estão nessa situação de desigualdade. E, consoante Tutti:

A igualdade e a desigualdade são ambas direitos, conforme as hipóteses. A igualdade, quando se trata de direito fundamental. As desigualdades, quando no terreno dos direitos adquiridos. Fundamentais são os direitos do homem, por ser homem, independentemente de qualquer ato aquisitivo. São da essência da criatura. Tais os direitos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. Adquiridos são os direitos que cada homem tenha em virtude de ato aquisitivo: o trabalho, a herança, a compra, a doação, o achado, e outros que a lei tenha por geradores ou fontes de direitos. À luz dos direitos fundamentais, todos são iguais. À luz dos direitos adquiridos, são todos desiguais. Mas, num e no outro caso, o tratamento da lei é igual para todos os cidadãos nas mesmas condições. A Constituição veda à lei estabelecer desigualdades entre os homens, por serem homens. É idêntica a concessão de cada um à sociedade de todos. Ou, por outras palavras, é universal a igualdade nos cortes à onipotência individual, para constituir os direitos fundamentais. Nos direitos adquiridos, é a mesma para todos, nas mesmas condições, a lei que os disciplina (TUTTI, 2011, p. 127).

Por isso, na interpretação e aplicação das normas jurídicas, impende-se buscar o equilíbrio e a igualdade, com a preocupação de superar a tradicional visão essencialmente formal de igualdade, para se alcançar a igualdade real, em que são consideradas as desigualdades individuais, como se extrai da opinião de Antonio Scarance Fernandes, que aponta dois sentidos na manifestação da igualdade no processo penal: a) “como exigência de mesmo tratamento aos que se encontram na mesma posição jurídica no processo”, sendo admitida a desigualdade “por situações pessoais inteiramente justificáveis e que não representem prerrogativas inaceitáveis”; b) como exigência de igualdade de armas no processo para as partes, ou *par condicio*, assegurando-se às partes equilíbrio de forças; no processo penal, igualdade entre Ministério Público, ou querelante, e acusado” (FERNANDES, 2010, pp. 45 e 46).

Todavia, quase sempre é verificável a inferioridade que existe em relação ao mais necessitado, que nem sempre tem a assistência da Defensoria Pública a seu favor, ficando na dependência da nomeação, pelo juiz, de advogado que atua mediante módico recebimento de verba relativa a convênio da Ordem dos Advogados do Brasil com o Estado, verdadeiro paliativo que não soluciona o sério e grave problema relacionado à assistência judiciária aos

mais necessitados. Antes, referida assistência é mero paliativo, em especial por força da deficiência do advogado incumbido de atuar na defesa do réu que não tem condições de constituir advogado. De fato, advogados dativos nomeados em função do convênio da OAB com o Estado, ou aqueles que atuam em razão de parcerias com prefeituras, ONGs, faculdades de direito, entidades religiosas ou outras da sociedade civil nem sempre têm condições e estruturas para atuarem de maneira a que seja mantida a igualdade entre as partes, acusação e defesa.

Esses paliativos [...] não tiveram, nem podem ter, o condão de solucionar o problema. E acrescidos a eles os relacionados com a deficiência da atuação profissional do advogado incumbido de efetuar-la, verifica-se, realística e lamentavelmente, que os postulados constitucionais da igualdade e da assistência judiciária gratuita passaram, especialmente em matéria criminal, da salutar intenção do legislador constituinte à quimera dos menos afortunados de, algum dia, contar com o efetivo patrocínio defensivo de seu direito subjetivo material, precipuamente do de liberdade, relegado ao utópico anseio de assemelhação com o assegurado aos economicamente poderosos (TUCCI, 2011, p. 91).

Como se sabe, a condição econômica jamais pode ser tida como marco para que alguns tenham melhores condições no acesso à justiça, e outros sejam inferiorizados a esse respeito.

Outrossim, consoante o direito fundamental em análise, não se pode estabelecer privilégios ou discriminações aos sujeitos processuais, a não ser excepcionalmente, quando presente a desigualdade, que integra a igualdade (TUCCI, 2011, p. 128).

Aliás, o mesmo autor, observando a necessidade da paridade de armas no processo, para se falar em igualdade, anotou em outra passagem:

Com efeito, em paridade de situações, ninguém deve ser tratado excepcionalmente. Todavia, evidenciada a *desigualdade* entre as pessoas - sejam físicas, sejam jurídicas ou formais -, deverão ser consideradas as *condições desiguais*, para que possa haver *igualdade* (TUCCI, 2011, p. 126 - itálicos no original).

Ao agente do direito cumpre buscar reduzir, dentro do possível, as desigualdades da lei que são reflexos das desigualdades sociais.

Em suma, importa verificar, primeiramente, se as partes integrantes do processo estarão nele postadas em situações desequilibradas; e, por via de consequência, considerada a desigualdade, estabelecer meios e instrumentos apropriados à determinação do indispensável equilíbrio, a fim de atingir-se à finalidade de consecução do bem comum, com a pacificação e a segurança pública (TUCCI, 2011, p. 130).

A este propósito, não é demais transcrever o sempre atual ensino do Prof. Nélson Hungria, ao discorrer a respeito do tema “Direito Penal e Criminologia”, na Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal (HUNGRIA, 1963, pp, 37/52). Trata-se de preciosa lição que bem se aplica aos princípios processuais penais:

Os preceitos jurídico-penais devem ser interpretados no sentido social e humano para segurança da liberdade e bem estar do indivíduo em face do Estado, sempre propenso ao gigantismo do poder. [...]. O Direito penal que deve ser aprendido e aplicado busca encontrar-se com a vida e com o homem, para o conhecimento de todas as fraquezas e misérias, para tentativa, jamais desesperada, de contê-lo e corrigi-lo na medida da justiça e da assistência sociais (Negritos nossos).

Como decorrência do princípio da igualdade processual tem-se, com maior relevância, a paridade de armas no processo. Vale dizer, é necessário assegurar às partes as mesmas armas processuais, o equilíbrio de forças, o que merece consideração especialmente no que concerne às provas colhidas sem a participação de um dos sujeitos processuais, e, pois, sem a observância do contraditório.

Essa indispensável paridade de armas – que se liga à igualdade e ao efetivo contraditório – impõe que, em determinadas situações de desigualdade econômico-financeira, a parte mais frágil seja tratada de forma mais favorável, sob pena de o judiciário manter a desigualdade e prejudicar o mais fraco, pois a igualdade necessária não é aritmética e formal, simplesmente, mas sim a real, de forma que, se necessário, a parte que tem inferiores condições deve ser tratada desigualmente, exatamente para que se atinja o equilíbrio real na relação processual. Tratamento assim, longe de configurar quebra da isonomia das partes processuais, busca dar eficácia ao princípio da igualdade, que ao mesmo tempo deve ser real e proporcional, isto é, dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, uma vez que, tratar igualmente os desiguais, corresponde à manutenção das desigualdades, o que redundaria em prejuízo aos mais frágeis.

Se aos mais necessitados economicamente é de rigor um tratamento desigual, para se garantir a igualdade, não se vê como justificado o tratamento desigual concernente ao denominado foro por prerrogativa de função, chamado sem rigor técnico de foro “privilegiado”, que não redundaria em privilégio, quando se constata que fica prejudicada a garantia do duplo grau de jurisdição no que concerne ao mérito da causa. Essa prerrogativa é reconhecida a várias autoridades e agentes públicos, inclusive a membros do ministério público, magistrados, prefeitos municipais, deputados estaduais e federais, senadores da

república, secretários de unidades da federação, ministros de Estado, ministros de tribunais superiores, e presidente da república, entre outros. Essa competência especial é resquício do caráter patrimonialista (coronelismo) que ainda se verifica no Brasil, como já abordado neste trabalho.

Essa competência especial existe, conforme se argumenta, não por força do interesse pessoal do agente político ou detentor do cargo que o ocupa, mas sim em decorrência do interesse público relacionado ao seu bom exercício, com independência resultante da garantia de “imparcialidade” em eventual julgamento pelo judiciário, o que decorre de falsa presunção de que os tribunais de segunda instância ou os superiores conferem garantia bilateral, nesses julgamentos, a favor e contra o acusado, pois têm mais isenção para julgar aqueles que exercem algumas funções públicas, uma vez que possuem mais elevada capacidade de resistência às eventuais influências do próprio acusado ou de terceiros que contra ele investem.

Niceto Alcalá-Zamora lembra que a Constituição da Espanha prevê que “la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad”, e esclarece:

Quando esas leyes o esos enjuiciamientos se instauran no en atención a la persona en si, sino al cargo o función que desempeñe, pueden satisfacer una doble finalidad de justicia: poner a los enjuiciables amparados por el privilegio a cubierto de persecuciones deducidas a la ligera o impulsadas por móviles bastardos, y, a la par, rodear de especiales garantías su juzgamiento, para protegerlo contra las presiones que los supuestos responsables pudiesen ejercer sobre los órganos jurisdiccionales ordinarios. No se trata, pues, de un privilegio odioso, sino de una elemental precaución para amparar a un tiempo al justiciable y la justicia: si en manos de cualquiera estuviese llevar las más altas magistraturas, sin cortapisa alguna, ante los peldaños inferiores de la organización judicial, colocándolas, de momento al menos, en una situación desairada y difícil, bien cabe imaginar el partido que de esa facilidad excesiva sacarían las malas pasiones (ALCALÁ-ZAMORA, 1945, pp. 223-223).

Todavía, é de se reconhecer a fragilidade desses argumentos, pois, na prática, não se constata a propagada “imparcialidade”, “isenção” e ausência de influência, até porque, ao contrário dos juízes, nomeados depois de aprovação em concurso de provas e títulos, os que atuam nos tribunais superiores (Procurador Geral da República e Ministros) são nomeados pelo chefe do Poder Executivo, depois do crivo de políticos que serão por eles acusados e julgados.

Constata-se, pois, a fragilidade dos argumentos que são considerados para justificar o denominado foro por prerrogativa de função, que não é compatível com o renascimento do

regime democrático, notadamente depois da Constituição Federal de 1988, e, assim, é ofensivo ao direito constitucional de igualdade.

Ainda a respeito desse direito fundamental, Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, em sua obra “Igualdade no direito processual penal brasileiro”, conclui que a igualdade é inserida no Direito Processual Penal por intermédio do devido processo legal substantivo e procedimental:

Em conclusão, a igualdade é introduzida no Direito Processual Penal por meio do devido processo legal, observado tanto na formulação da lei como em sua aplicação. Embora, como se vai demonstrar, não se possa falar, no Direito Processual Penal, em paridade de armas ou igualdade de oportunidades, a igualdade está presente em todo o processo, podendo-se afirmar que o processo existe para garantir a igualdade entre os homens.

Conclui-se, ainda:

a) A igualdade jurídica, para o processo criminal, é direito fundamental de não ser discriminado pelo legislador na formulação do Direito Processual Penal, na medida em que todos têm mesmos direitos individuais e igual acesso às garantias que os protegem;

b) A igualdade jurídica, para o Direito Processual Penal, é, também, direito a igual acesso à justiça, ao processo e, especificamente, à defesa efetivamente produzida;

c) O direito à igualdade na aplicação da lei penal está garantido, ainda, pelo devido processo penal.

Pontue-se, finalmente, que no Direito Processual Penal igualdade e liberdade estão vinculadas uma à outra, pois a igualdade existe para proteger a liberdade. A igualdade, independentemente de ser direito do homem, é motivo e regra do processo. Está incluída no devido processo legal (COSTA, 2001, pp. 64-65 - grifos nossos).

Em suma, não há processo válido sem que se observe o direito de igualdade, umbilicalmente ligado ao devido processo legal substantivo (produção da lei) e procedimental (aplicação da lei), à paridade de armas e ao direito de liberdade do ser humano.

3.2.7 Princípio do acesso à Justiça e o duplo grau de jurisdição

O acesso à justiça é essencial para se falar em cidadania. Esse direito é o ponto de partida para a concretização dos demais direitos. Ele “pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

Esses autores trabalham o acesso à justiça em duas vertentes. Na primeira, abordam o referido direito fundamental como acesso ao sistema judicial, com a representação por advogado, garantia que se estende a todo cidadão, sem exceção. Na segunda, sustentam que

ter acesso à justiça importa no direito de se obter resultados individualmente e socialmente justos, ou seja, volta-se à efetivação dos direitos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

De fato, o acesso à justiça não pode ser entendido de forma limitada e restrita ao direito de estar em juízo. Mais do que isso, inclui o direito que toda pessoa tem de conhecer os seus direitos e buscar efetivá-los.

A Constituição Federal, no art. 5º, XXXV, prevê que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. E, pouco antes, no inciso XXXIV, assegura a todos, “independentemente do pagamento de taxas”, o “direito de petição” em defesa individual ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Há vários dispositivos constitucionais, pelos quais o legislador busca efetivar o acesso à Justiça. Alguns exemplos podem ser aqui lembrados, que bem comprovam esse interesse do legislador constitucional para a concretização desse direito.

O artigo 107, § 2º, ao tratar dos Tribunais Regionais Federais, dispõe que referidos órgãos “instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição”.

Igual comando Constitucional se vê no artigo 115, § 1º, quanto aos Tribunais Regionais do Trabalho, assim como outra medida inserida no § 2º do mesmo dispositivo, que visa “assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo”, de forma a se autorizar o funcionamento descentralizado, com a constituição de Câmaras regionais dos TRTs.

Também em relação aos Estados-Membros, o artigo 125 prevê que a possibilidade desse funcionamento descentralizado dos Tribunais de Justiça (§ 6º), com a mesma finalidade, por meio de Câmaras regionais para julgamento dos recursos. E, ainda, impõe a instalação da Justiça Estadual itinerante (§ 7º).

Estas previsões são frutos da emenda constitucional 45/2004 e bem demonstram a importância que o legislador constitucional pátrio confere à plena garantia do efetivo e mais amplo acesso à justiça, que só se verifica por meio de respostas não tardias, pelo que se busca a descentralização dos Tribunais e a justiça itinerante, como dispõem os artigos atrás lembrados.

Mas, como bem lembra Rogério Lauria Tucci, a garantia de acesso à Justiça Criminal pressupõe a acessibilidade econômica, com a assistência jurídica gratuita aos necessitados a ser efetivada por profissional habilitado (TUCCI, 2011, pp. 81-82).

Esta, aliás, é a previsão constitucional contida no art. 5º, LXXIV (“O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”), do

que decorre a incumbência da União, Distrito Federal e Estados-Membros criarem Defensorias Públicas, conforme o prevê o artigo 134 da Magna Carta.

Esse direito à assistência, viés muito importante do acesso à justiça, não pode ser apenas formal, mas precisa ser garantido de modo efetivo e material, a todos, sem qualquer exceção. Daí a decorrência de que a assistência jurídica integral e gratuita importa a “isenção de todas as despesas indispensáveis ao reconhecimento, satisfação ou asseguaração do direito subjetivo material de pessoa necessitada, assim considerada aquela que não tem como provê-las sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (TUCCI, 2011, p. 82).

Impende, ainda, anotar a importância da Defensoria Pública para a efetividade material desse direito fundamental do acesso à justiça, notadamente aos menos favorecidos economicamente.

Essa Instituição, de acordo com a dicção do artigo 134 da Constituição Federal de 1988, é “essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados”.

Isso nos remete à posição de que o acesso à justiça é essencial para a efetivação da cidadania.

No século XX, esse direito fundamental era entendido como atividade de caridade, destinado aos mais pobres, especificamente na área penal, e não como integrante da cidadania de todos. Vale dizer, tratava-se de dever moral da pessoa piedosa em favor do necessitado.

De fato, nos séculos XVIII e XIX, nos Estados liberais “burgueses”, somente pessoas que tinham condições de arcar com o ônus financeiro é que recorriam ao judiciário. Assim, o acesso à justiça era limitado à condição econômica dos cidadãos, num reflexo da filosofia individualista dos direitos que à época vigia (CAPPELLETTI; GARTH., 1988, p. 9).

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro anota que essa postura, em países em desenvolvimento, como o Brasil, é fruto do ideário do Estado Liberal, no qual se valoriza a igualdade formal, tão somente (CARNEIRO, 2000).

Cleber Francisco Alves e Marília Gonçalves Pimenta também lembram que o acesso dos pobres à justiça, no mundo ocidental, sempre foi tratado consoante essa perspectiva caritativa. A partir do Séc. XIX o dever moral direcionado ao pobre foi erigido em obrigação jurídica, com a responsabilidade de advogados fazerem o patrocínio de causas dos necessitados por dever honorífico gratuito. Isto ocorreu na Inglaterra, Bélgica, Holanda, França, Alemanha, Itália e, mais tarde, desde 1930, também no Brasil, a partir da criação da Ordem dos Advogados do Brasil, que tornou-se responsável pela assistência gratuita aos pobres (ALVES & PIMENTA, 2004).

Esse direito fundamental, como tal, tem de ser observado em decorrência da garantia constitucional destinada a todos, sem distinção, e não em razão de dever moral caritativo de alguns.

Logo, o acesso à justiça pode ser visto como um meio de inclusão sem exclusão, compatível com o pós-positivismo, que dá primazia aos princípios jusfundamentais, aos valores, às questões morais e à ética. Para tanto, é inquestionável o papel efetivado pelas Defensorias Públicas, como atrás lembrado.

Todavia, nota-se que, não obstante a previsão existente desde 1988, e passados quase trinta anos, as Defensorias Públicas, com poucas exceções em algumas unidades da Federação, ainda não contam com boa estrutura e efetivas condições para o cumprimento de suas elevadas funções. De fato, o fortalecimento da Defensoria Pública redundará em mais efetiva observância do real e material acesso à justiça, em especial aos mais necessitados economicamente.

Se, por um lado, o fortalecimento da Instituição do Ministério Público viabilizou ações mais efetivas contra abusos de diferentes espécies praticados por administradores públicos, na busca da probidade por parte dos agentes públicos em geral, o fortalecimento da Defensoria Pública propiciará a assistência jurídica ao mais necessitado, com melhores armas, para a satisfação de seu direito perante o Poder Judiciário.

Cumpra observar que se liga ao irrestrito acesso à justiça o princípio do duplo grau de jurisdição que, se não está expressamente previsto na Constituição Federal, é construído implicitamente por meio dos artigos 5º, inciso LV - parte final, 102, 105, 108 e 125, § 1º, todos da Carta Magna. De fato, o duplo grau de jurisdição é corolário do direito fundamental do acesso à justiça – ou da inafastabilidade da cognição da jurisdição.

Não é razoável – e o sistema não o permite – que um direito seja violado e não efetivado, sem que o judiciário possa efetivar plena e efetivamente sua jurisdição.

Até por isto, os juízes têm o denominado poder geral de cautela, que consiste numa competência que lhes possibilita a concessão de medidas cautelares atípicas, não explicitadas em lei, quando se mostrarem necessárias para, em um caso concreto, assegurar a efetividade do direito buscado.

Com igual razão, no caso de ação penal de competência originária de qualquer dos Tribunais de Justiça, ou dos Tribunais Regionais Federais, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, é de se garantir o pleno exercício do direito ao duplo grau de jurisdição, de modo que sejam reexaminadas todas as questões presentes desde o início e as

suscitadas no curso da ação penal, inclusive o mérito da causa, sem o que também estará violado o fundamental direito do pleno acesso à justiça.

Não bastasse, conforme aqui se sustenta, o princípio de duplo grau de jurisdição possui status constitucional, ainda que de modo tácito, uma vez que a garantia se liga diretamente ao princípio do devido processo legal, expresso em nossa Constituição Federal, além de ser forma de garantia de meios e recursos necessários aos litigantes. E o princípio em análise – o duplo grau de jurisdição – tem relação com o objetivo precípua do Estado, qual seja a promoção da Justiça.

Além disso, o Brasil é signatário do Pacto de San José da Costa Rica, que mesmo em se tratando de norma supralegal, possui aplicação e força normativa, sendo, pois, garante da aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição disposto no seu artigo 8º, item nº 10. 4.

Ainda que não se admita o status de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, deve-se observar a interpretação que o STF tem emprestado a esses tipos de acordos, acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico interno, dando o status de norma supralegal a essas normas timbradas pela marca indelével dos direitos humanos, situando-as no plano doméstico acima das leis (ordinárias e complementares), mas abaixo da Constituição.

Esse posicionamento existe desde o julgamento do RE. 466.343/SP, a partir do qual o STF vem adotando as razões de decidir exaradas no voto do Ministro Gilmar Mendes, apontando para uma nova hermenêutica no sentido de que, em conformidade com o disposto no § 2º do art. 5º da CF/1988, os preceitos internacionais ratificados pelo Brasil antes da EC. 45 entram no ordenamento jurídico nacional como norma supralegal.

Destarte, o STF firmou entendimento de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aos quais o Brasil aderiu, têm status de norma supralegal, ou seja, está acima das leis ordinárias e abaixo somente da Constituição Federal, posicionamento que se aplica com toda a sua força à garantia do duplo grau de jurisdição.

De fato, com os meios e recursos que lhe são inerentes, a garantia da ampla defesa impõe o direito à revisão da decisão prolatada, por um órgão colegiado superior. Até por isto, ao regular as competências dos Tribunais Superiores, regionais e estaduais, a Constituição Federal conferiu-lhes o poder de julgar, em grau de recurso, causas decididas nas Instâncias inferiores.

Ademais, na Constituição Federal, art. 5º, § 2º – que é verdadeiro dispositivo de extensão –, estabelecido está que os direitos e garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em

que a República Federativa do Brasil seja parte” (BARROSO, 2003, p. 193). Ora, o duplo grau de jurisdição está previsto no Pacto de São José da Costa Rica e ainda do Pacto de Nova Iorque, art. 9º, § 4º, e art. 15.

Em suma, o direito fundamental do acesso à justiça deve ser garantido não apenas formalmente, mas material e concretamente, como integrante essencial da cidadania. Outrossim, entende-se que o integra a garantia do duplo grau de jurisdição, inclusive nas ações de competência originária de tribunais de segunda instância ou de cortes superiores.

3.2.8 Os direitos humanos e fundamentais *versus* a segurança pública

Feita a abordagem a respeito de alguns dos direitos constitucionais processuais penais, convém discorrer sobre o aparente confronto entre os direitos humanos e fundamentais, de um lado, e a segurança pública, de outro.

Para muitos leigos, até porque são fomentados pela mídia sensacionalista, direitos humanos e fundamentais são sempre associados aos “direitos dos bandidos”, ou seja, seriam direitos para a proteção daqueles que praticam crimes na vida em sociedade. Assim, num primeiro olhar, parece existir uma contradição entre tais direitos e a segurança pública.

Porém, como já asseverado, esse confronto é apenas aparente, pois a própria segurança também é um direito fundamental.

Em relação ao direito à segurança, em “A questão judaica”, Marx invoca a Constituição francesa de 1973, que reza em seu artigo 18 “A segurança consiste na proteção concedida pela sociedade a cada um dos seus membros para a preservação da sua pessoa, dos seus direitos e da sua propriedade”. E assevera, na sequência, que a segurança é o fim essencial de toda sociedade, para a preservação da pessoa, de seus direitos e de sua propriedade, de modo que bem representa o seu egoísmo:

A segurança constitui o supremo conceito social da sociedade civil, o conceito da polícia. Toda sociedade existe unicamente para garantir a cada um dos seus membros a preservação de sua pessoa, dos direitos e da sua propriedade (...) O conceito de segurança não chega para elevar a sociedade civil acima do próprio egoísmo. A segurança surge antes como a garantia do seu egoísmo (MARX, 2010, p. 52).

De fato, o ser humano pensa em segurança egoisticamente, como direito voltado a si mesmo, pessoalizado, e não com um olhar comunitário, público. Vale dizer, a segurança é egoisticamente voltada à sua proteção, de sua família e de seus bens.

Tem-se, ainda, que segurança representa “conforto, bem-estar, confiança, certeza, de modo que se pode dizer: *estou em casa, sinto-me seguro*. [...] Seguro é o mesmo que

protegido, acautelado, garantido, isento de receio, que tem autoconfiança”. Logo, “segurança significa ato ou efeito de tornar livre do perigo, protegido, livre do risco. É a previsibilidade, a certeza do futuro. O risco, por sua vez, diminui a previsibilidade e retira a certeza do futuro” (NUCCI, 2016, p. 39).

Porém, aqui se trata da segurança pública. “Pública”, palavra polissêmica, na expressão em análise é referência à comunidade, aquilo que interessa ao coletivo.

Segurança pública “é justamente a sensação de bem-estar de uma comunidade, certos os seus moradores de que terão uma vida tranquila e pacífica, livre de aborrecimentos trazidos justamente pela convivência com outras pessoas, por isso, pública” (NUCCI, 2016, p. 40). Ainda, na mesma obra e página, sustenta o autor que segurança pública “é o conjunto de ações preventivas e reativas, de natureza pública, que, em resposta ao fenômeno da criminalidade, volta-se ao alcance ou à manutenção da ordem pública”, sendo o seu fim último “proporcionar aos indivíduos, na convivência social, a fruição de relações pautadas no direito básico de liberdade, garantidas a segurança jurídica – proteção contra repressão autoritária do Estado – e a segurança material – proteção contra agressões de todo tipo” (idem).

Vale dizer, ao contrário do que por vezes se observa no cotidiano, em ações de agentes públicos e em decisões judiciais, inclusive prolatadas por magistrados autores de obras jurídicas nas quais sustentam posições razoáveis, a segurança pública não pode ser utilizada como álibi persuasivo para justificar ilegais ofensas e inadmissíveis restrições jusfundamentais; antes, é instrumento de garantia das liberdades públicas e dos demais direitos individuais.

Por ser pública, a segurança, o artigo 144 da Constituição Federal de 1988 dispõe ser ela um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos.

Evidentemente, a segurança pública envolve o trabalho das polícias, como elencado no mesmo artigo 144, e práticas que visem a prevenção primária do crime. Nesse contexto, é de se reconhecer a necessidade de eventual uso de força, em gradação com a prática criminosa a ser combatida, o que “corresponde também à aplicação prática dos direitos humanos, os quais incluem a legítima defesa”, pois, “a experiência internacional demonstrou que a polícia só pode ser eficiente se contar com a confiança da população, uma vez que necessita de dados, denúncias, registros de ocorrência e orientações sobre a microdinâmicas dos crimes” (TSUNODA; BORGES, 2009, p. 73).

É de se observar, com os mesmos autores, que com o fim do regime militar, em 1985, sobreveio redução nas taxas de crescimento econômico, com intensificação da pobreza

e do número de desempregados. Concomitantemente, constatou-se significativo aumento nos índices de criminalidade, o que levou movimentos sociais à reivindicação de políticas de segurança pública mais rígidas.

Esse quadro gerou certa liberdade para os agentes públicos ligados à segurança pública atuarem com violações aos direitos humanos e fundamentais, em nome da ordem pública e social, prática que, claramente, atingiu e atinge os mais fragilizados, os marginalizados, os pobres e desempregados.

Assim, a abertura democrática não veio acompanhada de observância e concretização dos direitos dos cidadãos, como era de se esperar num Estado Democrático de Direito. Ao contrário, tem-se visto os órgãos repressores atuarem com base em presunções, inclusive a de culpabilidade, notadamente em algumas situações específicas, como a relacionada às drogas. Não é incomum o viciado que porta drogas para uso próprio ser preso e processado na condição de traficante.

A propósito, este pesquisador, em novembro de 2008, no exercício da função de Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo, atuando perante a Seção Criminal do Tribunal de Justiça bandeirante, ofereceu parecer em caso bem elucidativo do que atrás de observou. Em resumo, os investigadores de polícia prenderam em flagrante a mãe, no lugar do filho, que não estava na residência quando das diligências.

O caso teve origem na Comarca de Piracicaba/SP, na Segunda Vara Criminal, e refere-se à apelação criminal nº 990.08.101941-8, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo apelante o Ministério Público e apelada a ré M. A. de O. Acusada da prática de tráfico de drogas (artigo 33 da Lei 11.343/2006), ela foi absolvida pelo julgador de origem.

Não conformada, a acusação pública apresentou o recurso de apelação, buscando a reforma da sentença de Primeira Instância para ser a ré condenada pela prática do tráfico.

Todavia, como registrado no parecer ofertado e no acórdão do Tribunal de Justiça, as provas colhidas nos autos do processo demonstravam que havia uma investigação de tráfico em relação ao filho da acusada, A. G. Por isso, os investigadores se dirigiram à residência da família, em cumprimento de um mandado de busca relacionado a ele, filho, que não se achava na casa. Localizados os entorpecentes, foi a ré – mãe do investigado – presa em flagrante.

Os dois policiais civis ouvidos confirmaram que o mandado de busca se referia ao filho da acusada, que estaria em São Paulo, naquele momento. Nas buscas, localizaram uma “trouxa de maconha” e perceberam o nervosismo da mãe do investigado, em face do que chamaram uma investigadora. Quando essa agente do Estado chegou, a ré foi ao banheiro e jogou dois frascos, com “crack”, cocaína e “maconha”. Por isso, ela foi detida e acusada pelo

crime de tráfico. Como bem observou o magistrado sentenciante, essa conduta da ré evidencia a intenção de proteção ao seu filho, o que, aliás, não é punido pelo Código Penal brasileiro (artigo 348, § 2º). Em relação a ela não havia qualquer informação que a ligasse ao tráfico e, ao que tudo indica, foi presa em lugar de seu filho, que teria sido preso se estivesse na casa, naquele momento.

Vê-se nos autos que o investigador C. R. afirmou isso com todas as letras, como registrado no mencionado parecer: “Nós demos voz de prisão e, como o filho não estava, nos demos voz de prisão para ela”. Esse policial civil aduziu que, contra a acusada, não havia qualquer delação, o que também foi asseverado pelo investigador de polícia E. M. P.

Em outras palavras, como naquele imóvel o filho não estava, para ser preso, prendeu-se a mãe, mesmo. Ou, ainda, com o encontro dos entorpecentes, decorrente de investigação existente e em curso contra o filho, na ausência dele houve a transmutação e traficante passou a ser sua mãe, a ré, num simplista raciocínio que confundiu ser humano com bens fungíveis ou semoventes, passíveis de troca e substituição.

Outro caso que também evidencia a violação de direitos fundamentais em nome da segurança pública é o que envolveu Marcos Mariano da Silva. Em 27 de setembro de 1985, ele foi preso injustamente e ficou detido por longos 13 anos, sem qualquer sentença condenatória.

A justiça concedeu-lhe ordem de *Habeas Corpus* em 25 de agosto de 1998, reconhecendo a manifesta ofensa aos seus direitos fundamentais, e no julgamento do Recurso Especial nº 802435, em 19 de outubro de 2006, o Superior Tribunal de Justiça condenou o Estado brasileiro ao pagamento de 2 (dois) milhões de reais por danos morais e materiais ao referido cidadão.

Os ministros reconheceram “a expressa crueldade a que foi submetido um cidadão pelas instituições públicas”, cidadão que foi preso e permaneceu preso sem inquérito instaurado, sem condenação alguma, e sem direito a nenhuma espécie de defesa. Ele foi simplesmente esquecido no cárcere, no qual ficou cego dos dois olhos e foi submetido aos mais diversos tipos de constrangimentos morais, além de ter contraído tuberculose no sistema penitenciário e perdido sua capacidade de ambulação. O Ministro Teori Zavascki afirmou: “esse homem morreu e assistiu sua morte no cárcere”. Por sua vez, a Ministra Denise Arruda lembrou: “aqui se trata de um brasileiro que vai sobreviver não se sabe como”. E o Ministro Luiz Fux fez registrar no acórdão que aquele caso tratava-se de um dos mais graves atentados à violação humana já visto na sociedade brasileira.

Eis mais um manifesto exemplo de como ocorrem ofensas aos parâmetros éticos, jurídicos e humanos na Justiça, inclusive no Brasil.

O cidadão Marcos Mariano da Silva foi detido por pleito apresentado em simples ofício da autoridade policial, e o Juiz de Direito decretou a prisão provisória sem sequer ler qualquer peça de investigação, qualquer prova, até porque simplesmente não havia sequer inquérito policial. E nunca houve, assim como também não existiu processo. Simplesmente um ofício da autoridade policial, que bastou para o Juiz decretar a prisão.

Essas são apenas duas menções dessa postura de alguns agentes integrantes dos órgãos repressores, de atuarem com base em presunções de culpabilidade e de prova.

Vale dizer, no confronto entre a segurança pública e os direitos humanos/fundamentais, não é incomum a constatação de violação destes em nome daquela, o que se torna ainda mais marcante quando há violação da liberdade de alguém, considerando-se a terrível crise no sistema prisional enfrentada em vários lugares do mundo, inclusive no Brasil e na Argentina.

Quando se pensa na execução penal há unânime posição de que a pena privativa de liberdade não cumpre seu papel de ressocialização. E todos são concordes que há uma degeneração social produzida pelo ergástulo, bem como a mutilação da saúde física e mental do cidadão preso. Há, ainda, os problemas que são fruto da sexualidade reprimida na prisão, o que também concorre para a presença de vários fatores criminógenos no cárcere, bem como à violência entre os detidos. Fruto desse quadro, tem-se os elevados níveis de reincidência entre os que cumprem pena privativa de liberdade no sistema comum. Como já registrado, “na Suécia, os presídios têm boa estrutura. O grau de reincidência é de 70%. Na Inglaterra, é de 69%. Em Bangu I, o índice é de 70%. Os que pretendem cometer um crime, não vão deixar de fazê-lo com medo da pena.” (CARVALHO, 2007).

Cumpre, na sequência, analisar alguns dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal e da Corte Suprema de Justicia de la Nación, na Argentina, que tem relação com o tema proposto, qual seja, os direitos fundamentais em matéria de execução penal, nos períodos ditatoriais e pós-ditatoriais nos dois Estados.

3.3 Decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte Suprema de Justicia de La Nación em Matéria de Execução Penal

A execução penal, em regra, tem início com o trânsito em julgado da decisão condenatória pela prática de infração penal. Em outras palavras, executa-se a pena quando não mais couber recurso contra a condenação decretada pelo judiciário.

Sempre houve preocupação relativa à fase executória da pena no mundo. Velhos problemas que inquietavam os antigos continuam presentes na contemporaneidade, embora os tempos sejam outros. Há mais de 250 (duzentos e cinquenta) anos, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, inquietou-se com essa temática e acabou por traduzir sua insurgência na conhecida obra “*Dei Delitti e Delle Pene*”, lançada em 1.764 (Dos Delitos e Das Penas - BECCARIA, 2006).

No Brasil, essa preocupação também está há muito presente. Bem por isso, houve uma primeira tentativa de regulamentar a execução penal, por meio do Projeto do Código Penitenciário, de 1933. Posteriormente, sobreveio a Lei nº 3.274, de 02 de outubro de 1957, que estabeleceu normas gerais relativas ao regime penitenciário. Todavia, ela não previa qualquer sanção para o seu não cumprimento de modo que se tornou letra morta.

Outros projetos surgiram, mas também não foram aproveitados. Finalmente, em 1981, vários juristas apresentaram um projeto de Lei de Execução Penal ao Presidente João Baptista de Oliveira Figueiredo, que o encaminhou ao Congresso Nacional. Assim, acabou por advir a atual Lei de Execução Penal, nº. 7.210, de 11 de julho de 1984, que passou a vigorar a partir de 13 de janeiro de 1985.

Com o advento dessa lei, a execução penal deixou de ser simplesmente de cunho administrativo e passou a ser judicializada. Por meio de dispositivos normativos da referida lei, busca-se a efetivação de um sistema penal com garantias ao preso e à sociedade. Deste modo, a partir de ideias iluministas, em matéria de execução penal há um normativismo que, ao longo da história, avançou rumo ao ideal humanístico. Mas, é inegável que a realidade concreta, pública e notória, é de um sistema prisional extremamente desumano e que produz péssimos resultados, fruto de constantes e reconhecidas violações às garantias constitucionais, além de muitas e reiteradas ofensas à própria Lei de Execução Penal, em relação ao que as autoridades e órgãos públicos não cumprem o dever legal e funcional de tomada de efetivas providências.

Esse é o ponto de ligação com a temática neste terceiro capítulo. Os presos têm, em matéria de execução penal, várias garantias, pois todos os princípios constitucionais processuais penais são aplicáveis à execução penal como a ampla defesa, o contraditório, o amplo grau de jurisdição, a igualdade, a publicidade, a dignidade, o devido processo legal e os seus consectários.

Essa mesma situação se aponta também na Argentina, que desde a Constituição de 1853 – até hoje vigente, com algumas emendas, a última em 1994 – já possuía texto legal bem avançado a respeito, com o estabelecimento de muitos direitos humanos e fundamentais.

No vizinho país, a Lei 24.660 (execución de la pena privativa de la libertad), promulgada em 08 de julho de 1996, prevê, em seu “artículo 3º”, que “la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial”. Não bastasse, “el juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley”.

Vale dizer, igualmente lá a execução penal é judicializada e deve observar todas as garantias jusfundamentais constitucionais, bem como as previstas em tratados internacionais ratificados pela Argentina.

Todavia, também no referido Estado há sensível divórcio entre as garantias previstas no sistema normativo e o quadro de violações que na prática se verifica.

Na pesquisa feita a partir de decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Suprema de Justicia de la Nación, da Argentina, tanto nos períodos das ditaduras militares como nos tempos de pós-ditaduras, são constatadas decisões que significaram expressivo avanço, em plena ditadura, e outras que correspondem à lamentável retrocesso, em pleno Estado Democrático de Direito.

Passa-se à análise de algumas dessas decisões.

3.3.1 Decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de execução penal e direitos humanos/fundamentais na ditadura militar (1964-1985)

Como já asseverado há pouco, no Brasil, somente a partir de 1984 é que a execução penal passou a ser judicializada. Até então, tratava-se de um procedimento administrativo, ainda que algumas decisões fossem tomadas pelo Juiz de Direito. Isto significa que não eram enfatizadas as garantias constitucionais aos presos.

Não obstante essa realidade, durante a ditadura militar de 1964-1985, em alguns acórdãos do Supremo Tribunal Federal são constatados claros avanços no tocante aos direitos dos presos, por vezes, sem previsão contida na lei, em decisões tomadas com base em simples atos normativos inferiores.

3.3.1.1 Recurso de Habeas Corpus nº 56.059-8 – São Paulo, de 02 de maio de 1978 – reconhecimento da ilegalidade de decisão que impôs regime carcerário com isolamento celular de 22 horas por dia, de segunda a sexta-feira, e de 24 horas por dia, nos finais de semana

A decisão foi prolatada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sendo relator o Ministro Xavier de Albuquerque. O acórdão tem a seguinte ementa: “Execução penal. Regime carcerário que envolve isolamento celular de 22 horas por dia, de segunda a sexta-feira, e de 24 horas, nos fins de semana. Ilegalidade remediável por habeas corpus. Recurso provido”.

Em seu voto, infirmo o acórdão do Tribunal de Justiça Bandeirante, o relator observou que o recorrente Ademar Augusto de Oliveira, conhecido como “Fininho”, ex-integrante do denominado “Esquadrão da Morte”, “está submetido, há já alguns anos, a regime de isolamento na cela durante vinte e duas horas por dia, de segunda a sexta-feira, e de vinte e quatro horas por dia, nos fins de semana, sem direito a regalias ou a trabalho”.

Chama a atenção parte do voto que enfrenta o confronto entre regras hierárquicas inferiores e os direitos fundamentais constitucionais, que devem ser preservados, com a exigência de atitude proativa das autoridades, na esfera da execução da pena:

Problemas como este, que a execução da pena imposta ao recorrente suscita, não se dissolvem com se esconderem as autoridades, judiciárias ou administrativas, responsáveis por sua solução, atrás do escudo das dificuldades que apresentam. Têm, ao invés, de ser enfrentados e resolvidos, ainda que à excepcionalidade que acaso os marque devam corresponder soluções igualmente excepcionais e inortodoxas. Atropelem-se, se necessário, regras menores, de leis ou regulamentos que porventura se não ajustem perfeitamente aos lineamentos do caso, contanto que se atenda ao imperativo constitucional do respeito, por todas as autoridades, à integridade física e moral do detento e do presidiário (STF, RHC. nº 56.059-8 – São Paulo, 1978).

A turma decidiu, à unanimidade, que o paciente deveria ter seus direitos preservados, com sua transferência para outro presídio, no qual aquele regime imposto para o cumprimento da privação de liberdade não prevalecesse. E, no caso de demora de mais de quinze dias para a remoção, deveria o recorrente ser transferido, excepcional e provisoriamente, ao Presídio da Polícia Civil, no qual aguardaria sua efetivação.

Como se verifica, em plena ditadura militar, o STF fez valer os direitos constitucionais do perigoso preso, que praticara vários crimes contra a vida, como integrante do “Esquadrão da Morte”, periculosidade que não foi tida como óbice para o respeito às

garantias jusfundamentais, notadamente à integridade física e moral, que inquestionavelmente integram a dignidade do ser humano.

3.3.1.2 Recurso de *Habeas Corpus* nº 56.189-6 – São Paulo, de 02 de maio de 1978 – cassação de julgamento em que fora negado o direito de aplicação de lei nova, mais benigna

A decisão foi prolatada pela Primeira Turma, sendo relator o Ministro Xavier de Albuquerque. Foi recorrente Santiago Pedro Wolcan, que se insurgiu contra decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. O STF cassou o julgamento do Tribunal de Segunda Instância, que negara ao réu o direito de aplicação de lei nova, mais benigna, até porque a demora no reconhecimento do direito (retroação da lei nova mais favorável – princípio da legalidade) levaria ao risco de, por ocasião da decisão, já estar totalmente cumprida pena mais extensa do que a resultaria imposta, com a redução legal. Ou seja, o STF, à unanimidade, observou, em plena ditadura, o sagrado direito do efetivo e concreto acesso à justiça.

O acórdão da Corte Suprema, em sua ementa, observa que se trata de pedido de condenado, em execução penal, para a “aplicação de lei nova, tida como mais benigna, a fatos julgados por sentenças condenatórias irrecorríveis”. Entendeu-se que “a demora, que se diz excessiva e abusiva, na solução de tal pedido, é remediável por habeas corpus. Recurso provido para que o Tribunal a quo conheça do pedido e o julgue como for de direito”.

O réu fora condenado sete vezes pela prática do crime de estelionato. Em meio à solução de seu pedido de unificação das penas, baseado no denominado “crime continuado”, sobreveio nova lei penal (nº 6.416/77), que deu tratamento mais benéfico à sua situação, ao não mais prever a reincidência específica como motivo para aumento da pena. Assim, ele desistiu de recurso apresentado naquele seu pleito de unificação e requereu a imediata aplicação da nova lei mais benéfica.

Todavia, em razão da não efetivação do cumprimento da nova lei, com prejuízo a ele no tocante a três das condenações, houve a impetração de *habeas corpus* junto ao Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, que o denegou, sob o entendimento de que o juízo das execuções é que dispunha dos dados para julgar o pedido de readequação da pena à nova lei mais benéfica, nos termos do que sustentara a Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer. Em outras palavras, comodamente e com violação a direito fundamental, o Tribunal Bandeirante “lavou as mãos”, pois, nos termos de sua decisão, se o juízo das execuções penais não concretizasse a devida redução na pena, o réu continuaria preso indefinida e

indevidamente, mesmo depois de cumprida a pena consoante as novas regras da lei superveniente, de nº 6.416/77.

Em seu voto, o Ministro relator reconheceu assistir razão ao recorrente, em face da demora no julgamento de seu pedido para o reconhecimento de seu direito à redução da pena, até porque, “se tal pedido for procedente e vier a ser acolhido, corre ele o risco de, já a esta altura, estar a cumprir pena maior do que aquela que, com as reduções e a unificação, lhe resultar imposta”. E aduziu, em seguida: “Entendo que a impetração, devidamente interpretada e reduzida a esse aspecto, não podia deixar de ser conhecida e julgada como fosse de direito”, provendo, pois, o recurso (STF, RHC. 56.189-6 – São Paulo, 1978).

Vale dizer, em plena ditadura militar o Supremo Tribunal Federal observou, o sagrado direito do efetivo e concreto acesso à justiça.

3.3.1.3 Habeas Corpus nº 54.917 – Minas Gerais, julgamento efetivado em 07 de dezembro de 1976 – reconhecimento da validade da prisão domiciliar. Habeas Corpus nº 51.477/RS, julgamento realizado em 18 de setembro de 1973 – prisão domiciliar em caso não previsto por lei – adoção da interpretação extensiva/ampliativa

Em decisão da Primeira Turma, relator o Ministro Rodrigues Alckmin, o STF. cassou decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que mantivera a condenação do réu e determinara o seu recolhimento à prisão comum, não obstante o cumprimento da pena detentiva na própria residência do acusado, como se verifica da ementa, na qual se lê: “Réu condenado e posto em prisão domiciliar. – Acórdão que, mantendo a condenação, determina seja o réu recolhido à prisão comum, embora já cumprida a pena de detenção na própria residência. Ilegalidade. Ordem de ‘habeas corpus’ deferida”.

Consoante se vê do relatório constante do acórdão, o paciente tinha 11 meses de detenção para cumprir, e a decisão prolatada em execução penal registrou que, “não tendo cadeia nem vaga em outras”, ficaria o réu em prisão domiciliar, enquanto “se consegue a celular”, mediante condições que especificou, dentre as quais, a de não ausentar-se da comarca, a de não frequentar prostíbulos e casas de jogo e de “somente vir à sede da comarca por necessidade comprovada”. Ele, acusado, apelou, recurso que não foi acolhido, sobrevindo a determinação do Tribunal de seu recolhimento à outra cadeia pública do Estado, por ser “incabível, no caso, a prisão domiciliar”.

Em seu voto, o relator observou que, de fato, a prisão domiciliar era incabível no caso. Todavia, mesmo “erroneamente concedida, pelo juiz, a prisão domiciliar do réu [...], é certo que, pendente apelação, cumprira ele a pena de onze meses de detenção na própria

residência”. Esse fato (a pena estar totalmente cumprida) inviabilizou a determinação do Tribunal, de recolhimento ao cárcere, o que “somente se legitimaria se ainda houvesse pena a cumprir”. Assim, a ordem de *habeas corpus* foi concedida (STF, Habeas Corpus nº 54.917 – MG, 1976).

Vale dizer, o STF reconheceu a validade da prisão domiciliar mesmo numa época de ditadura, em que a lei não garantia o referido direito, em clara prevalência do tratamento humanitário no tocante ao cumprimento da privação de liberdade, em postura contramajoritária, notadamente naquele período ditatorial.

Aliás, a respeito deste tema – cumprimento da pena em prisão domiciliar e prisão albergue –, o Supremo Tribunal Federal seguiu caminho que significou avanço, considerando-se o período da ditadura e a ausência de lei a respeito. E, apesar da omissão legislativa, em nome da dignidade da pessoa humana, a Corte afirmou em repetidas oportunidades a possibilidade do cumprimento da pena privativa de liberdade em prisão domiciliar ou em prisão albergue, considerando-se a superpopulação carcerária.

Ainda no STF, tem-se o julgamento do Recurso de *Habeas Corpus* nº 51.477 – RS, julgado em 18 de setembro de 1973. A paciente Jessy Farias Gonçalves foi processada em decorrência da prática do crime de homicídio contra seu esposo. O Tribunal do Júri, por duas vezes, a absolveu, sobrevivendo recursos de apelação do Ministério Público, que não concordou com essas decisões. O primeiro julgamento foi anulado por vício, e, depois da nova absolvição no segundo, a Justiça de Primeira Instância determinou que a ré aguardasse presa o julgamento do apelo apresentado pela acusação pública, conforme previa o Código de Processo Penal (art. 594), à época. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou ordem de *habeas corpus* impetrada em favor dela, para ser reconhecido o direito de aguardar o julgamento do recurso em liberdade.

O STF, no julgamento do Recurso de *Habeas Corpus* relatado pelo Ministro Aliomar Baleeiro, fez registrar que a paciente era primária, de bons antecedentes, com domicílio fixo, mãe de três filhos, e que praticou o fato de que foi acusada, pois “temia ser morta pelo marido que se pretendia vincular definitivamente à rival”. Depois do homicídio, ela tentou o suicídio, atirando em seu próprio ouvido, “o que levou a longa internação no hospital”.

E, acrescentou o relator, a lei 5.256/67 “instituiu a prisão domiciliar para substituir o recolhimento em estabelecimento adequado às pessoas que tenham direito à prisão especial”. Pelo critério legal, por não fazer jus à prisão especial, a ré deveria aguardar o julgamento da apelação recolhida ao cárcere, como havia entendido o Tribunal de Justiça. Porém, no STF, o relator assim externou o seu entendimento para justificar a interpretação extensiva/ampliativa

da lei atrás mencionada: “Não creio que o legislador visasse apenas o odioso privilégio de classe em favor dos grandes da república, ou doutores, etc”. Deste modo, concedeu à ré o direito de aguardar o julgamento do apelo em prisão domiciliar, depois de invocar o que chamou de “precedentes”: a) o *Habeas Corpus* nº 46.097/SP, em que um “prático de farmácia atirou num tio e logrou a prisão privilegiada”. Foi julgado e absolvido, sobrevivendo a “revogação da medida benigna, para que se recolhesse à cadeia” durante o trâmite do recurso de apelação. Porém, ao julgar o HC, o STF, por sua segunda turma, de forma unânime, “concedeu a ordem para restauração da prisão domiciliar, embora se tratasse dum prático de farmácia”; b) Recurso de *Habeas Corpus* nº 46.535-GB, “relatado pelo admirável Ministro AMARAL SANTOS, que não pecava por indulgência em matéria crime”. Tratava-se de prisão para que o réu pudesse apelar. No julgamento, após os debates, “a ordem foi concedida para que o fizesse solto, a despeito do rigor do art. 594 do Código de Processo Penal. E registrou, ainda, que o Ministro Victor Nunes anotou em seu voto: “Este é um problema que vivemos ocultando aqui, no Tribunal, este texto draconiano da lei penal”.

Vale dizer, nesse julgamento, reconhecendo que a ré não oferecia real perigo à coletividade, o Ministro Aliomar Baleeiro, em postura humanitária e de busca da justa solução, foi além da lei, para conceder à acusada benefício que só a alguns privilegiados era previsto, privilégio com o qual não concordou e chamou de “odioso”. E, ao decidir, lembrou outras decisões do mesmo STF, na mesma senda e com igual humanismo, relacionado à dignidade da pessoa.

Também nos tribunais estaduais havia alguma preocupação de se evitar o encarceramento aos réus sem maior periculosidade. Exemplo disso tem-se no julgamento efetivado pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em 25 de maio de 1971, no recurso de Apelação Criminal nº 32.115, apresentado pelo Ministério Público, sendo apelado Ângelo Antônio Pereira, consoante a publicação na Revista dos Tribunais, vol. 431, pp. 345-346. O mencionado Órgão manteve a decisão que determinara o cumprimento da pena privativa no regime de prisão albergue, e o fez sem que houvesse previsão legal, com base em provimentos do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo. Vê-se na ementa: “Prisão – Albergue – Concessão a condenado à pena de curta duração – Medida de grande alcance político-criminal – Decisão mantida – Inteligência dos provimentos ns. XVI, de 1965, XXV, de 1966, LVII e LVIII, de 1970, do Conselho Superior da Magistratura”. E o acórdão enfatizou a melhor possibilidade de recuperação do preso pelo trabalho, além do que a prisão albergue “evita os conhecidos efeitos negativos do contágio com delinquentes corrompidos” (TACRIM-SP, Apelação Criminal nº 32.115, 1971).

Constata-se em decisões como essas, prolatadas em pleno regime ditatorial, a valorização da questão humanitária relacionada ao local de cumprimento da privação de liberdade, com o olhar voltado à recuperação do condenado. Atualmente, não se verifica essa salutar postura nos órgãos do Poder Judiciário, inclusive no STF, não obstante a situação carcerária seja infinitamente pior do que a existente naquele período, o que levou a Corte Suprema ao reconhecimento, até mesmo, do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional pátrio, quando do julgamento da ADPF 347, em setembro de 2015. Todavia, de forma paradoxal, como adiante se verá, as posturas dos magistrados de todas as instâncias é a de determinar cada vez mais o encarceramento, ferindo de morte a constitucional garantia da presunção de inocência, para afirmar, na prática, a presunção da culpabilidade.

3.3.1.4 RHC 62.411/GO, julgamento em 23 de novembro de 1984 – reconhecimento do direito de transferência do preso para a comarca de residência de sua família

Trata-se de caso relatado pelo Ministro Aldir Passarinho, em que o sentenciado estava detido em Brasília, e solicitou transferência para Uberaba. Aquele juízo indeferiu o pedido, sob o fundamento de que entendia ser injusta a transferência, espécie de “prêmio”, com o “imediato retorno ao local onde sua família exerce influência”. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal também denegou o pedido, enquanto o juízo de Uberaba concordou com o pleito, como se verifica da ementa do acórdão:

EMENTA: “Habeas Corpus”. Transferência de réu, já condenado, para a Comarca de sua residência (art. 30, § 6º do Código Penal). Requerendo o preso, já condenado em primeira instância, sua transferência para a Comarca de sua residência, onde possui mulher e filhos, com base no art. 30, § 6º do Código Penal, e tendo o MM. Juiz Criminal daquela Comarca concordado com o pleiteado, é de ser concedida tal transferência, se os fundamentos para o indeferimento da pretensão, pelo Juiz das Execuções Criminais de Brasília, foram os de que seria um prêmio o retorno a Comarca onde sua família residia e onde poderia ter influência, havendo mesmo a possibilidade de o réu obter outras facilidades. O objetivo da lei, porém, terá sido exatamente proporcionar a volta do delinquente ao seu meio, onde terá maiores possibilidades de reintegração à sociedade, como elemento útil, e a simples suposição de que poderá ele obter benefícios outros, não previstos em leis, na sua situação carcerária, não pode evidentemente servir de base ao indeferimento. A lei também não impede a transferência se a sentença é condenatória, pois tal restrição não existe no seu texto (STF, RHC 62.411, 1984).

Verifica-se que, contra o entendimento de um magistrado de primeira instância, assim como do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, e, ainda, da Procuradoria Geral da República, em seu parecer, o STF concedeu a pretendida transferência, entendendo mais

salutar que o sentenciado cumpra a pena em local próximo de sua família, até pelo apoio que nela encontra, o que concorre para a sua recuperação. Em seu voto, o Ministro relator observou, já naquela época, que “o moderno direito penal não visa apenas a apenação do delinquente na proporção da falta cometida, mas, precipuamente, a recuperação do réu”. Aduziu, ainda, que a recuperação do sentenciado “não beneficia somente o réu, mas igualmente a coletividade, pois, ao invés de receber em seu meio um indivíduo ainda voltado para o crime após o cumprimento da pena, poderá vir a acolher uma pessoa recuperada, reintegrando-a ao seu meio social, como indivíduo útil”.

No caso em análise, chama a atenção, de um lado, a insensibilidade humana do Juiz de Direito do Distrito Federal, assim como do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e da Procuradoria Geral da República, ao se posicionarem pelo indeferimento do pedido. De outro, a interpretação humanitária e sociológica feita pelo STF, para conceder a transferência requerida, posicionamento bem mais razoável, até pelo malefício que, em si, é a pena privativa de liberdade e o cárcere.

Esse julgado bem mostra a questão ideológica nos julgamentos. Um magistrado (do DF) viu no direito de cumprir a privação de liberdade próximo da família um “prêmio” – como se qualquer prisão pudesse ser um prêmio a algum ser humano –; já o STF entendeu que essa possibilidade, de cumprimento da privação de liberdade próximo da família, é uma medida que concorre para a recuperação do detento, numa visão muito mais interessante não só a ele, sentenciado, mas também à sociedade.

À época ainda se via a pena como meio para ressocializar o sentenciado. Hoje, mesmo teoricamente, já não há essa ilusão, e até por isto, o preso não vem sendo tratado como ser humano que é. Em verdade, ele está sendo “desumanizado” e “despessoalizado” pelo poder público, com os aplausos da sociedade. Ocorre que esse detido um dia retornará ao convívio social, e isto se dará com todas as decorrências da “desumanização” e “despessoalização” por que passou no cárcere, o que concorre para a reincidência e o crescente índice de criminalidade e violência.

3.3.1.5 RHC 60.952/MG, julgamento em 10 de junho de 1983 – espancamento de preso por policial militar – julgamento perante a justiça comum

Trata-se de caso em que um policial militar foi acusado pela prática do crime de abuso de autoridade, em razão de espancamento de um preso. Ele foi processado, julgado e condenado pela justiça comum, e impetrou *Habeas Corpus* perante o Tribunal de Alçada Criminal de Minas Gerais, sustentando, inclusive, que competente para o julgamento seria a

justiça castrense, pleito não acolhido naquele Órgão. Assim, sobreveio o Recurso de *Habeas Corpus* ao STF, julgado pela Primeira Turma.

O relator, Ministro Alfredo Buzaid, em seu voto, observou no tocante ao pedido de incompetência da justiça comum, que, só o fato de ser policial, no caso, não deslocaria a competência para a justiça militar, mesmo porque o abuso de autoridade, decorrente do espancamento do preso, foi praticado pelo paciente, policial militar, no exercício função administrativa civil. Nesses termos, a ementa:

Direito Penal. Espancamento de preso por policial militar. Processo e julgamento do delito de abuso de autoridade pela justiça comum, ainda que praticado por policial militar no exercício da função administrativa civil. 2. Processo penal. Se o quantum da pena comporta, em princípio, o favor legal da suspensão condicional, deve o juiz pronunciar-se sobre a sua concessão, observados os pressupostos legais. 3. Provimento em parte do recurso de habeas corpus (STF, RHC 60.952, 1983).

Como se verifica, ainda numa época de ditadura militar, o Supremo Tribunal Federal não reconheceu a competência da justiça castrense para o julgamento do crime imputado ao policial militar, cometido no exercício de seu cargo, mas em função tida como administrativa civil.

De fato, a pretensão de julgamento pela justiça militar levaria à impunidade do delito, uma vez que o abuso de autoridade é previsto apenas na lei penal comum. Daí o firme posicionamento do STF, que já tinha sido adotado por seu plenário, em anterior ocasião, quando do julgamento do Conflito de Jurisdição 6.351-MG, relator o Ministro Rafael Mayer, em 14 de abril de 1982. À época, firmou-se o entendimento que foi transcrito na decisão aqui analisada:

Crime de abuso de autoridade. Policial militar no exercício de policiamento civil. Competência. Lei 4.898/65, art, 4º, a e b. O processo e julgamento de delito de abuso de autoridade, previsto apenas na lei penal comum, compete a Justiça comum, ainda que praticado por policial militar no exercício da função administrativa civil. Conflito de jurisdição conhecido para declarar competente a Justiça Comum (RTJ 102/20).

Nota-se a salutar solução dada pelo Supremo Tribunal Federal nessa situação, não obstante o regime militar então vigente. A justiça castrense, à época, até em função das pressões existentes, em razão do regime vigorante, era conhecida pelos julgamentos parciais e favoráveis aos militares.

O entendimento adotado pelo STF evitou que casos como esse, aqui analisado, de espancamento de presos, terminassem na impunidade. A propósito, convém lembrar que, só

em 1996, por meio da Lei 9.299, sobreveio a alteração para afirmar a competência da justiça comum nos julgamentos de militares que praticassem crimes dolosos contra a vida de civis.

É de se registrar, ainda, que a Justiça castrense foi efetivamente instalada no Brasil em 1º de abril de 1808, na cidade do Rio de Janeiro, por ocasião da criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça, por meio de alvará, com força de lei, subscrito pelo Príncipe Regente. Essa Justiça especial continuou a existir depois de proclamada a República, e pela Constituição de 1934, passou a integrar o Poder Judiciário. Na Constituição de 1988, a Justiça Castrense continua a integrar o mencionado poder, como se extrai do artigo 92, e sua competência é disposta nos artigos 122, 123 e 124.

Atualmente, a Justiça militar é questionada por muitos, que até mesmo propõem a sua extinção sob o argumento de ela ser um resquício da ditadura militar, além de arcaica, de modo que não mais se justifica, hoje, sua preservação. E critica-se o seu orçamento muito elevado, com gastos que se equivalem a outras justiças, mas com produção bem inferior.

Mas, ainda se tem a Justiça castrense como órgão do Poder Judiciário, e não há qualquer disposição política manifestada quanto a sua extinção.

3.3.1.6 RHC 59.692/RJ, julgamento em 26 de março de 1982 – reconhecimento *ex officio* de excesso de prazo na execução

O caso bem mostra como, por vezes, o preso parece ser tratado apenas como um simples número, e não como pessoa.

Acusado de prática de um furto, o réu foi preso em flagrante delito em 27 de abril de 1980, e ficou mantido nessa condição. Acabou condenado em Primeira Instância à pena de 8 meses de reclusão, além de medida de segurança detentiva, por um ano, por furto tentado. Ele apelou ao Tribunal de Justiça, para a substituição da medida de internação.

A pena privativa foi cumprida integralmente em 26 de dezembro de 1980. Em seguida, apresentou *Habeas Corpus* ao Tribunal, pois continuava recolhido ao cárcere, embora, àquela altura, estivesse cumprindo a medida de internação.

Em vez de conceder a liberdade imediatamente, deferindo o pleito, ou mesmo de ofício, ante a inquestionável constatação do integral cumprimento da pena, comodamente, o Tribunal de Justiça afirmou que ele (Tribunal) era a autoridade coatora, em face do recurso de apelação, de modo que o *Habeas Corpus* deveria ser julgado pelo STF: “HABEAS CORPUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. COMPETÊNCIA. Se o alegado constrangimento existe, é de atribuir-se a este Colegiado, onde se encontram os autos do recurso interposto pelo paciente, aguardando solução”, de modo que foi afirmada sua incompetência “para conhecer e

julgar o pedido, razão porque dele não se conhece, declinando-se para o Egrégio Supremo Tribunal Federal”. Convém anotar que, quando julgada a apelação, o Tribunal manteve o réu recolhido no cárcere, não obstante já cumprida, há muito, a pena privativa de liberdade.

Conforme o entendimento jurisprudencial existente à época, o Tribunal deveria ter conhecido do *Habeas Corpus*, já que, de uma ou outra forma, era em Primeira Instância que o constrangimento se concretizava. Ademais, ainda que assim não entendesse, poderia ter concedido a ordem *ex officio*, como acabou por fazer o STF.

A Procuradoria Geral de Justiça sustentou que o Tribunal de Justiça era o competente para julgar a medida e, em seu parecer, propôs que os autos fossem remetidos de volta àquele Órgão de Segunda Instância.

Vale dizer, enquanto se discutia se a competência era do Tribunal de Justiça ou do STF, o réu continuava indevida e injustamente detido no cárcere!!! Apenas um número, assim parece que ele foi tratado, e não como ser humano.

Sob a relatoria do Ministro Décio Miranda, apesar da afirmação da competência do Tribunal de Justiça, foi concedida ao réu, *ex officio*, a ordem de *Habeas Corpus*, para ser ele imediatamente colocado em liberdade.

Em seu voto, o Ministro relator reconheceu que “o paciente viu esgotados na própria prisão os dois prazos”, a saber, os 8 meses de pena privativa de liberdade e mais um ano de internação, repita-se, pela prática de um furto tentado. Anotou, ainda, que, no Tribunal, pouco antes do vencimento do tempo de internação (um ano), em 25 de novembro de 1981 o apelo ainda aguardava sorteio de relator, mesmo preso o apelante. A medida internativa venceria cerca de um mês depois.

Bem por isso, o relator consignou em seu voto:

É de ver, assim, que o paciente sofre indisfarçável constrangimento ilegal, permanecendo na prisão, e não em casa de tratamento, por todo o prazo desta medida e, ainda depois desse prazo, persistindo a prisão que deveria ter cessado mais de um ano antes. Ante o exposto, concedo de ofício a ordem impetrada, para que o paciente seja imediatamente posto em liberdade, se por al não estiver preso (STF, RHC 56.692 – 1982).

Como se verifica, em vez de, comodamente, continuar na discussão a respeito do órgão competente para julgar o pedido de liberdade do réu, postura vista no Tribunal de Justiça e no parecer da Procuradoria Geral da República, o Supremo Tribunal Federal, com o olhar voltado aos direitos do acusado, fez cessar imediatamente o constrangimento que ele sofria, decorrente da indevida prisão, já que toda a sanção penal estava cumprida, inclusive a segunda delas, a saber, a medida de segurança, em condições totalmente inadequadas.

Vale dizer, até então ele estava sendo tratado como simples número, o que, atualmente, é muito comum nas Varas das Execuções Penais, nas quais é reiterada a prática de julgamento dos incidentes da execução do cidadão preso sem que, na decisão, seu nome seja inserido. Ao contrário, quase sempre ele, despersonalizado, é identificado pelo número de seu processo de execução penal (execução nº tal), o que faz lembrar “o dilema brasileiro”, parte de um texto escrito pelo Prof. Luís Antônio Francisco de Souza, em obra que também organizou:

O dilema brasileiro pode ser referido às fronteiras entre a casa e a rua. Na casa, somos pessoas, somos mais do que um número de identificação. Na casa, podemos reclassificar o mundo na medida em que o universo social é feito de pessoas legitimamente desiguais. Na rua, somos indivíduos, e temos que nos submeter ao sistema legal, à polícia e a instituições sobre as quais não tenho controle como cidadão.

Na rua, não somos reconhecidos, perdemos nossa identidade pessoal como amigo, parente, compadre etc. Somos apenas um número, um usuário, um contribuinte ou um passageiro (2009, p. 16 - grifos nossos).

Enquanto cidadão que cumpre pena, o preso também é um número, e em relação a ele não há muita preocupação com o respeito aos direitos humanos/fundamentais. No caso em análise, o STF não se esqueceu de que, por trás das frias folhas dos autos e do processo há um ser humano, e não apenas um número.

Como se verifica, mesmo durante a ditadura, o Supremo Tribunal Federal adotou posicionamentos de defesa das garantias fundamentais dos presos.

Em contrapartida, no período da pós-ditadura, têm-se decisões claramente ofensivas aos direitos humanos, como se verá no item a seguir, o que intriga o pesquisador a respeito do movimento ideológico do Supremo Tribunal Federal no Brasil.

3.3.2 Decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de execução penal e direitos humanos/fundamentais na pós-ditadura militar

Não se pode perder de vista que, consoante dispõe o artigo 1º da Lei 7.210/84, no Brasil “a Execução Penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. O artigo 3º reza que “ao condenado e ao internado devem ser assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

Como se observa, conforme essas disposições da LEP, a execução penal, no Brasil, tem a finalidade de punir o condenado pela infração penal cometida (retribuição), e reintegrá-lo socialmente, o que alguns denominam de ressocialização ou humanização do preso.

De fato, no denominado Estado Democrático de Direito, como o que se tem no Brasil e na Argentina, a pena tem destacada função de ressocializar o detento, para reintroduzi-lo no convívio social, depois do cumprimento de sua pena, com o fim de que ele viva como cidadão de bem. A esse respeito, Claus Roxin assevera:

Servindo a pena exclusivamente a fins racionais e devendo possibilitar a vida humana em comum e sem perigos, a execução da pena apenas se justifica se prosseguir esta meta na medida do possível, isto é, tendo como conteúdo a reintegração do delinquente na comunidade. Assim, apenas se tem em conta uma execução ressocializadora. O facto da idéia de educação social através da execução da pena ser de imediato tão convincente, deve-se a que nela coincidem prévia e amplamente os direitos e deveres da colectividade e do particular, enquanto na cominação e aplicação da pena eles apenas se podem harmonizar através de um complicado sistema de recíprocas limitações” (ROXIN, 1986, p. 40).

Assim, hodiernamente, a pena não tem o objetivo único de retribuir, reprimindo o praticante do delito, mas, e em especial, reintegrar o sentenciado na sociedade.

Todavia, é de se reconhecer que, em muitas situações, o preso não é sequer integrado à sociedade, de maneira que não se pode falar em reintegração ou ressocialização sem a preocupação voltada à inicial integração e socialização, com a capacitação do preso para tanto, o que se exige um sistema prisional que não deixe de considerar o detido como ser humano. Daí a estranheza em falar-se na “humanização” do preso, o que tem relação com o denominado direito penal do autor, e não o do fato. Em outras palavras, por mais que seja reprovável o ato delitivo, o condenado não perde sua qualidade e *status* de ser humano, o que, na prática, nem sempre é observado.

E não se pode olvidar da retribuição pelo mal causado à coletividade, função que, todavia, deve ser efetivada de modo racional e proporcional, como se extrai dos artigos 1º e 3º da LEP. Em outras palavras, a execução da reprimenda não deve ultrapassar os limites impostos previamente na lei e na decisão, o que impede o sistema prisional de práticas ilegais e não autorizadas judicialmente.

O sistema prisional sempre foi pródigo na violação da dignidade humana, com inúmeras ofensas aos direitos fundamentais dos presos. Lê-se na obra “História das Prisões no Brasil” que, como afirmava Olavo Bilac, as primeiras prisões, que eram consideradas “modernas”, já nasceram “tortas e quebradas”. Vale dizer, o sistema prisional sempre foi problema dos mais sérios na história do Brasil, como também da Argentina e em outros inúmeros Estados.

Esse quadro impõe que o Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, atue com maior acuidade nas questões que envolvem os direitos dos que cumprem pena privativa de liberdade. Todavia, já na pós ditadura, em vários casos, essa postura não se observou na Corte Suprema pátria.

Aqui, serão rapidamente analisadas algumas dessas decisões.

3.3.2.1 RHC 63.098/RJ – negativa de individualização da pena aplicada e sua decorrente redução

O julgamento ocorreu em 10 de setembro de 1985 e teve como relator o Ministro Cordeiro Guerra (STF, RHC 63.098, 1985).

Trata-se de caso envolvendo Raul Fernando do Amaral Street – “Doca Street”. Julgado pela segunda vez em razão da morte de Ângela Diniz, praticada em 30 de dezembro de 1976, ele foi condenado à pena de 15 anos de reclusão, por homicídio qualificado, com o reconhecimento da agravante genérica da pena relativa ao prevaecimento das relações de coabitação. Essa agravante, que gerou aumento de pena, foi reconhecida pela votação mínima (quatro votos contra três), e houve o reconhecimento, pelo Ministério Público Federal e pelo Judiciário, do impedimento de uma jurada, o que geraria o afastamento da referida majorante e levaria à pena ao mínimo, observados os parâmetros adotados na sentença condenatória, inclusive por ser o sentenciado primário e de bons antecedentes.

A Procuradoria Geral da República ofertou parecer com a proposta de conhecimento do pedido como *Habeas Corpus* originário, com o “deferimento da ordem a fim de reduzir-se a pena ao mínimo legal”. Referido parecer favorável considerou, inclusive, o artigo 59 do Código Penal – nova parte geral (Lei 7.209/84), mais favorável ao recorrente em relação às circunstâncias que devem ser observadas na fixação da reprimenda, de modo que, excluída a agravante, a pena deveria ser reduzida ao mínimo legal de 12 anos.

O STF, sob o fundamento de que no *Habeas Corpus* não há exame de fatos e prova, indeferiu o pedido.

Ocorre que, no caso, nenhum fato novo ou prova haveria de ser examinada, senão a efetivação, na pena aplicada, do reconhecimento anteriormente feito pela Justiça de que uma jurada, de fato, estava impedida, o que levaria ao afastamento da agravante já mencionada, reconhecida pela votação mínima de quatro votos contra três.

Em outras palavras, entende-se que, no caso, o Supremo Tribunal Federal negou direito fundamental do acusado, a saber, a efetiva individualização da pena, que tem status de garantia constitucional desde a Carta de 1946, e em seu artigo 149, § 29, previa que “a lei

penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu”. Essa previsão foi reproduzida na Constituição de 1967 (art. 150, § 13) e mantida na Emenda de 1969.

A individualização da pena não pode deixar de ser efetivada, por força de sua natureza constitucional (CARVALHO, 2013). No entanto, o STF negou-se a proceder a individualização, direito fundamental do acusado, que não dependia de outra prova ou análise fática, o que já ocorrera quando da prolação da decisão condenatória.

O caso é relevante, considerando-se a importância do direito fundamental que acabou por ser ofendido. De fato, a individualização da pena é vista com amplitude e se faz presente desde o nascimento da lei penal incriminadora até a execução penal. Assim, compreende: a) a proporcionalidade que deve existir entre o delito cometido e a pena abstratamente cominada na lei; b) a fixação da pena pelo julgador, no momento da condenação, que deve ocorrer dentro dos limites da prática delituosa e dos ditames legais; c) a individualização da pena na execução, com a observância dos limites impostos na sentença condenatória, da lei, da dignidade humana, e do comportamento do sentenciado no cárcere ou fora dele, no tocante às penas não privativas de liberdade.

Mas, não obstante essa amplitude da garantia, o STF decidiu por não proceder a individualização, apesar do parecer favorável da Procuradoria Geral da República, o que levaria à redução da pena ao mínimo legal de 12 (doze) anos de reclusão, com inquestionáveis consequências na execução.

Aliás, a respeito da individualização da pena por meio de *Habeas Corpus*, convém anotar que o mesmo Supremo Tribunal Federal, em 23 de fevereiro de 2006, quando do julgamento do HC 82.959-7/SP, entendeu que, para os denominados crimes hediondos, a determinação do regime integral fechado é inconstitucional, exatamente por violar a garantia da individualização da pena. Esse julgamento, em que foi preservada a garantia em comento, contrasta com o caso atrás analisado, em que o STF entendeu que o referido direito não era concretizável pena via do *Habeas Corpus*.

3.3.2.2 Habeas Corpus nº 61.701-8/SP – afirmação de que a concessão da prisão albergue é de ampla discricionariedade do juízo das execuções

Trata-se de caso em que o sentenciado fora beneficiado, em Primeira Instância, com decisão judicial que lhe concedera o benefício da prisão albergue (regime aberto). O Ministério Público recorreu dessa decisão e o Tribunal de Alçada Criminal a cassou, sobrevindo o *Habeas Corpus* à Corte Suprema, para ser restabelecido o benefício.

O acórdão menciona que o sentenciado fora removido para o Instituto Penal Agrícola de São José do Rio Preto (regime semiaberto), e lá, “inexplicavelmente”, o diretor e demais assessores do IPA concluíram “não apresentar ele periculosidade”. Em 21 de julho do mesmo ano de 1984, sobreveio novo requerimento do benefício, que acabou deferido pelo Magistrado, com fundamento em novo laudo pericial, “mais recente, mais detalhado, pesquisando melhor as funções psíquicas que o anterior”.

O Supremo Tribunal Federal, acolhendo o parecer desfavorável da Procuradoria Geral da República, denegou a ordem e manteve a decisão do Tribunal Bandeirante (STF, HC 61.6701-8, 1984).

Nesse caso, dois pontos chamam a atenção.

Primeiro, ao contrário do entendimento nele esposado, o STF, no período, já concedera o benefício da prisão albergue domiciliar (mais amplo do que o pleiteado pelo sentenciado no caso em análise), consoante se verifica do RHC 51.477/RS – mesmo entendimento adotado no HC 54.917/MG, como se vê das análises já feitas anteriormente, neste trabalho. Em outras palavras, em posição contrária àquelas, e em prejuízo ao direito do sentenciado, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a concessão da prisão albergue é de “ampla discricionariedade do juízo das execuções”, de maneira que “não se presta a solução por via de *habeas corpus*”. Ora, as duas outras medidas (RHC 51.477 e HC 54.917) foram concedidas em datas bem anteriores (setembro de 1973 e dezembro de 1976, respectivamente), num período de mais rigidez normativa por força da ditadura, o que infirma a posição agora posta, de que o benefício da prisão albergue (que possibilita ao sentenciado sair do péssimo e degradante ambiente do cárcere) é de “ampla discricionariedade” do juízo das execuções. Entende-se que essa posição corresponde à verdadeira negativa do acesso à justiça.

Um segundo aspecto da decisão que tem relevo liga-se à presunção em desfavor do sentenciado. O STF entendeu que, depois de ingressar no Instituto Penal Agrícola de São José do Rio Preto, “inexplicavelmente”, o diretor e demais assessores do IPA concluíram “não apresentar ele periculosidade”. Ora, por que “inexplicavelmente”? O técnicos (diretor e assessores) do IPA não poderiam concluir pela ausência de periculosidade? Eram obrigados a afirmar essa condição pessoal?

Ademais, o laudo pericial que sobreveio, “mais recente, mais detalhado, pesquisando melhor as funções psíquicas que o anterior”, foi considerado pelo magistrado de Primeira Instância, mas não acolhido pelo Supremo Tribunal Federal.

Parece que, neste caso em comento, o STF fez uso de verdadeiro *álibi argumentativo* para concretizar a decisão fruto da anterior e íntima convicção de denegação do pedido, embora o Juiz da Execução, mais próximo do caso, o tivesse deferido.

Essa postura da Corte Suprema confirma o que, muito tempo depois, disse o Ministro Marco Aurélio, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 583.050, em 20 de fevereiro de 2013:

Decidimos, implementando ato de vontade, tanto que, como Juiz, aprendi desde cedo que, defrontando-me com conflito de interesse, devo eleger, para o caso concreto, a solução mais justa para, somente após, indo à dogmática, buscar o indispensável apoio – mas sempre buscando esse indispensável apoio –, não podemos abandonar os parâmetros normativos, não podemos criar, para o processo subjetivo, regência que não existe. [...] (STF, RE 583.050, 2013 – grifamos).

Ao contrário do caminho seguido nos julgamentos dos outros dois casos antes analisados (RHC 51.477 e HC 54.917), desta feita o Supremo Tribunal Federal julgou de forma a prejudicar direito dos sentenciado, de não permanecer recolhido ao cárcere quando do preenchimento de requisitos para ser colocado no regime de prisão albergue.

Vale dizer, se à época da ditadura, mesmo sem previsão legal, o STF e os Tribunais Estaduais, reiteradamente, concederam os benefícios de prisão albergue e prisão domiciliar (ambas correspondentes ao regime aberto), no caso em análise, mesmo prestes a entrar em vigor a nova Lei de Execuções Penais que traz expressa previsão a respeito do direito à progressão durante a execução da pena (artigo 112 da Lei 7.210/84), a Suprema Corte brasileira deixou de reconhecer o direito do sentenciado.

3.3.2.3 Habeas Corpus nº 126.292 / São Paulo, e Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44 – execução antecipada da pena privativa de liberdade X presunção de inocência

No dia 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no *Habeas Corpus* nº 126.292/SP, pela possibilidade de execução antecipada da pena sem que se faça mister o julgamento de eventual recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça ou no próprio STF.

Conforme os termos do disposto no artigo 283 do ordenamento processual penal brasileiro, tem-se que a prisão somente é admitida em havendo flagrante delito ou mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em face de sentença penal condenatória transitada em julgado ou em decorrência de prisão temporária ou preventiva

decretada no curso de investigação ou processo. Como é de conhecimento de todos, a prisão antes do trânsito em julgado é medida excepcional.

É de se destacar que a redação do referido dispositivo decorre do constitucional e fundamental direito à presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII, da Carta Maior, que visa a assegurar ao acusado a prerrogativa da não culpabilidade – ou da inocência –, isto é, de não ser considerado e tratado como culpado pela prática do suposto ato delituoso até o trânsito em julgado da condenação, além de se impor à acusação o ônus da prova do crime e de sua autoria. Trata-se, pois, de um direito fundamental processual de âmbito negativo.

Desde logo, não se pode deixar de apontar a incoerência dessa decisão com outra, da mesma Corte Suprema, proferida em 09 de setembro de 2015, quando do julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, na qual se reconheceu o “Estado de Coisas Inconstitucional” das prisões brasileiras, em razão das constantes e generalizadas violações de Direitos Fundamentais dos presos. Ora, esse quadro tão reprovável verificado no sistema carcerário pátrio demonstra não ser razoável a antecipação da execução da pena privativa de liberdade, o que levará ao aumento da população nos presídios e, em decorrência, maiores e mais profundas violações reiteradas aos Direitos Fundamentais das pessoas detidas, o que, sustenta-se aqui, obsta a almejada efetivação da Justiça.

Feita essa primeira colocação, para dar os contornos do problema, passa-se a análise dos temas versados nas ações em comento.

Como já anotado alhures (item 3.2.3), a constitucional garantia da presunção de inocência é consagrada em distintos documentos internacionais e contrapõe-se ao absolutismo e opressão do poder estatal, na medida em que, no sistema pátrio, assegura ao acusado a condição de inocente até o trânsito em julgado da condenação. A doutrina entende ser ela garantia basilar do Estado Democrático de Direito, que impõe a necessidade de comprovação, por parte do Estado, da culpabilidade do acusado – presumidamente inocente (MORAES, 2007).

A presunção de inocência vem assegurada, há muito tempo, em várias declarações e inúmeros documentos internacionais, inclusive com a adesão do Brasil, e resultou na escolha formal e material do constituinte de 1988, que proclamou serem todos inocentes e considerados “não culpados” até o trânsito em julgado da decisão condenatória (MORAES, 2010, pp. 173-257).

Assim, para alguém ser reconhecido como praticante de um delito, impõe-se o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Por isto, quando do julgamento do HC 96.095/SP, no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello obtemperou que a garantia constitucional em análise consagra, dentre outras consequências relevantes, “**uma regra de tratamento que impede** o Poder Público de agir **e** de se comportar, **em relação** ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado **ou** ao réu, **como se estes** já houvessem sido condenados, **definitivamente**, por sentença do Poder Judiciário. **Precedentes**” (grifos e negritos no original).

Vale dizer, há uma dimensão subjetiva da garantia, de acordo com a qual a garantia jusfundamental impede o abuso do Estado, consistente na antecipada execução da pena imposta.

A dimensão objetiva, consoante lembrado por Maurício Zanoide de Moraes (2010, p. 240), “é a base da ordem jurídica coletiva a estabelecer uma cooperação e reciprocidade com o aspecto subjetivo da norma”, ou, em outras palavras, essa escolha jusfundamental impõe “que o Estado crie previamente todo um arcabouço apto a propiciar o pleno exercício do direito elevado à categoria de fundamental”, de modo que o Poder Público tem de agir não apenas no momento em que o direito está sendo exercido por seu titular, mas também antes, para “propiciar as condições necessárias a uma efetivação mais abrangente possível” (ibidem, p. 241), o que impõe a consideração da presunção de inocência “desde a elaboração legislativa”, com os mecanismos de controle de inconstitucionalidades, “até a aplicação e interpretação normativa feitas por órgãos do Executivo **e, principalmente, do Judiciário**” (grifos nossos, ibidem, p. 250).

Vale dizer, não é razoável que o Poder Judiciário, por seu órgão de maior hierarquia, proclame ser constitucional a antecipação da execução da pena privativa de liberdade. Neste sentido, o entendimento antes adotado em julgamento do Supremo Tribunal Federal, no HC 80.719-4/SP, Relator o Ministro Celso de Mello, e HC 88.174-4/SP, Relator o Ministro Eros Grau, que em seu voto explana ser a prisão, antes de transitada em julgado a condenação e sem fundamento cautelar, forma de execução antecipada da pena, violadora do artigo 5º, LVII, CF.

O Código de Processo Penal de 1941, por sua vez, previa, em seu artigo 393 – I e II, revogado pela Lei nº 12.403/2011, serem efeitos decorrentes da sentença condenatória recorrível a prisão ou conservação do acusado na prisão, nos delitos inafiançáveis ou afiançáveis nos quais a fiança ainda não tivesse sido prestada, bem como a inclusão do nome do acusado no rol de culpados. Ademais, o artigo 594 dispunha: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”

(ACQUAVIVA, 1998, pp. 577 e 578). Esses dispositivos normativos foram considerados inconstitucionais pela jurisprudência, inclusive do STF, e acabaram revogados.

Deste modo, vislumbra-se o retrocesso em que incorreu a Suprema Corte no julgamento do HC nº 126.292/SP, restando violado o Estado Democrático de Direito e o processo penal garantista, além de ensejar situação de total arbítrio estatal.

Posto isto, sustenta-se que corrente jurisprudencial e doutrinária filiada a um entendimento que admita a execução antecipada da pena fere tanto a presunção de inocência quanto a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), isto porque o ordenamento constitucional pátrio assegura a todo acusado o direito a um processo no qual lhe seja garantido o devido cumprimento de todas as etapas processuais e com todas as garantias constitucionais.

A presunção de inocência integra a dignidade da pessoa humana, “epicentro axiológico da ordem constitucional” que irradia “efeitos sobre todo o ordenamento jurídico”, e, assim, “pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na ideia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado”, conforme Daniel Sarmiento (2002, pp. 59-60).

E, em razão da ampla defesa, o acusado detém o direito de utilizar de todos os meios disponíveis para alcançar a proteção de seu direito, seja pela produção de provas ou mediante a interposição dos recursos cabíveis. Vale dizer, a ampla defesa engloba todas as fases processuais.

Cumpra aqui destacar, como já apontado em outro trabalho (ESTEVÃO e XAVIER, 2016, pp. 30-38), importante acentuação feita pelo Ministro Celso de Mello, em seu voto vencido no julgamento do HC 126.292, no tocante ao fato de a presunção de inocência não ser mitigada à proporção que se elevam os graus de jurisdição, isto é, deve subsistir para o acusado a presunção de inocência até que se dê o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sem que seja reduzida tal garantia – e seus efeitos – ainda que confirmada a condenação em Segunda Instância. Equivocada, pois, a conclusão a que chegou o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto vencedor, no qual, depois de reconhecer que a presunção de inocência só deixa de existir com o trânsito em julgado da decisão condenatória, afirmou: “Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado.”

Esse “tratamento algo diferenciado” configura, em verdade, total esvaziamento do direito fundamental em análise, pois atinge o seu núcleo essencial, além de constituir-se

interpretação extensiva que contraria a garantia jusfundamental, o que não é admissível (TUCCI, 2011, p. 326). A interpretação, nessa seara, deve ser efetivada sempre em favor da liberdade; nunca contra essa garantia. Ora, se o legislador atuou com clareza tal que torna desnecessária a interpretação, sem inserir qualquer ressalva ou outra condição além daquela já várias vezes lembradas neste trabalho – “trânsito em julgado da sentença condenatória” –, não é dado a ninguém restringir o direito fundamental, impondo ressalvas ou requisitos outros.

Apesar de o Ministro Relator Teori Zavascki argumentar que se deva dar início ao cumprimento provisório da pena em detrimento da ausência de efeitos suspensivos dos recursos especiais e extraordinários (Lei nº 8.038/90, art. 27, § 2º), tal não foi óbice suficiente para a prolação de entendimento diverso dado em anteriores decisões, inclusive naquela proferida pelo plenário da Corte Suprema, no julgamento do HC 84.078/MG, relatado pelo Min. Eros Grau, em que se firmou o precedente de que é inconstitucional a denominada “execução provisória da pena”. Essa anterior decisão do plenário do STF está em consonância com a máxima lembrada pelo Ministro Marco Aurélio, em seu voto vencido, de que “onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional”, máxima também invocada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto vencido. S. Exa. ainda apontou a taxatividade do texto constitucional, que não admite qualquer outra interpretação, no particular.

No tocante a este aspecto, Rogério Lauria Tucci, desde o lançamento de sua monografia “Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro”, afirma, a respeito da presunção de inocência, “que o texto de lei, especialmente o constitucional, quando claro, inadmite interpretação restritiva, extensiva ou diversificativa: *in claris cessat interpretativo*”. Somente quando duvidoso é que o texto deve ser interpretado “em favor da liberdade (*favor libertatis*)”. E, invocando Themístocles Brandão Cavalcante, reforça que “a garantia dos direitos individuais deve ser interpretada de maneira a ampliar, em benefício da liberdade, os preceitos de entendimento duvidoso”, de modo que “não se pode ter qualquer dúvida acerca de que, inspirado no ideal de liberdade, o legislador constituinte consagrou a regra ora analisada com uma única intenção, qual seja, a de favorecer o imputado” (1993, pp. 410-412). Em posteriores edições da obra, o autor manteve esse seu entendimento (2004, pp. 382-386; 2011, pp. 323-326). Bem por isto, qualquer forma de prisão obrigatória, assim como a antecipada execução da pena, viola o referido direito.

Ademais, não se pode olvidar da necessidade de proteção do denominado conteúdo (ou núcleo) essencial do direito fundamental em análise, sem o qual ele perde a sua eficácia e, pois, deixa de ser reconhecido como direito fundamental.

É verdade que o texto constitucional brasileiro não estabeleceu de forma expressa a referência ao núcleo ou conteúdo essencial relacionado aos mais diversos direitos fundamentais. Todavia, consoante a melhor doutrina, é certo que essa garantia decorre do próprio modelo de proteção utilizado pelo legislador constituinte. Esse princípio da proteção do conteúdo essencial refere-se ao núcleo intangível do direito fundamental previsto na norma constitucional, e tem por objetivo evitar o esvaziamento do seu conteúdo, por qualquer restrição não autorizada, sem medida ou desproporcional. Neste sentido, a lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2010, pp. 402-404).

Ora, a interpretação dada por maioria pelo pleno do Supremo Tribunal Federal fulmina o direito fundamental à presunção de inocência, pois o texto constitucional é imperativo e expresso na previsão de que só deixa de existir a mencionada presunção depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Neste passo, permitir a execução antecipada da pena, após a decisão de Segunda Instância, significa fulminar, em si, o próprio direito fundamental, que restará completamente esvaziado em seu conteúdo.

Ademais, conforme dados estatísticos colacionados no voto vencido do Ministro Celso de Mello, vislumbra-se a necessidade de se aguardar até que seja proferida sentença penal condenatória irrecorrível, para a execução da sanção imposta, tendo em vista que, no período de 10 (dez) anos – de 2006 até a data do julgamento –, 25,2% dos recursos extraordinários interpostos obtiveram integral provimento, enquanto 3,3% destes foram parcialmente providos. “Somando-se os parcialmente providos com os integralmente providos, **teremos o significativo porcentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço** das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores (...)”.

E, como bem lembrou o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto vencedor, não se pode esquecer que “as instâncias extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas.”

Pois bem. Imagine-se a hipótese de 28,5% dos condenados em Segunda Instância que tenham ingressado com recurso extraordinário serem submetidos à antecipada execução da pena e esta vem a ser ulteriormente reformada em grau de recurso. Como o Estado caucionaria tal execução provisória para efeitos de resguardar eventual provimento do recurso?

Em sede de execução provisória na área cível, o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15, artigo 520, IV) é claro em resguardar o executado de eventuais graves danos advindos da antecipação dessa execução, de modo que condiciona a referida execução

provisória à caução, suficiente e idônea, apta a assegurar o executado em eventual reversão da decisão pendente de recurso.

Mas, no âmbito do processo penal, como proteger o apenado que cumpriu sentença recorrível de forma antecipada, se ela for posteriormente revertida? Como devolver-lhe a liberdade restringida? O erro judiciário passível de indenização (artigo 5º, LXXV, CF) constitui garantia suficiente para dar ensejo à execução provisória? A propósito, nas diferentes instâncias do judiciário, raras são as situações em que o direito à indenização é reconhecido. E, o fato de o réu ter cumprido antecipadamente a pena – ou parte dela –, certamente levará os Tribunais Superiores a resistirem a qualquer mudança no *decisum* prolatado em Segunda Instância, inclusive para se evitar futuros litígios a respeito de possível indenização.

Aliás, isto não passou despercebido dos Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, sendo que o segundo asseverou:

Ora, em se tratando de dinheiro de propriedade, o legislador pátrio se cercou de todos os cuidados para evitar qualquer prejuízo, a restituição integral do bem, no caso de reversão de uma sentença posterior, por parte dos Tribunais Superiores. [...] Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo.

Sua Exa. invoca o já mencionado artigo 520 do novo Código de Processo Civil:

Antes mesmo que o Ministro Marco Aurélio fizesse alusão à disparidade de tratamento que o nosso sistema jurídico dá no que diz respeito à execução provisória, à propriedade e à liberdade, eu fazia aqui uma consulta – e eu externo meu pensamento com muita reverência, e até com um certo temor, diante do grande especialista no Código de Processo Civil, que é o Ministro Fux, um dos principais elaboradores do novo Código do Processo Civil –, mas eu verifiquei aqui, e confirmando aquilo que o Ministro Marco Aurélio acaba de afirmar, que o art. 520 do novo CPC estabelece que:

“Art. 520.

(...)

IV. o levantamento de depósito em dinheiro” - vil metal - “e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos”.

E vem aquilo ao qual o Ministro Marco Aurélio aludiu, diz o art. 520, II:

“Art. 520.

(...)

II. fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução” - claro, a transferência do bem, a propriedade - “restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos”.

O primeiro (Ministro Marco Aurélio) obtemperou, antes:

Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título. Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.

Diante do exposto, infere-se a inviabilidade e a inconstitucionalidade da execução provisória da decisão condenatória ainda recorrível.

Ademais, os artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) impõem a observância do trânsito em julgado da sentença condenatória para que se dê início à execução, até mesmo da pena restritiva de direitos.

O Ministro Relator, Teori Zavascki, sustenta que a aplicação do princípio da presunção de inocência como instrumento que nega executividade da condenação que não tenha esgotado o julgamento de todos os recursos cabíveis – ordinários e extraordinários – tem ensejado a indevida interposição de recursos e a consecutiva prescrição da pretensão punitiva ou executória. Contudo, deve-se destacar que tal alegação carece de fundamentação jurídica válida, tendo em vista que os recursos são previstos em lei e, para serem interpostos, existe a necessidade de demonstração de sua repercussão geral, em sede de recurso extraordinário, existindo, ainda, o efeito repetitivo, quanto ao recurso especial, com a possibilidade de decisão monocrática até mesmo do relator do recurso em Segunda Instância, em várias situações (artigo 932, IV, do NCPC), o que, certamente, acabará por ser aplicável também no âmbito do processo penal em razão da adoção da analogia.

Portanto, o elevado número de recursos existentes no modelo processual penal brasileiro não pode ser imputado ao acusado, e sim ao legislador ou aos próprios órgãos do Poder Judiciário.

Não bastasse, em sendo evidente a interposição de recursos com fins meramente protelatórios, poderá o órgão julgador aplicar, em interpretação analógica (artigo 3º do Código de Processo Penal), as sanções previstas no novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15, artigos 79 a 80 – VII) ao litigante de má-fé. Aliás, a aplicação analógica dessa sanção já é reconhecida pelo judiciário. Para conferir: TRF-4, Oitava Turma - RSE 30933-PR - 2007.70.00.030933-0, j. em 25/06/2008, publ. D.E. 16/07/2008.

E o reconhecido advento da prescrição é decorrência da morosidade do próprio Poder Judiciário, inclusive do STF, em manifesto desrespeito à constitucional garantia da duração razoável do processo, contemplada no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

Também não procede o argumento do d. Ministro Relator, baseado no direito comparado. De fato, em seu voto S. Exa. faz referência a vários Estados Democráticos que adotam a execução da pena depois de respeitado o duplo grau de jurisdição. Invoca, no particular, “o estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman”, e menciona, a título de reforço à sua argumentação, a Inglaterra, os Estados Unidos, o Canadá, a Alemanha, a França, Portugal, Espanha, e a Argentina como Estados nos quais é possível a execução da pena depois da confirmação, em segundo grau, da decisão condenatória. Ocorre que, como lembrado pelo Ministro Celso de Mello, em seu voto vencido, em nenhum desses mencionados países a garantia da presunção de inocência vai “até o trânsito em julgado”, como direito fundamental. Assim, neles, é perfeitamente possível a execução antecipada da pena privativa de liberdade depois da efetivação do duplo grau. Mas, entre nós, não é o duplo grau que aponta o preciso momento em que se pode executar a pena privativa de liberdade – ou outra qualquer aplicada na sentença condenatória –, e sim o efetivo trânsito em julgado.

Deste modo, sustenta-se nesta pesquisa o acerto do posicionamento do Ministro Celso de Mello, que defende ser necessária a observância do precedente firmado no julgamento efetivado pelo plenário, no HC nº 84.078/MG (Relator o Ministro Eros Grau), no sentido de ser a execução provisória da pena instrumento incompatível com a garantia constitucional da presunção de inocência e, como registrado no voto vencido daquele Ministro, “a majestade da Constituição *jamais poderá subordinar-se* à potestade do Estado.”

Ferrajoli (2010, p. 505) afirma que o princípio constitucional em comento consiste também em um princípio fundamental de civilidade, “o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”. A presunção de inocência constitui proposta de segurança para o corpo social, dado que o arbítrio estatal, configurado na condenação de inocentes, evidencia forma de violência estatal ilegítima.

Além disso, faz-se mister destacar que a presunção de inocência constitui cláusula pétrea de nosso ordenamento jurídico. A Constituição brasileira estabelece, em seu artigo 60, § 4º, IV, que não serão aprovadas as propostas de emendas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais, sendo uma delas exatamente a presunção de inocência, que, pois, encontra-se abrangida por essas cláusulas pétreas. Desse modo, sabido que o Poder

Reformador da Constituição não detém autorização para eliminar direitos e garantias individuais, seria contraditório aceitar que o Supremo Tribunal Federal o fizesse.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 garante dignidade a todos, indistintamente, inclusive aos acusados em processo penal, soltos ou presos. E, como lembra o Prof. Dalmo de Abreu Dallari (2004, p. 46), não basta “afirmar que todos são iguais perante a lei; é indispensável que sejam assegurados a todos, na prática, um mínimo de dignidade e igualdade de oportunidades”. Na mesma senda: Robert Alexy (1993, pp. 381 e segts).

Assim, a presunção de inocência deve ser assegurada a todos, inclusive aos acusados que tenham suas condenações mantidas ou decretadas em Segunda Instância, quando cabíveis outros recursos ordinários ou extraordinários. Este posicionamento é o mais razoável, em especial quando se considera o entendimento do mesmo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 347, em que o plenário reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Em seu voto na mencionada ADPF, o Relator, Ministro Marco Aurélio, anotou violações sistemáticas de direitos fundamentais dos presos, e lembrou que o então Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, comparou as prisões brasileiras às “masmorras medievais”, analogia que, segundo disse, não poderia ser melhor. Declarou que, além de ofensas a diversos princípios constitucionais, a situação carcerária brasileira viola, igualmente, normas reconhecedoras dos direitos dos presos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura, além da própria Lei de Execução Penal, violações que têm reflexos na sociedade.

Ainda, em outra decisão do mesmo Supremo Tribunal Federal, também prolatada no ano passado, em sede de recurso extraordinário, o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski (2015, p. 19), já reconhecia a precariedade dos estabelecimentos prisionais brasileiros:

São recorrentes os relatos de sevícias, torturas físicas e psíquicas, abusos sexuais, ofensas morais, execuções sumárias, revoltas, conflitos entre facções criminosas, superlotação de presídios, ausência de serviços básicos de saúde, falta de assistência social e psicológica, condições de higiene e alimentação sub-humanas nos presídios.

No tocante à superlotação dos presídios, deve-se ainda destacar os dados do InfoPen anexos ao relatório elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN em 2014 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA, 2016), de acordo com os quais o déficit de vagas nos estabelecimentos prisionais masculinos praticamente duplicou nos últimos anos. Com relevância para o tema aqui desenvolvido, convém observar que o mesmo relatório

indica ainda que o déficit no regime provisório é o mais significativo tendo em vista que as unidades contam com 115.656 vagas destinadas à prisão provisória, para um total de 222.190 pessoas detidas sem condenação irrecorrível.

Ainda no tocante ao voto do Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, no recurso extraordinário 592.581, verifica-se a transcrição de excerto do relatório de inspeções realizadas em estabelecimentos penais e socioeducativos no Estado do Espírito Santo, em maio de 2009, com destaque ao seguinte trecho:

[...] No Departamento de Polícia Judiciária de Vila Velha há apenas uma grande cela, na qual se amontoavam 256 presos (a capacidade é para apenas 36) e apenas um sanitário. Não há qualquer separação de presos doentes ou presos idosos – todos dividem o mesmo espaço (STF, RE. 592.581 – 2016).

No Estado de São Paulo, relatório sobre inspeções realizadas em 28 de fevereiro e 1º de março de 2011, e 16 e 17 de maio do mesmo ano, nos estabelecimentos penais do Estado, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, denota a mesma realidade: “A primeira constatação é a da superlotação. Com algumas poucas exceções, quase todas as unidades inspecionadas estão superlotadas, com população carcerária, em alguns casos, em dobro ou até mais da capacidade permitida”.

Em relatório elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, cuja divulgação ocorreu em 2013, antes da efetiva publicação (CNMP, 2016), sob o título “A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro”, a superlotação é novamente denunciada:

Os 1.598 estabelecimentos inspecionados possuem capacidade para 302.422 pessoas, mas abrigavam, em março de 2013, um total de 448.969 presos. O déficit é de 146.547 ou 48%. A superlotação é registrada em todas as regiões do país e em todos os tipos de estabelecimento (penitenciárias, cadeias públicas, casas do albergado, etc). O déficit de vagas é maior para os homens. O sistema tem capacidade para 278.793 pessoas do sexo masculino, mas abrigava 420.940 homens presos em março de 2013. Para as mulheres, são 23.629 vagas para 28.029 internas.

Esses fatos bem confirmam o acerto da decisão que logrou reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro – ADPF 347 –, o que acentua a falta de razoabilidade na decisão do Supremo Tribunal Federal, que entendeu ser admissível a antecipada execução da pena privativa de liberdade. Vale dizer, num sistema em que se verifica um sem número de violações aos direitos fundamentais dos detidos, a decisão

criticada resultará em rápido aumento da população carcerária, o que, certamente, não será suportado, em razão do número de vagas que já é bem inferior ao de presos.

E, como bem anotou o Ministro Relator da ADPF atrás lembrado, a professora Ana Paula de Barcellos (2010) obtempera que “o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência”. Em outras palavras, as constantes violações aos direitos humanos e fundamentais dos presos constitui-se em sério obstáculo à segurança, à harmonia social e, pois, à Justiça, que não pode ser confundida com a mais rápida execução da pena, que deve ocorrer conforme o devido processo legal e seus consectários, em especial os princípios jusfundamentais, inclusive o da presunção de inocência.

Ou seja, no tocante ao sistema prisional pátrio há uma adesão do Poder Público ao arquétipo do Estado de Exceção, já objeto de abordagem anterior, neste trabalho (item 1.3), parte da figura de um *pater*, vale dizer, do próprio soberano, que dita o Direito e consequentemente aplica uma forma jurídica com os contornos de forma de racionalização do próprio Direito e a utiliza como mecanismo fundamental no controle e domesticação dos corpos.

Assim, para o filósofo Giorgio Agamben (2004-a), o Estado de Exceção tem fundamento no Direito Público romano e surge como sendo uma maneira de combater a uma indispensabilidade e de minimizar uma necessidade, vale dizer, aparentemente amparado na lei constitui-se numa maneira de lidar com uma peculiaridade social, no caso, a resposta à questão da violência e segurança com a execução da pena privativa de liberdade em condições totalmente violadoras de direitos humanos e fundamentais, com o que a coletividade não manifesta qualquer preocupação. Como essa maneira também é peculiar, sua constituição, então, se dá com apoio no direito posto, hermeneuticamente distorcido pelo Poder Público para fundamentar pretensa racionalidade jurídica que, viabilizada pelas ciências humanas, seria a propedêutica de inserção do Estado de Exceção, ou seja, da rejeição social de tudo aquilo que não esteja em conformidade com a referida racionalidade jurídica, e “pode-se, portanto, fixar o lugar das ciências do homem nas vizinhanças, nas fronteiras imediatas e em toda a extensão dessas ciências em que se trata da vida, do trabalho e da linguagem” (FOUCAULT, 1999, p. 486). Logo, a racionalidade é constituída conforme os elementos que caracterizam o meio de inserção do indivíduo, sua interação com a sociedade e os mecanismos de aplicabilidade das normas que definem o seu comportamento.

Diante disso, pode-se afirmar existente a ligação entre a racionalidade jurídica – que, quando metódica e aplicável, se faz para propagação do Direito posto literalmente, sem

ideologias e axiomas culturais como influência a essa propagação – e a violência, aplicável a tudo e todos que saiam da delimitação comportamental instituída pela forma jurídica. Desta forma, tudo que é correto segundo a racionalidade permanece útil e tudo que se apresenta como um risco a aplicabilidade desta no campo fático é submetido à rejeição e passa a constituir o Estado de Exceção, a fim de que seja tornado dócil.

Neste sentido, o Estado de Exceção transcende a descendência do Direito Público romano, passando a ser obscuramente absolutista e pauta-se nesse modelo, fazendo-o mediante a transformação do exercício do Direito enquanto valor normativo para um valor propriamente normalizador.

Assim, quando se analisa a situação carcerária no Brasil, nota-se que o Estado de Exceção não é apenas uma ideologia de poder, mas sim um paradigma de exercê-lo, concebido pelo normativismo e pela forma jurídica, tornado politicamente dominante entre as formas de exercício do poder político, uma vez que é concebido de maneira conjunta ao próprio Direito e deste sendo inseparável na conjuntura política moderna. Logo, se apresenta como paradigma referencial político, arquetipo de exercício do poder na atualidade, representação exterior da Soberania (AGAMBEN, 2004-a, p.132).

Vale dizer, o funcionalismo interno do Estado de Exceção gira em torno de uma paradigmática institucional, onde são compreendidas instituições de livre exercício do poder do soberano sobre a vida *bios*. Com o objetivo voltado à domesticação dos apenados, o Estado de Exceção é estritamente ligado ao capitalismo, pois, sob a justificativa de que prepara o relegado para o mercado de trabalho, efetiva a imposição de violência na busca da disciplina e subjacência do apenado, o que é útil ao sistema opressor burguês, que se livra de alguém não produtivo e que é visto como ameaça à propriedade e à segurança.

Assim, nessa manifestação de violência efetivada para se restaurar e se manter a ordem entende-se justificável, quanto ao apenado, o extremo descaso para com os seus direitos sociais, que são recursos mínimos básicos garantidos em lei, ignorados e até mesmo utilizados como fundamento para a exceção – violação de direitos –, violência que tem por fim, inutilmente, coibir e oprimir os detentos, utilizando-se de formas excessivas de castigos degradantes como punição a um ato que configure infração penal ou um delito social que fuja dos padrões do sistema, sendo este o ponto cerne desse tal encarceramento traumático.

Vê-se, pois, que essa forma de efetivação do Estado de Exceção tem apoio nas instituições e normas em vigência, mas nelas não está contido, e bem por isso – flagrante violação às garantias constitucionais –, o STF afirmou o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Diante desse quadro reconhecido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal na referida ADPF, não se tem como razoável a decisão que tornou regra a antecipação da execução de pena privativa de liberdade (HC nº 126.292/SP), que, certamente, levará ao aumento do já elevadíssimo número de presos - *atualmente o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, como registrado pelo Ministro Marco Aurélio no voto prolatado na ADPF 347* - e à mais intensa violação de direitos humanos e fundamentais dos presos.

Outro aspecto que chama a atenção, nesse julgamento (HC 126.292), é a relativização que se empregou à garantia constitucional. Neste passo, tem-se que a expressão “ninguém será considerado culpado” configura uma presunção, até porque é integrante de um relevante direito fundamental.

Há de se ressaltar que a boa interpretação leva ao entendimento de que a palavra “ninguém” gera uma presunção. Exemplo disso, tem-se o artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), de acordo com o qual “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Essa presunção é entendida como absoluta no tocante ao que pratica conjunção carnal com pessoa menor de 14 anos (art. 217-A, “caput”, do Código Penal). O Superior Tribunal de Justiça entende que basta a conjunção carnal ou a prática de qualquer ato libidinoso com pessoa na referida situação (menor de 14 anos) para a configuração do gravíssimo delito de estupro contra vulnerável em razão da idade, que não se desnatura pelo consentimento da ofendida, sua anterior experiência sexual, o prévio relacionamento amoroso entre o agente e a vítima (Recurso Especial nº 1.480.881-PI, 2015), nem mesmo na hipótese em que venham a contrair casamento ou a estabelecer uma união estável, normalmente a partir de uma gestação (v. g., STF, Recurso Extraordinário nº. 418.376/MS, rel. Min. Marco Aurélio, 31.3.2005 – Informativo nº. 415). Em suma, ao “ninguém”, do artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, os Tribunais Superiores empregam um caráter absoluto, em regra.

Todavia, ao “ninguém” do artigo 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”), o Supremo Tribunal Federal deu outra interpretação, para esvaziar o sentido da palavra e, pois, da própria garantia, relativizando-a, de modo a excluir a presunção absoluta de inocência e transmudá-la para a presunção de culpabilidade de todos os condenados com confirmação pelos Tribunais de Justiça estaduais ou Tribunais Regionais Federais.

Cumprindo, ainda, algumas considerações a respeito do voto vencedor do Ministro Luís Roberto Barroso, tanto no julgamento do *Habeas Corpus* – HC nº 126.292, quanto das Ações

Declaratórias de Constitucionalidades – ADCs n.ºs. 43 e 44. Sua Excelência sustentou que “a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes”.

Ocorre que esse entendimento não se coaduna com o pensamento que o referido ministro desenvolve em sua obra doutrinária. Em seu Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, ele tem o mesmo entendimento que toda a doutrina pátria e estrangeira tem. Por todos eles, veja-se Robert Alexy (1993, pp. 86-88), aliás, citado por Barroso.

Ensina-se que as regras possuem conteúdo duro, inflexível, rígido, e impõem o definitivo dever de observância, independentemente das consequências fáticas. É o “tudo ou nada”. Regras são mandamentos definitivos.

Já os princípios são flexíveis e têm maior grau de generalidade. Robert Alexy sustenta que princípios são mandamentos de otimização, vale dizer, “normas que ordenam que algo seja feito na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto”

Assim, pode-se estabelecer diferenças entre as duas espécies de normas, a saber, as regras são válidas ou inválidas, aplicáveis ou não e têm, pois, elevado grau de determinação, de forma que devem ser observadas independentemente das consequências fáticas. De outro lado, os princípios têm maior grau de generalidade e são aplicados considerando-se as possibilidades jurídicas e fáticas, em cada caso, concretamente.

Pois bem, na obra atrás mencionada, o Ministro Luís Roberto Barroso lembra que “é nota de singularidade dos princípios a indeterminação de sentido a partir de certo ponto, assim como a existência de diferentes meios para sua realização”, ao passo que com as regras tem-se outros contornos “são elas normas descritivas de comportamentos, havendo menor grau de ingerência do intérprete na atribuição de sentidos aos seus termos e na identificação de suas hipóteses de aplicação” (BARROSO, 2009, p. 206).

Em seguida, trabalha as várias distinções doutrinárias entre regras e princípios, e, na terceira delas, relativas ao modo de aplicação, a mais relevante, sustenta que “regras se aplicam na modalidade *tudo ou nada*: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto. [...] Se não for aplicada à sua hipótese de incidência, a norma estará sendo violada”, de maneira que, em relação a elas (regras), “não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante *subsunção*: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva”. Assim, como “*mandados ou comandos definitivos*”, uma regra “somente deixará de ser

aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida. Como consequência, os direitos nela fundados também serão definitivos. [...]” (BARROSO, 2009, p. 207).

Por sua vez, “os princípios indicam uma direção, um valor, um fim. [...] Ao contrário das regras, portanto, princípios não são aplicados na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a *dimensão de peso* que assumem na situação específica.” Assim, quando de colisão, surge a necessidade da ponderação dos princípios à luz dos “fatos relevantes, e não a uma subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso se diz que princípios são *mandados de otimização*: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese.” (BARROSO, 2009, p. 208).

Pois bem, à luz desses ensinamentos do Ministro Barroso, em sua obra doutrinária, é de se analisar o comando previsto no artigo 5º, inciso LVII, de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” sob a ótica da espécie de norma que configura. Para se saber se a garantia constitucional constitui regra ou princípio, indaga-se: o dispositivo tem comando fechado ou aberto? Rígido ou flexível? Duro ou maleável? Responde-se: o comando da garantia é fechado, rígido e duro, de maneira que se configura em verdadeira regra, e não princípio (aberto, flexível e maleável). Deste modo, quando o legislador constituinte de 1988 escreveu “ninguém será considerado culpado” o fez na forma de regra, até mesmo em razão das terríveis ocorrências vivenciadas durante a ditadura militar brasileira no período imediatamente anterior aos trabalhos constituintes.

Tratando-se de regra, e não de princípio – ao contrário do entendimento esposado pelo ministro em seu voto, e conforme o seu entendimento exposto no livro já mencionado –, evidentemente, não há que se falar em ponderação, pois nenhuma outra regra constitucional contraria a prevista no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

E, como ensina o mesmo ministro, quanto à regra “não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante *subsunção*”. De fato, quando a Constituição Federal diz que “ninguém será considerado culpado” está-se diante de uma regra, que tem os contornos de presunção absoluta.

Fruto dessa regra tem-se a previsão já mencionada, da Lei de Execução Penal, de que só depois do trânsito em julgado da decisão condenatória que aplicar pena privativa de liberdade (art. 105) e pena restritiva de direitos (art. 147), ou da decisão que aplicar medida de segurança (art. 171) é que terá início a execução penal. Assim, decorrência principal da garantia da presunção de inocência, que é regra e não princípio, é o impedimento da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a não ser nas exceções estabelecidas

pela própria lei constitucional ou infraconstitucional (prisão em flagrante e prisão preventiva decorrente de ordem da autoridade judiciária).

Entendimento contrário, como o esposado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, leva ao completo esvaziamento do sentido da palavra “ninguém” e, pois, da própria garantia, que acaba por ser relativizada, como atrás colocado, de modo a excluir a presunção absoluta de inocência e transmudá-la para a presunção de culpabilidade de todos os condenados com confirmação pelos Tribunais de Justiça estaduais ou Tribunais Regionais Federais.

Por tudo o que aqui foi exposto, é necessário repensar a decisão do Supremo Tribunal Federal, com a indispensável reflexão a respeito da relevância da garantia jusfundamental da presunção de inocência, que deve ser sempre observada e efetivada.

Sustenta-se aqui a inconstitucionalidade do novo posicionamento adotado pela Suprema Corte, e tem-se séria violação à garantia constitucional típica do Estado Democrático de Direito, como a concernente à presunção de inocência.

Outrossim, é manifesta a incoerência entre a referida decisão, prolatada no julgamento do HC nº 126.292/SP, com a que pouco tempo antes foi proferida no julgamento da ADPF 347, oportunidade em que o plenário da Corte Suprema reconheceu as constantes e seríssimas violações à direitos humanos e fundamentais dos presos no sistema prisional brasileiro, afirmando o Estado de Coisas Inconstitucional desse sistema, uma vez que a última levará ao aumento da população carcerária e, pois, à maior e mais intensa violação de direitos.

Há, igualmente, incongruência entre a referida decisão, que tornou regra a execução antecipada da pena, com outra decisão também prolatada pelo STF, em posterior data. A referência é ao Recurso Extraordinário número 580.252 / Mato Grosso do Sul (plenário, 16 de fevereiro de 2017, relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes), em que, com repercussão geral, a Corte decidiu, à unanimidade, que o preso faz jus à reparação por dano moral, em razão da superlotação e demais violações jusfundamentais. Prevaleceu o entendimento que fixou a indenização pecuniária, no valor de R\$ 2.000,00 (STF, RE. 580.252, 2017).

Vê-se as posturas contraditórias entre as decisões prolatadas no HC 126.292 e as outras, ora lembradas. Em resumo, decidiu-se que a privação de liberdade terá a execução antecipada para o momento em que a condenação for confirmada em segunda instância – com violação da presunção da inocência –, o que redundará no aumento de presos, mas, no mesmo Supremo Tribunal Federal, reconheceu-se o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional (ADPF 347) e, mais recentemente, determinou-se em votação unânime, que o poder

público deve reparar o dano moral aos presos, em razão da superlotação carcerária e outras violações aos direitos humanos/fundamentais (RE 580.252).

Destarte, sustenta-se neste trabalho que a decisão em análise (HC nº 126.292/SP), reiterada nos julgamentos das ADCs 43 e 44, além de ofensiva à regra da presunção de inocência – tradicionalmente denominada de princípio –, não primou pela razoabilidade, considerando-se a anterior decisão prolatada, pouco tempo antes, na ADPF 347, bem como a posterior, prolatada no RE 580.252, e constitui-se em verdadeiro e sério obstáculo à efetivação da Justiça, quando se tem que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário pátrio e determinou o pagamento de indenização aos presos em face de ofensas aos seus direitos no sistema carcerário. E, ao contrário do que se vê nos votos vencedores, não se tratou de julgamento “conforme” a Constituição, mas sim em decisão dela disforme.

De fato, a Suprema Corte pátria, ao estabelecer como regra a execução antecipada da pena privativa de liberdade depois da decisão de Segunda Instância, em verdade procedeu à verdadeira emenda constitucional, sem deter poder para tanto. Em nosso modelo, emendar a Constituição não é função do Supremo Tribunal Federal.

Essa decisão, de antecipação da execução da pena – com manifesta violação da garantia da presunção de inocência –, abre enorme porta para decisões mais rígidas de decreto de prisões provisórias ou fixação de anterior momento para a antecipada execução penal. Exemplo disso tem-se, recentemente (julgamento em 07 de março de 2017), na Primeira Turma do STF, Relator para o acórdão o Ministro Luís Roberto Barroso, entendimento prolatado no HC. 118.770. O réu/paciente fora condenado pelo Tribunal do Júri de Ibiúna/SP, e apelou. Estava preso preventivamente havia mais de 9 anos e 5 meses, e apresentou o HC para aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação pelo Tribunal de Justiça. No julgamento do mérito, a turma não conheceu a ordem de *habeas corpus*, seguindo o voto do Ministro Barroso, que assentou “ser legítima a execução antecipada da condenação” quando de condenação pelo Júri Popular, com a seguinte tese: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.” (STF, HC 118.770, 2017). É dizer, conforme esse entendimento, na decisão prolatada em Primeira Instância, em julgamento pelo Júri Popular, a execução antecipada da pena de prisão não ofende a presunção de inocência, mesmo antes do julgamento recurso de apelação ao Tribunal de Justiça (ou Tribunal Regional Federal) – com possibilidade de reconhecimento, quanto ao mérito, de a decisão dos jurados ter sido manifestamente contrária às provas dos autos, o que leva à determinação de realização

de novo júri. A tese, como se vê, tem os contornos de estabelecimento de nova regra, igualmente violadora da garantia da presunção de inocência.

Como dito, enormes portas para violações de direitos e garantias fundamentais estão se abrindo cada vez mais.

Ao final destes itens (3.3.1 e 3.3.2) convém registrar que, em suma, os acórdãos analisados bem demonstram as tendências do Supremo Tribunal Federal no período da ditadura e da pós-ditadura. Depois do estudo de mais de uma centena de decisões, com comentários daquelas julgadas mais relevantes, constata-se postura mais garantista da Suprema Corte em vários dos julgamentos realizados durante a ditadura, talvez porque, sob normas tão duras e ofensivas, como os atos institucionais, a Corte colocou-se como a última trincheira na luta por tais direitos.

3.3.3 Decisões da Corte Suprema de Justicia de la Nación, da Argentina, em matéria de execução penal e direitos humanos/fundamentais na ditadura militar

A movimentação histórica verificada no Supremo Tribunal Federal, no Brasil, também se deu na Corte Suprema de Justiça da Nação, na Argentina, mas com menos firmeza. Nos poucos julgamentos realizados no período da ditadura militar de 1976-1983, algumas decisões significaram interessantes avanços no tocante aos direitos dos presos, não obstante as pressões sofridas dos comandantes militares. Outras, porém, foram prolatadas na contramão dos direitos e garantias dos presos, inclusive com ofensa à dispositivos normativos da Constituição.

Antes do período ditatorial – análises feitas com o objetivo de busca de parâmetros para a apreciação de julgamentos no período da ditadura –, no Recurso Extraordinário apresentado por Angel Mattei, julgado em 25 de novembro de 1968 (CSJN, FALLO 272, p. 188, 1968), assentado ficou que o direito de a sociedade se defender contra o delito deve conjugar-se com os direitos do indivíduo processado, de modo que não se sacrifique nenhum deles em favor do outro. Vale dizer, em época tão distante, a Corte já se ocupou de proclamar a necessária harmonização de princípios de direitos fundamentais, o que, somente posteriormente, foi tema mais trabalhado e desenvolvido pela doutrina em várias partes do mundo.

Ainda na mesma decisão, proclamou-se que a garantia da defesa em juízo impõe a observância das formas processuais, prova e sentença, além do que o réu tem direito à decisão em tempo mais breve possível. Por fim, nesse julgamento, a Corte entendeu que deve ser

equiparado à sentença definitiva, para os fins de recurso extraordinário, todo pronunciamento que, por sua índole e consequências, podem frustrar o direito fundamental invocado.

No mesmo sentido, tem-se a decisão de 18 de agosto de 1971, no julgamento do Recurso Extraordinário apresentado por Issac Todres (CSJN, FALLO 280, p. 297, 1971), no qual também se afirmou a impossibilidade de a liberdade ser negada por “capricho” do juiz. Afirmou-se a necessidade de conciliar-se o direito de o indivíduo não sofrer perseguição injusta com o interesse geral de não facilitar a impunidade do delinquente, em claro exercício de harmonização entre o direito a liberdade, do réu, e o direito da sociedade, de ver processado o imputado de prática de ação delitativa. No julgamento houve a preocupação de evitar que criminosos primários, de menor periculosidade, entrem em contato com outros contumazes criminosos, dentro do cárcere, de forma que, em situações assim, deve-se buscar a verificação dos requisitos para a concessão do benefício da suspensão condicional da pena, em humanitário entendimento claramente voltado à ressocialização do condenado.

Outro interessante julgamento foi realizado em 07 de março de 1969, no Recurso Extraordinário apresentado em favor do réu Demétrio E. Gulco (CSJN, FALLO 273, p. 152, 1969), no qual se afirmou ser inadmissível a aplicação de resolução posterior à sentença definitiva, que cause prejuízo ao réu e prejuízo à execução, o que, sem dúvida, implica no reconhecimento do direito decorrente da denominada “coisa julgada”. Trata-se, esse instituto da coisa julgada, de decisão contra a qual não cabe mais recurso. No caso em comento, verifica-se interessante postura da Corte Suprema no sentido de garantir os contornos da condenação, sem permitir posterior alteração, por resolução, prejudicial ao acusado e à execução da pena.

Já no período da ditadura militar, na Argentina, chama a atenção o entendimento esposado pela Corte Suprema no julgamento realizado em 11 de dezembro de 1979, do Recurso Extraordinário de Júlio Carlos Gonzáles (CSJN, FALLO 301, p. 1181, 1979). Nele, sustentou-se que é direito de todo imputado obter um pronunciamento de modo mais rápido possível, que coloque fim à incerteza e restrições de liberdade derivadas do processo penal, direito que não excluiu, mas se concilia, com o direito da sociedade de adotar medidas de precaução para garantir, em casos graves, que não se frustrasse a execução de uma eventual condenação por fuga do acusado. Vale dizer, já em 1979 a Corte proclamou a necessidade de se observar a garantia da duração razoável do processo, o que no Brasil somente foi reconhecido como garantia fundamental quando da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que inseriu no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 o inciso LXXVIII, estabelecendo que todos, no âmbito judicial e administrativo, têm assegurados o

direito à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Em contrapartida, no caso dos réus Francisco Herrada Estrada Vicente e Horácio Alejo Maza, julgado em 24 de fevereiro de 1981, (CSJN, FALLO 303, p. 256, 1981), o Estado apresentou Recurso Extraordinário contra decisão que tinha determinado o traslado de presos não perigosos para presídios de outra província, em lugares distantes do domicílio de seus familiares, o que dificultaria as visitas. A Corte proclamou que não é atendível o reclamo do recorrente, pois não se configurou qualquer ofensa intolerável às garantias federais referentes ao cumprimento da pena, contidas no artigo 18 da Constituição Nacional. Ocorre que o referido dispositivo normativo estabelece que nenhum condenado poderá ser conduzido à estabelecimento carcerário situado fora da província em que se acha, por força do processo, e trata-se de garantia que é fruto do entendimento de que as visitas dos familiares são muito importantes para o detido, e afastá-los constitui-se em fator desfavorável à recuperação, além do que representaria uma punição não aplicada na sentença condenatória. De se observar que o direito à ressocialização é previsto no Lei de Execução Penal da Argentina. Mas, no caso, essa garantia prevista no artigo 18 da Constituição Nacional não foi preservada, nem pela Corte Suprema da Argentina.

Aliás, nesse caso, ao contrário do entendimento que a Corte Suprema proclamou em 07 de março de 1969, no Recurso Extraordinário apresentado em favor do réu Demétrio E. Gulco (CSJN, FALLO 273, p. 152, 1969), sustentou-se que resolução do Juiz de Direito de Primeira Instância a respeito da execução penal passa a integrar a decisão condenatória. Vale dizer, ao contrário do que lá se entendeu, aqui não se preservou o valor da coisa julgada.

Também convém analisar a decisão prolatada em 17 de dezembro de 1976, no Recurso Extraordinário de Patricio Nicolás Savage (CSJN, FALLO 296, p. 653, 1976), em que se discutiu a respeito da aplicação de lei penal mais benigna. O artigo 551, inciso 4º, do Código de Procedimentos em matéria criminal, da Argentina, dispõe sobre a aplicação da lei mais benigna, inclusive para a revisão da decisão. Todavia, em sentido oposto, a Corte entendeu que pela inaplicabilidade de lei penal mais benigna no caso de já ter ocorrido a execução total da condenação. Ocorre que o caso se referia à anistia acordada por meio da Lei 20.429. E, como se sabe, a anistia apaga a própria condenação, pois se trata de instituto que faz desaparecer o próprio crime e todos os efeitos penais da conduta. Em outras palavras, tratando-se de lei nova que anistiava a conduta reconhecida na decisão condenatória, mesmo com a pena já totalmente cumprida, continuava a existir o interesse do recorrente na imediata aplicação da nova lei, em razão dos efeitos da condenação anteriormente prolatada.

Como se vê, com adoção de posicionamentos contrários a outros bem anteriores ao período da ditadura, a Corte Superior na Argentina não teve ousadia na preservação de direitos humanos e fundamentais durante o regime de comando militar.

3.3.4 Decisões da Corte Suprema de Justicia de la Nación, da Argentina, em matéria de execução penal e direitos humanos/fundamentais na pós-ditadura militar

No período pós-ditatorial, a partir de 1986, vários julgamentos foram efetivados pela Corte Suprema de Justicia de la Nación, da Argentina. E, na quase totalidade, com postura favorável aos direitos humanos e fundamentais.

Assim, tem-se o julgamento realizado em 05 de março de 1991 (CSJN, FALLO 314, p. 95, 1991), atinente a um conflito de competência. O antecedente do conflito está numa autorização solicitada pelo preso Ceferino Salinas, ao Diretor do Serviço Penitenciário Federal da unidade prisional, de traslado para outra localidade, com o fim de manter uma visita íntima com a mulher com quem contraíra matrimônio pouco tempo antes. Concedida a autorização pleiteada, o representante legal do Serviço Penitenciário solicitou ao Tribunal da Província a suspensão da medida. Sobreveio a intervenção da Justiça Federal, mas a Magistrada do Tribunal provincial entendeu ser daquela corte a competência para o julgamento. E a autorização concedida não foi suspensa, nem revogada. Foi suscitado o conflito perante a Corte Suprema, que não reformou a decisão e asseverou que a competência para o julgamento era, efetivamente, do Tribunal da Província, de maneira que a decisão deveria ser preservada.

Deixadas de lado as questões processuais relativas à competência, que pouco interessam neste trabalho, o que se tem, no caso, é o respeito ao direito do preso, previsto na “Lei de Execuções Penais” vigente à época da ditadura militar – Decreto-Lei 412/58 –, com base na qual houve a concessão, em favor do detido, da autorização de sua transferência ao domicílio do cônjuge, para uma visita íntima, por quatro horas. Ou seja, a justiça decidiu, sem que a Corte Suprema alterasse a decisão, que o preso tinha o direito à visita íntima, o que tem relação com a saúde emocional e com a dignidade do ser humano, direito que a todos é conferido e que deve ser sempre preservado.

Ainda com base na mesma norma vigente à época ditatorial (Decreto-Lei 412/58), em 19 de outubro de 1995, no julgamento do Recurso Extraordinário do réu Gustavo Gastón Dessy (CSJN, FALLO 318, p. 1894, 1995), tem-se decisão muito relevante: a Corte Suprema de Justiça da Nação, na Argentina, reconheceu que os presos têm total direito ao sigilo de suas comunicações e correspondências, o que deve ser observado pelos juízes de execução penal,

conforme, inclusive, tratados internacionais ratificados pela Argentina. Em parte da ementa do acórdão, lê-se:

CONSTITUCION NACIONAL - DOMICILIO Y CORRESPONDENCIA - LEY PENITENCIARIA NACIONAL - FACULTAD REGLAMENTARIA - DERECHO A LA INTIMIDAD - CARCELES

La Ley Penitenciaria Nacional no prevé la censura de la correspondencia que los presos envían, por lo que las disposiciones del Régimen de Correspondencia para los Internos Condenados que lo autorizan representan una extralimitación de la facultad reglamentaria prevista en el art. 99, inc. 2º de la Constitución Nacional, autorizando, sin fundamento legal, un indiscriminado y permanente allanamiento de los derechos constitucionales a la inviolabilidad de la correspondencia y a la privacidad, amparados, respectivamente, por los arts. 18 y 19 de la Carta Magna.

Como se observa, o direito fundamental, regulamentado pela Lei Penitenciária Nacional, foi salvaguardado pela Corte Suprema, o que é importante, notadamente por se tratar de privacidade de pessoa presa. Na mesma decisão, reconheceu-se a inconstitucionalidade de dispositivo que previa a violação da privacidade das correspondências, sob a justificativa de investigação relativa ao linguajar obsceno dos presos. Eis a parte da ementa do acórdão:

Carece de racionalidad la referencia que el art. 5 del Régimen de Correspondencia para los Internos Condenados hace al "lenguaje obsceno" si no se advierte cuál sería el interés legitimante del Estado para intervenir la correspondencia privada del recluso a efectos de asegurarse que ésta guarde un lenguaje decoroso.

Ademais, afirmou-se a faculdade que o preso tem de se expressar a respeito de temas sociais e políticos, e não apenas estritamente familiares ou particulares:

CONSTITUCION NACIONAL - DOMICILIO Y CORRESPONDENCIA - CARCELES

La exigencia de que las cartas de los reclusos sólo aludan a asuntos estrictamente particulares o de familia se funda en una concepción alienante, que niega al preso la facultad de expresarse sobre temas sociales y políticos.

Não bastasse, sustentou-se a contradição entre o objetivo de readaptação social do detido e a censura de suas correspondências:

LEY - INTERPRETACION DE LA LEY - CARCELES - CORRESPONDENCIA - LEY PENITENCIARIA NACIONAL

La contradicción entre el objetivo de readaptación social sostenido en la Ley Penitenciaria argentina y la censura de la correspondencia induce a recordar que no le está permitido al legislador obrar de modo que redunde en destrucción de lo mismo que ha querido amparar y sostener.

Em outras palavras, a Corte claramente entendeu que a restrição à liberdade não se estende à privacidade, nem mesmo a relativa às correspondências, com o reconhecimento de que os detidos podem se expressar inclusive a respeito de temas sociais e políticos, e não somente a respeito de assuntos particulares e familiares, o que se insere na finalidade da pena, de readaptação social, de modo que não se mostra razoável o mesmo legislador inserir disposições normativas de amparo e sustento ao detento, com vistas à sua reintegração, e por outro lado, atuar de forma a destruir esses objetivos.

Aliás, na temática relacionada à privacidade e à vida íntima, no período da pós-ditadura, na Argentina, é de se lembrar que, como abordado na parte final do anterior capítulo, a Corte Suprema daquela nação prolatou decisões datadas de 29 de agosto de 1986, no caso dos réus Gustavo Mario Basterrica e Alejandro Carlos Capalbo (CSJN, FALLO 308, p. 1392, 1986), e 25 de agosto de 2009, no caso “Arriola, Sebastian y outros” (CSJN, FALLO 332, p. 1963, 2009), nas quais, com base na importância da preservação da privacidade e considerando-se a prevalência da liberdade de escolha dos ideais da vida, foram declarados inconstitucionais os artigos 6º da Lei 20.771, e 14, § 2º, da Lei 23.737, que tipificavam como crime o porte de entorpecentes para uso próprio. Tais decisões fundamentaram-se na conjuntura histórico-política que a Argentina atravessava, com o objetivo da reconstrução da ordem jurídica em todas as instâncias e a finalidade de afiançar para o futuro, em sua totalidade, as formas democráticas e republicanas de convivência dos argentinos, o que deve orientar a interpretação constitucional em todos os campos, de maneira que o Estado não deve interferir em questões ínsitas da vida privada, que, independentemente de posicionamentos pessoais, integram o âmbito de escolha dos ideais de vida.

Assim, consoante o entendimento esposado nas referidas decisões, a posse de drogas para o uso pessoal não pode ser punida com fundamento nos potenciais danos que a substância pode produzir – questão de saúde –, nem em dados próprios da “comum experiência”, pois a garantia da privacidade, prevista no artigo 19 da Constituição Nacional argentina só permite que seja punida a posse de entorpecentes que se destina para além da esfera da privacidade do possuidor, especialmente se o objetivo for induzir outrem ao consumo, ou se o fato integrar o *iter criminis* de outro delito – preparação, facilitação, execução ou ocultação de outra infração penal –, ou se ocorrer o uso em locais públicos ou expostos ao público. Em suma, sempre que a posse de drogas não extrapolar o limite da privacidade do possuidor, consoante a decisão da Corte Suprema, o fato não é típico.

Essas decisões têm relação com a execução penal em face da garantia da retroação da lei mais benigna. Como as decisões nos recursos extraordinários reconheceram as

inconstitucionalidades dos mencionados dispositivos normativos, elas se aplicaram aos que antes tinham sido condenados.

Também é interessante o julgamento da Corte Suprema, de 09 de março de 2004, no Recurso Extraordinário do réu Hugo Alberto Romero Cacharane (CSJN, FALLO 327, p. 388, 2004), que cassou decisão do juízo das execuções que mantivera medida da autoridade penitenciária que impusera ao réu sanção de 15 dias de cela isolada. A Corte entendeu que castigo como o mencionado (sanção de cela isolada) se submete ao controle judicial e depende de cautelosa análise de provas que devem ser exigidas. Assim, foi prestigiado o direito a uma execução penal judicializada, o que impõe a observância de todos os direitos e garantias fundamentais. A Corte observou ser cabível a reforma da decisão em matéria de execução penal “cuando la solución adoptada no constituye una derivación razonada de las normas vigentes y ello afecta el derecho de defensa en juicio y debido proceso del recurrente”. Em consequência da judicialização da execução penal, tem-se, “por un lado, que la ejecución de la pena privativa de la libertad, y consecuentemente, las decisiones que al respecto tomara la autoridad penitenciaria debían quedar sometidas al control judicial permanente”, e, ainda, “implicó que numerosas facultades que eran propias de la administración requieran hoy de la actuación originaria del juez de ejecución”. Esse controle judicial precisa ser efetivado em especial no tocante às “garantías constitucionales del derecho penal formal y material”, sem o que “la ‘judicialización’ se transforma en un concepto vacío de contenido, pues el control judicial deja de ser tal”. Verifica-se a preocupação com o real controle judicial da execução penal, o que se liga à concretização de garantias constitucionais.

Nesse julgamento, entendeu-se que diferenciar as questões administrativas das jurídicas, no âmbito da execução da pena, corresponde “a una concepción anacrónica de la ejecución de la pena en la que la relación de sujeción especial del condenado con el Estado se da dentro de un ámbito ‘administrativo’ donde no existe delimitación de derechos y obligaciones”, de modo que tudo seja resolvido conforme a discricionariedade do Estado, e, pois, é ilegal “la dogmática distinción entre las decisiones del juez de ejecución que hacen al ‘título ejecutivo de la pena’ o aquellas que son meramente ‘reglamentarias’”, além do que referida distinção “sólo tiene por finalidad restringir indebidamente la vía recursiva de los condenados en contra del derecho específicamente acordado por la ley de rito”.

Ainda na mesma decisão, há o registro relativo à valorização da regra da legalidade (costumeiramente chamada de princípio) em matéria de execução penal, que, “adquiere especial hábito dentro de las prisiones”, uma vez que “la manera en que las autoridades

penitenciarias le dan contenido concreto al cumplimiento de la pena dispuesta por la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones”, podem “implicar una modificación sustancial de la condena y por lo tanto queda a resguardo de aquella garantía”. Ou em outras palavras, a regra da legalidade é uma das principais garantias jusfundamentais na execução da pena.

Convém, ainda, abordar o posicionamento da Corte Suprema no tocante à tormentosa questão da superpopulação carcerária e suas deletérias consequências. A esse respeito, tem-se decisão prolatada em 3 de maio de 2005 (Recurso Extraordinário do Centro de Estudios Legales y Sociales, na causa Horacio Verbitsky - FALLO 328, p. 1.146), em que se reafirmou que pessoas privadas da liberdade têm direito a tratamento digno e humano, o que encontra suporte não só na Constituição Nacional da Argentina, desde 1853, mas também em outras leis e em tratados, convenções e documentos internacionais a que a Argentina se vinculou. A Corte Suprema da Nação determinou à Suprema Corte de Justiça da Província de Buenos Aires e aos Tribunais de todas as Instâncias da província que, com urgência, fizessem cessar toda situação de agravamento da detenção que importasse em tratamento cruel, inumano ou degradante. Também determinou, a Corte Suprema, que o Executivo da província de Buenos Aires informasse as concretas condições dos locais de cumprimento da detenção, e as medidas tomadas para melhorar a situação dos presos em todo o território da província.

Na decisão em análise entendeu a Corte Suprema que as condições do encarceramento, se não forem salutares, contribuem para a degradação das políticas preventivas de delitos, o que é atribuído à responsabilidade do Estado:

CARCELES - RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Si el estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos; es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituyen en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa.

Estabeleceu-se no julgamento que os *deficit's* orçamentários não são hábeis para justificar transgressões relativas à falta de infraestrutura, à carência de recursos humanos, à insuficiência ou inadequação de formação de pessoas para exercerem as funções, nem mesmo as consequências da excessiva população carcerária, “ya que privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional”. E, o artigo 18 da Constituição Nacional da Argentina prescreve que “las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos

detenidos en ella, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que ella exija, hará responsable al juez que la autorice”. Vale dizer, reconhece aos presos o efetivo tratamento digno e humano, e estabelece a concreta tutela judicial para garantia de seu cumprimento, inclusive com a responsabilização do juiz que autorize a prisão em local que não atenda as prescrições do mencionado dispositivo constitucional, pois “las cárceles en sí mismas, por sus condiciones materiales, higiénicas y de salubridad no deben agravar el mal inherente a la pena, ni las autoridades ejecutarlas en forma que aumentan ese mal”.

Ademais, observou-se que a seguridade, dever primário do Estado, não importa resguardar apenas os direitos dos cidadãos frente a delinquência, “sino también, como se desprende del art. 18, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciário”.

A decisão comentada mostra, de fato, a preocupação da Corte Suprema com a efetivação dos direitos humanos e fundamentais dos presos. Mas, convém anotar que, a respeito das péssimas condições carcerárias, no Brasil, há decisão bem mais ousada, proferida pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal nº 70029175668, relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho). Tratou-se de caso em que o réu foi condenado à pena de 4 anos e 3 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 10 dias multa, pela prática do crime de roubo em concurso de agentes. Em sua decisão, no recurso de apelação criminal, a Câmara Criminal determinou que, “enquanto não existir estabelecimento destinado ao regime semi-aberto que atenda a todos os requisitos da LEP, o réu cumprirá sua pena em regime domiciliar, **vencido o Relator**, que definia que somente será expedido mandado de prisão se e quando houver estabelecimento carcerário que atenda a ditos requisitos da LEP” (BRASIL, TJRS, Apelação Criminal nº 70029175668, 2009 – negritos no original). De fato, se o cidadão é obrigado a cumprir a Lei, o Estado também o é, conforme entendeu o mencionado tribunal gaúcho.

Como se vê, aqui no Brasil o tribunal estadual tomou medida concreta em relação ao problema da superpopulação carcerária e a outros desrespeitos aos direitos dos presos. Lá, na Argentina, a Corte Suprema de Justiça da Nação, de forma mais cômoda e menos ousada, determinou que outros tribunais e poderes tomassem providências para evitar o desrespeito aos direitos dos condenados, no tocante à superpopulação carcerária, violações que já ocorriam de forma contumaz, como registrado no acórdão analisado.

Na contramão dos julgamentos da Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, que primaram pela preservação ou efetivação de direitos humanos e fundamentais em matéria

de execução penal, tem-se a decisão de 05 de abril de 1994, no Recurso Extraordinário do réu José Augusto Cayetano Nasso (CSJN, FALLO 317, p. 282, 1994). Nela, há o entendimento de que é irrazoável transferir para unidade penitenciária que melhor atenda sua necessidade de tratamento, o preso portador do SIDA, perigoso e agressivo por causa da doença. Ou seja, a Corte não reconheceu o fundamental direito à transferência para local que possibilitasse mais adequado tratamento, mesmo em caso de tão grave enfermidade física. Vê-se no acórdão o seguinte fundamento no voto do Ministro Carlos S. Fayt:

DETENCION DE PERSONAS - SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL - SIDA - RAZONABILIDAD - CARCELES

Si el cuadro de agresividad y peligrosidad que presenta el interno deviene de la enfermedad que padece - SIDA -, resulta irrazonable que para resolver esa situación conflictiva se lo traslade a una unidad penitenciaria en la que sus reclamos de mejor atención médica podrán ser satisfechos en aún menor medida.

Entendeu-se, no caso, ser desqualificada a decisão que não deu os fundamentos suficientes para concluir que o mero traslado de um condenado a um lugar distante do domicílio de seus familiares implicava, por si só, um menoscabo intolerável de direitos “por conducir a una privación manifiestamente excesiva o un agravamiento de las condiciones de privación de la libertad”.

Tem-se, no caso, que razões humanitárias e o fundamental direito à saúde, também conferido por disposição constitucional aos presos, deveriam ter sido considerados pela CSJN para alojar o preso em local mais adequado para o tratamento de sua grave doença física.

A propósito, posterior julgamento efetivado pela CSJN, em semelhante caso, de preso portador de S.I.D.A., bem demonstra o equívoco daquela atrás analisada. No julgamento do Recurso Extraordinário apresentado por Sérgio Gomes, em 21 de dezembro de 2000, entendeu-se que o Tribunal da Instância anterior, que indeferiu pedido de cumprimento da pena em local adequado para o tratamento da grave enfermidade, não deu fundamentos suficientes “para apoyar la Conclusión de que las condiciones de detención que sufre el encartado no implicaron, por sí solas, el agravamiento de las condiciones de privación de la libertad que excedan las precauciones exigidas por la seguridad”. Alegava-se no pedido de *habeas corpus* apresentado originalmente que o preso não tinha condições de, no local e nas condições em que estava detido, receber o adequado tratamento, pois eram três sentenciados numa cela de dois por dois metros, fechado durante 20 horas durante a semana e 24 horas nos finais de semana, além do que no local não havia sanitários, de maneira que os detidos tinham de fazer suas necessidades fisiológicas em garrafas e sacos que eram removidos no dia

seguinte. Outrossim, como as janelas estavam sem os vidros, as intempéries propiciavam mais frequentes resfriados e estados gripais, que rebaixam o sistema imunológico. Ou seja, essas apontadas condições eram totalmente inadequadas ao necessário tratamento do preso.

Até por isto, em outro ponto da fundamentação, a Corte invocou o artigo 18 da Constituição Nacional, segundo o qual “las cárceles deben ser sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y que toda medida que bajo el pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo exigido hace responsable al juez que la autoriza”.

Vale dizer, neste caso, ao contrário daquele anterior, a CSJN teve postura humanitária e preocupação mais efetiva com as condições de saúde do detido.

Em suma, das análises feitas nestes dois últimos itens (3.3.3 e 3.3.4), verifica-se também em relação à Corte Suprema de Justicia de la Nación, da Argentina, que ela se colocou como última esperança para o respeito ou restabelecimento de direitos humanos durante o período ditatorial, e, em alguns momentos, teve posturas retrógradas na pós-ditadura.

E, se em relação aos presos, direitos fundamentais foram prestigiados nas duas Cortes de Justiça, inclusive durante o período da ditadura, consoante as muitas decisões acima mencionadas, por que igual postura, firme, não foi observada no tocante àqueles que sofreram violações baseadas nas autoritárias leis que deram legitimidade aos regimes ditatoriais?

Uma hipótese é a levantada por Anthony W. Pereira, que pesquisou os Tribunais do Brasil, Chile e Argentina durante as ditaduras militares na segunda metade do século XX. Ele fez uma comparação entre as relações do poder judiciário com os governos militares nos três países e constatou que, no Brasil, os integrantes do sistema judiciário (juízes, promotores, advogados, professores universitários etc.) tinham perfil mais conservador, o que levou a cooperação mais efetiva entre a ditadura e a Justiça, e que, na Argentina, militares passaram a integrar a justiça, mas no Brasil isso não ocorreu. O autor observa que, na Argentina, houve o menor índice de alinhamento entre ditadura e Justiça, enquanto o Brasil é apontado como exemplo de situação de consenso, cooperação e integração do judiciário com os militares, e esse alinhamento é decisivo para a espécie de legalidade efetivada durante a ditadura (PEREIRA, 2010. p 46).

Teria esse alinhamento possibilitado a aplicação da legislação autoritária existente na ditadura, sem oposição das Cortes Supremas nas duas nações?

Inspirado no referido pesquisador, Marcelo D. Torelly anota que se, “no curto prazo, o resultado da maior judicialização do regime é um menor número de vítimas fatais”, no longo prazo o resultado “é uma maior institucionalização da violência autoritária no sistema

de justiça democrático, refletida numa polícia violenta e num judiciário pouco transparente e democrático”. Ademais, sustenta ele, as origens do consenso conservador tem raízes históricas, e “são determinantes para a maior ou menor integração: sem consenso, não há predisposição dos operadores do sistema de justiça para aplicar a legislação autoritária, imposta à força após a substituição ilegal do regime democrático.” E arremata: “a ditadura brasileira buscou o apoio do judiciário, pois sabia que lá teria guarida, diferentemente do regime argentino, que de plano afastou-se do sistema de justiça, que conhecidamente era avesso a seu projeto” (TORELLY, 2012).

A esta altura deste texto, é possível questionar se a reconquista dos direitos humanos, após os períodos de ditadura no Cone Sul, possibilitaram a efetiva emancipação humana, como se faz necessário.

A propósito, Eugenio Raúl Zaffaroni lembra que violações dos referidos direitos continuaram a ocorrer, direta e indiretamente (1993, p. 2):

El mayor número de muertes es causado, en Latinoamérica, por agencias del Estado, y no solo en las dictaduras ni en las zonas de guerra, sino también en los países con sistemas constitucionales. Anualmente son miles los 'muertos sin proceso' en ejecuciones protagonizadas por personal estatal armado; un simple recorte presupuestario en el rubro sanitario ocasiona la muerte de miles de personas; la supresión de dispensarios condena a muerte por deshidratación a miles de niños, para mencionar solo algunos ejemplos de causas de muerte directas y toda evidencia, en circunstancias que pueden considerarse como “normales” en nuestra área geográfica.

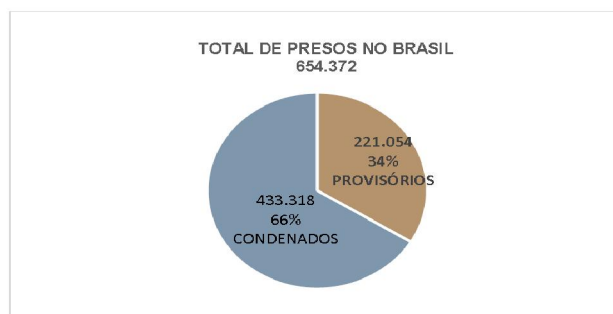
Ainda, em relação aos direitos dos presos, tema abordado mais diretamente neste terceiro capítulo, não se pode deixar de registrar alguns números relativos ao problema da superlotação nos estabelecimentos prisionais, que atingem o Brasil e a Argentina. Aqui, consoante o “Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil”, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, já mencionado na pesquisa, em junho de 2014 eram 567.655 presos, num sistema carcerário com 357.219 vagas, do que se constata, como resultado, 210.436 mil presos além do número de vagas. Não bastasse, outras 147.937 pessoas cumpriam pena privativa no sistema de prisão domiciliar, por ausência de vagas em estabelecimento próprio para o cumprimento da pena no regime aberto. Assim, a soma total de pessoas presas, considerando-se as que estavam em estabelecimentos prisionais e as que se achavam no regime aberto, em prisão domiciliar, atingia a impressionante marca de 715.592 presos (CNJ, junho de 2014), com o que o Brasil passou a ser a terceira maior população de

presos do mundo, atrás somente dos EUA e da China, um posto a frente da Rússia, que tem um total de 676.400 presos.

A propósito, dados oficiais mais recentes demonstram que a situação está se tornando cada vez mais preocupante no sistema prisional brasileiro, com marcante aumento do número de pessoas detidas. A referência é ao último “Levantamento dos presos provisórios no Brasil”, realizado em 2017, pelo Conselho Nacional de Justiça, a partir dos dados fornecidos pelos Tribunais de Justiça estaduais.

Conforme se lê no relatório publicado pelo CNJ, em janeiro de 2017, logo depois das rebeliões ocorridas em estabelecimentos carcerários dos estados de Roraima e Manaus, a Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, em reunião com os Presidentes dos Tribunais de Justiça dos estados, solicitou levantamento a respeito de presos que cumprem pena e de presos provisórios nas unidades da federação (CNJ, 2017). Os dados foram enviados, com exceção de alguns poucos tribunais, que não o fizeram. E os números são os seguintes: em janeiro de 2017 havia um total de 654.372 presos no Brasil, dos quais 221.054 (34%) estavam na condição de detidos provisórios, vale dizer, sem condenação transitada em julgado (irrecorrível).

GRÁFICO 1. TOTAL DE PRESOS (BRASIL)



Fonte: Levantamento CNJ junto aos Presidentes dos Tribunais de Justiça (jan./17)

Obs.1: número de presos provisórios consolidado fornecido pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ - DPJ.

Obs. 2: Dados relativos ao total de presos do TJAC, TJAM, TJAP, TJBA, TJCE, TJES, TJPA, TJPI, TJRJ, TJRO, TJRR, TJSE obtidos pela Secretaria Geral do STF em 2016, vez que não informados no Levantamento de janeiro de 2017.

Obs.3: Dados relativos ao total de presos do TJAL, TJGO, TJPR, TJRN obtidos por meio do Geopresídios 21 de janeiro de 2017, vez que não informados no Levantamento de janeiro de 2017, nem tampouco no levantamento realizado pela Secretaria Geral do STF em 2016.

Comparando-se os números dos dois levantamentos do CNJ, acima retratados, têm-se: em 2014, 567.655 presos; em janeiro de 2017, 654.372 pessoas detidas, anotadas as observações do quadro acima, ou seja, alguns dos tribunais não forneceram os dados atualizados. Ainda assim, tem-se um aumento de 86.717 presos em cerca de 2 anos e 6 meses.

E, como lembra Oscar Vilhena Vieira, esse movimento de encarceramento em nada corrobora para a redução da criminalidade e da violência. Pelo contrário, na medida em que tem sido acrescentado o número de presos, nota-se concomitante aumento nas práticas

criminosas violentas, que atingem mais os jovens e os negros, que também integram os percentuais mais elevados entre os presos. Isto decorre até mesmo das ações das facções criminosas a partir do sistema prisional pátrio, no qual os seus “soldados” são arregimentados.

Conforme dados do Fórum Nacional de Segurança Pública, apenas em 2015, 58.492 pessoas foram vítimas de homicídio; 54% das vítimas eram jovens e 73%, negros e pardos. Para citar apenas mais um dado desta tragédia, estima-se que 45.460 mulheres foram vítimas de estupro no último ano. O perfil da população prisional é o mesmo das vítimas de violência letal: 56% são jovens de 18 a 29 anos e 67%, negros. A superlotação carcerária, as sádicas condições de aprisionamento, a falta de acesso à defesa e a bens de higiene e saúde básicos, além do arbítrio e a violência dos agentes do Estado, criaram um ambiente propício à expansão do crime organizado dentro e fora do sistema prisional. Esse sistema pariu o PCC, o Comando Vermelho, Terceiro Comando e, no Amazonas, como aprendemos, a Família do Norte (VIEIRA, 2017).

Convém, aqui, registrar a firme observação de Amilton Bueno de Carvalho, em “Direito penal a marteladas”, ao comentar a respeito da responsabilidade pelo elevado número de detidos no Brasil:

Aliás, e aqui quero gritar com toda força de meus pulmões, que na nossa realidade não há como omitir a responsabilidade (mais educadamente: a atuação) dos juízes pelo número insuportável de pessoas que se encontram aprisionadas. Muito se tem denunciado o Poder Executivo pelo excesso de pessoas nas celas prisionais – o que é sim correto chamar atenção pela sua incompetência ao gerir os cárceres. No entanto, pouco ou quase nada há de denúncias colocando ao crivo da opinião pública uma verdade agressiva: há população carcerária em terrível excesso sim, mas quem determinou a ida de tais pessoas para lá ou não determinou a sua soltura no momento devido foram os juízes, e, às vezes, por mais irracional e cruel que possa parecer, **de ofício** – pleno século XXI tem-se uma asquerosa relação de incesto entre acusador e julgador (CARVALHO, 2013, p. 138 – negritos no original).

O problema é de enorme dimensão, e tende a se tornar cada vez mais espinhoso, pois existe a previsão de que, em 2022, o Brasil tenha 1 milhão de presos, o que, se não forem implementadas sérias políticas públicas específicas no sistema prisional, levará a um incalculável aumento nas violações aos direitos humanos e fundamentais dos detidos. A referida informação foi apresentada pelo Ex-Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, quando do lançamento do “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)”, em junho de 2014.

Os senhores têm alguma dúvida de que estamos enxugando gelo, especialmente se considerarmos que tenho mais de 400 mil mandados de prisão em aberto. Se for mantido o atual ritmo de encarceramento, sem a mudança da legislação [da maioria penal], nós teremos ultrapassado em 2022, um milhão de pessoas encarceradas (CANES, 2015).

Em suma, nota-se que são muitas as violações aos direitos fundamentais das pessoas presas no Brasil. E, na Argentina, como se extrai das decisões analisadas, o quadro não é diferente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como observado no início deste trabalho, o período da ditadura militar não é suficientemente investigado, nem conhecido com clareza, em especial pelos agentes e construtores do direito, principalmente os mais novos.

A pesquisa realizada corresponde a um levantamento histórico relativo às posturas do Supremo Tribunal Federal e da Corte Suprema de Justicia de la Nación, na Argentina, na seara dos direitos humanos e fundamentais, no período das ditaduras militares enfrentadas pelos dois Estados, bem como na pós ditadura, notadamente na esfera da execução penal.

Nessa espécie de pesquisa não há propriamente uma conclusão, típica de um trabalho terminado, já que a pesquisa histórica dificilmente alcança esse patamar. Assim, a opção é pela elaboração de algumas considerações finais, sabendo-se que elas não encerram uma única possibilidade como consequência da investigação realizada.

Para se entender as decisões das duas Cortes pesquisadas durante os mencionados períodos – ditadura e pós-ditadura – foi necessária uma incursão no tema dos regimes políticos e a confusão terminológica existente entre essa expressão e “formas de governo”, que diferentes autores empregam para a referência ao mesmo tema, confusão decorrente das diferentes culturas intelectuais ligadas às ciências políticas, a francesa e a norte-americana, de um lado, e, por outro lado, a de outros países da Europa. Na pesquisa, optou-se pela expressão “regimes políticos”, que tem o objetivo de responder à pergunta “como se governa” e “formas de governo” para a resposta à indagação a respeito de “quem governa”. Destarte, adotou-se como sentido de regime político a maneira como o poder político é exercido na sociedade, ou em outras palavras, sua funcionalidade.

No Brasil e na Argentina, os regimes autocráticos que são objeto da investigação são nominados como ditadura. Essa expressão tem sua origem na denominada Ditadura Romana, entre os séculos V a III a.C., e se tratava de legítimo órgão extraordinário que entrava em ação de acordo com os processos e nos limites constitucionais definidos, numa situação de emergência, como a de guerra. Vale dizer, a Ditadura Romana correspondia ao que hoje se conhece como Estado de Sítio, que é legítimo.

Todavia, o significado da ditadura sofreu mudanças ao longo do tempo, e, contemporaneamente, na América Latina, sob essa rubrica, são reunidos todos os regimes não democráticos ou antidemocráticos, com caráter absoluto do exercício do poder, sem a existência de sua autorização por disposições normativas constitucionais, e com a subversão da ordem política preexistente. Nas modernas e contemporâneas ditaduras, o poder é

concentrado numa pessoa ou num pequeno grupo de pessoas, sem freios ou limitações legais, pois o governo ditatorial se coloca acima das leis e transforma em lei os seus desígnios.

Em relação à democracia, de acordo com o que se viu, há três tradições históricas: a teoria clássica, fundamentada em Aristóteles, que citava seis “formas de governo” – o que neste trabalho, por adoção de uma das posições existentes, é denominado de regime político. Para ele, democracia, forma degenerada da política, é governo de todos, do povo, dos cidadãos, ou seja, aqueles que gozam dos direitos de cidadania; a monarquia é o governo de um só, e a aristocracia é o governo de poucos. Já na teoria medieval, de origem romana, o poder supremo deriva do povo e se torna representativo (concepção ascendente) ou deriva do príncipe, com transmissão por delegação, do superior ao inferior (concepção descendente). E existe a teoria moderna, baseada em Maquiavel, de acordo com a qual há somente a monarquia e a república.

Deste modo, observa-se que democracia tem significados diferentes, em tempos diferentes, para povos diferentes, e em diferentes lugares, de maneira que é possível questionar se a democracia num ou noutro país é realmente democrática. Todavia, algumas garantias mínimas são exigíveis para se falar em democracia, como o direito de voto, o direito de elegibilidade para os cargos públicos, a existência de eleições livres e honestas, a garantia da liberdade de expressão, a garantia de existência de alternativas fontes de informações, a liberdade para integrar organizações, a liberdade de reunião, e o respeito governamental à vontade popular quanto ao implemento de políticas públicas.

Atualmente, quando se fala em democracia, não se pode ignorar as Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão, que não eram conhecidas nas democracias antigas.

A respeito dos regimes políticos, pode-se dizer que o Brasil e a Argentina sempre tiveram democracias fracas e abertas à autocracia, que, por vezes, se implantou. Assim, em suas histórias, ambos permearam entre o regime ditatorial e o democrático.

Quanto aos períodos investigados neste trabalho, entende-se que nos dois países houve sim a ditadura militar, não obstante algumas poucas vozes o neguem. De fato, em ambos, os militares se investiram como poder soberano, sem qualquer processo legítimo de escolha. Exemplo disto, como lembrado no desenvolvimento do trabalho, tem-se no Brasil o primeiro Ato Institucional, de 09 de abril de 1964, que em seu preâmbulo afirmava, sem qualquer margem para dúvida, que o golpe de estado – nominado de revolução pelos militares –, por seu comando, se investia no exercício do poder constituinte. Ora, esse ato, formalmente admitido, de se investir no exercício de tão elevado poder, sem qualquer observância dos meios democráticos de escolha, é, inequívoca tomada de poder, o que configura a ditadura.

Aliás, no mesmo preâmbulo, escrito está que a “revolução”, apontada como vitoriosa, se legitima por si mesma como Poder Constituinte, pois ela destituiu o governo anterior e constituía, com capacidade, o novo governo.

Não bastasse, no Brasil e na Argentina, no período em que comandantes militares exerceram o poder executivo nos dois Estados, constatou-se a ausência de valores próprios da democracia, com a presença de seus contrários. Assim é que as eleições não foram livres e honestas, e não houve o amplo exercício do direito ao voto, além do que as garantias relacionadas às liberdades de expressão, de organização e de reunião, o respeito aos direitos humanos e fundamentais, dentre outros, sofreram constantes violações.

É dizer, não obstante fossem realizadas algumas escolhas por eleições – o que ocorreu para se dar a roupagem de democracia ao regime que se instalou num e noutro país –, claro resta que ambos tiveram verdadeiras autocracias (ditaduras) no período.

E, como em toda autocracia, também no Brasil e na Argentina todos os que não se alinhavam com o regime eram tidos como inimigos do Estado e equiparados aos terroristas, de forma que podiam ser combatidos com todas as armas, inclusive a violência, que era normalmente empregada, de forma excessiva. A propósito, o ex-presidente Ernesto Geisel afirmou numa entrevista que era “essencial” reprimir, prática típica das ditaduras, com a suspensão da ordem jurídica existente e verificação de anomia em relação aos direitos humanos e fundamentais, o que é próprio do denominado “Estado de Exceção”, que assume o paradigma do campo de concentração quando deixa de ser exceção e se torna regra, como se verificou nos dois países.

E a suspensão da ordem jurídica, durante a ditadura no Brasil, atingiu os agentes públicos, inclusive os magistrados, uma vez que todos eles tiveram suspensas as garantias constitucionais da vitaliciedade e da estabilidade, sem que o Poder Judiciário pudesse efetivar o controle do mérito das decisões administrativas que os atingisse, em decorrência. Ademais, além dos agentes públicos, também foram atingidos, desde o início do período ditatorial, muitos políticos – já numa primeira lista, 100 (cem) deles foram cassados –, jornalistas, intelectuais e até mesmo alguns militares.

Além dessas práticas, tanto no Brasil como na Argentina há o histórico registro de um sem número de torturas, homicídios, sequestros e desaparecimentos cometidos pelos regimes militares, em ações típicas do denominado terrorismo de estado, que impõe ao cidadão o sofrimento decorrente das coerções, além de não lhe dar a possibilidade de se defender por meio das instituições estatais, comprometidas com o regime. Essa prática não se limitou aos dois Estados – Brasil e Argentina –, mas estendeu-se a vários outros países do

Cone Sul, como Chile, Uruguai, Paraguai e Bolívia, com a implementação da denominada Operação Condor, que os ligou numa só rede de repressão contra todos os “inimigos” que poderiam ser perseguidos, torturados, mortos e ocultados em qualquer um dos territórios, numa política hemisférica deliberada para o combate dos adversários, notadamente o socialismo e o comunismo, com o acompanhamento dos Estados Unidos.

Todas essas práticas bem demonstram que Brasil e Argentina não viviam democracias seguras, fundamentadas em valores próprios do regime democrático. Por isto, não muito tempo depois de reinstalados os regimes democráticos, sobrevieram refluxos ditatoriais nos dois Estados. No tocante aos períodos pesquisados neste trabalho, tem-se que, no Brasil e na Argentina, durante as transições, ocorreram momentos de avanços e recuos na redemocratização, até em decorrência da influência que os militares continuaram a exercer nas transições.

Assim, nos dois países vive-se uma concepção minimalista de democracia, na qual se tem o respeito ao direito de voto, mas com a necessidade de real concretização de vários dos direitos sociais e efetivação de alguns direitos individuais. No tocante aqueles (direitos sociais) observa-se a escassez de implementação de políticas públicas que os garantam. São poucas as políticas de inclusão política e social, além de não se notar efetiva redução na injustiça social, em relação ao que se têm avanços, seguidos de retrocessos, consoante o momento econômico vivido, o que demonstra a fragilidade das estruturas existentes no enfrentamento do problema.

Em poucas palavras, a esse respeito, têm-se, no Brasil e na Argentina, democracias que, por vezes, geram desconfiças, com alguma abertura a posturas ditatoriais em determinadas áreas e em alguns momentos, principalmente quando a mídia manipula o povo (a massa), como nas questões relativas à justiça na esfera criminal. Isto ocorre em decorrência da fraqueza que se vê nas instituições democráticas e nas organizações da sociedade civil, bem como na prática do extremado personalismo da figura do Presidente da República, além da fragilidade dos partidos políticos. Atualmente, a título de exemplo, todas as pessoas que não apoiam as espetaculosas operações conjuntas da Polícia Federal, do Ministério Público e do Judiciário são tidas como inimigas do Estado, e sofrem na vida em comunidade. A propósito, não se pode deixar de registrar que não é admissível como razoável o poder judiciário, que tem o papel de julgar, integrar alguma operação, o que é próprio dos que agem como parte.

Ora, a democracia exige o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos e fundamentais, sejam individuais ou sociais, com a garantia de acesso a todos eles, por meio de

instituições fortes, autônomas e independentes. Isto é necessário, inclusive, ao que está na posição de “diferente”, que precisa ser reconhecido em sua condição e ter a proteção de sua posição jurídica de sujeito de direitos, o que tem relação com a efetiva liberdade de expressão, o acesso à informação, à garantia da inviolabilidade da privacidade e da intimidade; o respeito ao pluralismo, às minorias e às suas escolhas e a todos os direitos eleitos como fundamentais. Numa democracia, as minorias são protegidas, mesmo contra as pretensões da maioria, pois se assim não for, a maioria acaba por fazer uso da democracia para afrontá-las em seus valores e características, e, pois, extingui-las.

Vale dizer, não se fala em democracia sem o efetivo respeito e proteção aos direitos fundamentais individuais e sociais, a respeito do que não se pode concordar com a adoção da tese da Reserva do Possível para justificar o não implemento dos referidos direitos.

Outro aspecto importante, quando se investiga a movimentação histórica das duas Cortes Supremas no Brasil e na Argentina, tem-se na análise das relações entre os regimes políticos e a Instituição Justiça, ou em outras palavras, as influências da ditadura e da democracia na mencionada instituição.

Não obstante os comandos militares no Brasil e na Argentina disseminassem na população que os regimes instalados envidavam todos os esforços para a preservação das instituições e seus valores, a verdade é que houve sérios ataques a elas. No Brasil, por exemplo, a absurda compreensão externada no AI de número 1 era no sentido de que o Poder Constituinte de que se investiu o comando militar é que legitimava o Congresso Nacional, e não o inverso. Em outras palavras, não era mais a lei que legitimava o poder, mas sim o poder que legitimava a norma imposta, mais valorizada do que a Constituição democrática então vigente. A partir do referido ato, o legislativo passou a atuar como simples homologador ou registrador de disposições normativas impostas pelo regime militar.

Assim, as normas elaboradas e impostas pelo regime militar procuraram desconstruir as instituições, com o objetivo de serem elas reconstruídas com os contornos dados pelas forças armadas.

A Justiça é uma dessas instituições, o que remete ao Poder Judiciário. No modelo de separação de poderes, é indispensável que o judiciário seja, de fato, autônomo e independente, para bem exercer sua missão de atuar como guardião dos direitos dos cidadãos, com a efetivação do acesso à justiça. Todavia, durante o período ditatorial, no Brasil e na Argentina, em razão da influência sofrida, o judiciário não cumpriu com aquela sua missão em relação aos que sofreram perseguição de natureza política.

Tradicionalmente, na América Latina, os governos autoritários sempre exerceram influência nas instituições jurídicas. E, no período pesquisado neste trabalho, tanto na Argentina como no Brasil, os militares fizeram o mais desvirtuado e pior uso possível do normativismo jurídico, em especial a denominada Teoria Pura do Direito, de Kelsen, até mesmo impedindo, por expressas previsões em repetidos atos institucionais, o acesso dos cidadãos ao judiciário, o que levou, mais uma vez, o direito a distanciar-se do cotidiano, da realidade social, fato que se tem como muito mais grave quando são consideradas as inúmeras distorções e injustiças verificadas no período. Nesse contexto, o judiciário foi útil instrumento para a manutenção da coerência do sistema, em que o poder dominante tem legitimado os seus atos, inclusive os geradores de injustiças. Assim, o direito foi equiparado à força e dela se tornou inseparável. A força, mesmo ferindo garantias, era legitimada pelo direito.

No Brasil, resultante da séria influência que o judiciário sofreu do executivo, no período, principalmente no início do regime militar, o Supremo Tribunal Federal, por vários de seus ministros, manifestou claro apoio às medidas impostas pelo Comando Militar, sob o entendimento de que para a democracia sobreviver, em momentos de crise, era admissível o transitório sacrifício de alguns de seus valores, princípios e garantias.

Assim, nos dois Estados pesquisados neste trabalho, os governantes foram contumazes violadores de direitos humanos e fundamentais, causaram desaparecimentos, praticaram torturas, raptos, mortes, além de inúmeras prisões sem o regular e legal julgamento. E, mesmo diante de tamanhas violações, em regra, juízes e tribunais foram passivos, em especial nos primeiros momentos das ditaduras militares. O judiciário não enfrentava as manifestas inconstitucionalidades dos atos normativos impostos pelos comandos militares, ao contrário, atuava com inadmissível complacência às ações do Poder Executivo, em verdadeira postura de idolatrização ao Estado, inclusive ao seu agir autoritário, em verdadeira negação da justiça. Sustenta-se que essa instituição – o judiciário – agiu de forma a gerar a denominada administrativação do Direito Constitucional, para o que contou com manifestações dos juristas oficiais, e isso levou ao desapeço aos direitos dos cidadãos em face do Estado.

Vale dizer, de forma explícita, em alguns momentos – de modo especial no início do período ditatorial –, e implícita, em outros, a Instituição Justiça e seus órgãos, fruto da influência recebida, exerceram papel de apoio ao regime ditatorial. Assim, no Brasil, nas decisões do STF, não se tem, nos primeiros anos da ditadura militar pós-64, qualquer questionamento a respeito da constitucionalidade dos atos institucionais baixados pelo comando militar, não obstante as inúmeras ofensas às Constituições de 1964 e 1967.

Essa postura é digna de crítica, pois as Cortes Superiores têm o dever constitucional de atuarem na observância das normas constitucionais, e nada, absolutamente nada, pode justificar postura como a do STF, de apoio aos Atos Institucionais que sobrevieram ao Golpe de Estado e que tamanhas violações causaram às pessoas, no tocante aos seus direitos jusfundamentais.

Ainda a respeito da relação da Instituição Justiça e seus órgãos com o regime ditatorial, no Brasil, houve a interferência na estrutura do Supremo Tribunal Federal que, por meio do AI de nº 2, teve o número de seus ministros elevado de 11 para 16, em clara demonstração da intenção de influenciar nas decisões, sobretudo nas questões políticas, para que fossem identificadas com as práticas do regime militar instalado. Esse mesmo ato suspendeu as garantias constitucionais da vitaliciedade e inamovibilidade dos magistrados, o que também configurou ingerência no judiciário, gerando séria insegurança em seus integrantes e atingindo, pois, a própria independência e autonomia desse poder.

Em diferentes momentos das ditaduras pesquisadas, o executivo impôs, por meio de atos institucionais, a redução da competência da Justiça Comum e a ampliação dos casos que seriam julgados pela Justiça Castrense.

Essa influência foi tão marcante, a ponto de, algum tempo depois – em janeiro de 1969, quando o Presidente Costa e Silva entendia não poder confiar na fidelidade dos Ministros que compunham o Supremo Tribunal Federal –, serem cassados três dos integrantes daquele Órgão de cúpula do Poder Judiciário (Hermes Lima, Evandro Lins e Victor Nunes Leal), sob a forma de aposentadorias forçadas decretadas na vigência do AI 5, o que gerou pedidos de aposentadorias apresentados por outros dois Ministros, inclusive o então Presidente. Ainda foi decretada a forçada aposentadoria do General Pery Bevilacqua, do STM, que procurava preservar direitos dos réus nas decisões que proferia, postura que incomodava seus pares alinhados com o comando militar.

Também nesse período, o Presidente Costa e Silva transferiu da jurisdição da justiça comum para o Supremo Tribunal Militar e Tribunais Militares de categoria inferior, os julgamentos de todos os delitos elencados contra a segurança nacional ou as forças armadas. Não bastasse, por meio do AI 6, foi reduzida a composição do STF, de 16 para 11 Ministros, mais uma clara demonstração de interferência nesse órgão. Ademais, as novas disposições normativas impediam o Supremo de julgar atos do Presidente da República, bem como *habeas corpus* em favor de presos políticos, de sorte que a Corte Suprema brasileira passou a atuar somente como tribunal judiciário e deixou de exercer o papel de poder político da nação, sem competência para julgar casos relativos ao problema institucional que o país enfrentava.

Por isto, diz-se que os Atos Institucionais 5 e 6 “enquadraram” definitivamente o STF aos objetivos do comando militar.

Na Justiça Militar os julgamentos, em regra, atendiam aos interesses do comando militar, o que acontecia com sacrifícios de direitos dos acusados, notadamente aqueles decorrentes do devido processo legal.

Ainda, sobre essa influência do Executivo no Judiciário, tem-se, no Brasil, a violação das normas constitucionais a respeito da independência e autonomia dos Magistrados. De fato, as mencionadas disposições normativas paraconstitucionais – os Atos Institucionais – as afrontaram, o que gerou insegurança nas decisões prolatadas em casos de ofensas aos direitos humanos e fundamentais.

Essa inescandível influência exercida sobre o Poder Judiciário, inclusive o STF, levou, no Brasil, o Executivo a baixar vários atos institucionais, alguns com extremismos e abusos inimagináveis, como o de número 5, que, além de modificar a Constituição de 1967 (artigo 1º), verdadeira aberração jurídica, possibilitou ao Presidente da República decretar o recesso dos legislativos no âmbito federal, estadual e municipal, por mero ato complementar, sendo que, durante esse recesso forçado, o Poder Executivo poderia legislar a respeito de todas as matérias, o que de fato fez. Não sem razão, no período de recesso do Congresso Nacional, 12 (doze) atos institucionais foram editados. Ainda, no mesmo ato, o artigo 3º dava ao Presidente da República o poder de decretar intervenção nos Estados e Municípios, sem qualquer limitação, em verdadeira suspensão de vigência da Constituição; além disso, o artigo 4º possibilitava ao mesmo mandatário a suspensão dos direitos políticos de quaisquer cidadãos, bem como a cassação de mandatos eletivos federais, estaduais e municipais. Eram admitidas aplicações de várias medidas de segurança, sem que o poder judiciário pudesse conhecer de qualquer ação a elas relacionada. O artigo 10 do mesmo ato suspendeu a garantia do *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social, e a economia popular, vedações abrangentes e abertas à interpretação favorável ao regime ditatorial, de modo a retirar completamente a efetividade dessa tão importante garantia.

Nota-se que, por esse ato, que nem mesmo disfarçou o descaso para com o judiciário, o Presidente da República exercia poderes muito acima dos que tinha, à época, o Supremo Tribunal Federal, no tocante aos direitos humanos e fundamentais. Em verdade, ele passou a exercer o julgamento sobre o próprio STF, em manifesta inversão da previsão constitucional, de que o Supremo é que julga os atos do Presidente da República.

Esse quadro normativo, que engessava o Poder Judiciário, levou até mesmo à reforma da Constituição de 1967 por meio de uma emenda (a de número 1, de 1969), por ato dos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica, em manifesta violação ao que dispunha o artigo 50, sobre o procedimento legislativo para a sua emenda. Essa emenda preservou a vigência do Ato Institucional de nº 5 e dos demais atos posteriormente baixados, que seriam aplicados consoante o interesse e a conveniência do comando militar.

Os atos institucionais tiveram vigência até 31 de dezembro de 1978, e foram revogados pela Emenda Constitucional de nº 11, que entrou em vigor no dia seguinte. Mas, mesmo nesta emenda, foi mantida a proibição de o judiciário apreciar os atos abusivos praticados no período em que vigoraram os atos institucionais impostos pelo regime militar, proibição que esteve presente em praticamente todos eles, clara demonstração da influência na justiça, no período.

Ora, essa proibição impedia qualquer reconhecimento das gravíssimas violações verificadas durante aquele período, desde 1964, de maneira que os responsáveis jamais foram punidos, situação que persevera no Brasil, em razão da interpretação que tem sido dada pelo Supremo Tribunal Federal à denominada Lei da Anistia, como se o esquecimento fosse o “remédio para a cura”, e não o veneno, que pode levar à novas violações como as que ocorreram durante a ditadura militar.

É verdade que, depois da abertura política e da instauração da transição para a democracia, no Brasil e na Argentina as Cortes Supremas buscaram exercer o papel que lhes cabia nesse contexto, qual seja, o de guardiãs das reconquistas dos direitos que tinham sido duramente violados e usurpados durante os governos militares. Assim, fala-se, novamente, no Estado Democrático de Direito.

Aqui, a esperança foi renovada a partir da instauração da Assembleia Constituinte, que levou à denominada Constituição Cidadã, de 1988, e com ela trouxe amplo rol de direitos fundamentais individuais e sociais, preocupação bem razoável após um período de tão dura ditadura militar, que praticou um sem número de violações aos direitos então elencados nas Constituições de 1964, 1967 e emenda Constitucional de 1969. Até por isto, referidos direitos foram erigidos à condição de cláusulas pétreas.

Porém, mesmo após o início da transição para a democracia, com o fim do regime militar, no campo político e no jurídico o sistema tem possibilitado oportunidades à ilícita corrupção e ao tráfico de influência em vários segmentos da coletividade e em diferentes grupos, além de ter gerado inadmissíveis privilégios, nem sempre lícitos, morais e éticos.

Essas situações configuram-se obstáculos às transformações sociais necessárias e ao aprimoramento da democracia, inclusive no sistema judicial.

Não obstante esse quadro, fez-se a análise de vários casos julgados nas Cortes Supremas do Brasil e da Argentina, nos quais se notou o empenho no restabelecimento de direitos humanos e fundamentais.

Na Argentina, a Corte Suprema de Justicia de la Nación assumiu importantíssimo papel na luta contra a impunidade dos praticantes das gravíssimas violações aos direitos humanos cometidas durante o período do regime ditatorial militar. Essa postura não se viu no Supremo Tribunal Federal, no Brasil. Antes, aqui, há omissão do Poder Judiciário no tocante à punição dos praticantes de crimes naquele período.

Assim, a CSJN decidiu vários casos envolvendo questões relacionadas aos abusos cometidos pelos militares, inclusive enfrentando o problema da inconstitucionalidade da Lei da Obediência Devida e da Lei do Ponto Final. As posições da referida corte levou o Congresso Nacional argentino a revogar as duas leis, em 2003, e, finalmente, em 2005, a Corte Suprema declarou suas inconstitucionalidades, o que possibilitou a reabertura dos casos relacionados com os denominados crimes de lesa humanidade.

Ainda é de se registrar que a CSJN sempre procura observar os acordos internacionais firmados, inclusive perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No Brasil, ao contrário, nem sempre o STF os observa, e em vários casos opta por julgar consoante a ideia de soberania tradicionalmente existente de prevalência do direito interno e pouca consideração dos acordos internacionais subscritos e ratificados.

Na Corte Suprema de Justiça da Nação, na Argentina, notou-se claros avanços, até mesmo em decorrência da já mencionada observância dos acordos internacionais. Essas posições são verificadas em relação às condições carcerárias mínimas, ao duplo grau de jurisdição, aos direitos dos adolescentes em conflito com a lei, à observância do devido processo legal nas internações psiquiátricas involuntárias, à garantia da imparcialidade, à ampla defesa, ao direito à duração razoável do processo, aos contornos do conceito de periculosidade, ao direito das vítimas, e aos direitos dos investigados no caso de graves violações de direitos humanos.

Em relação ao aspecto mais importante da pesquisa – direitos fundamentais relacionados à execução penal, na história do STF e da CSJN, no período da ditadura e pós-ditadura –, tem-se que a persecução penal é efetivada em vários e diferentes momentos. Há a cominação da pena em abstrato para as condutas tipificadas como infrações penais; a persecução inicial, efetivada depois da prática do fato, o que se dá, em regra, por meio do

inquérito policial; a persecução efetivada em juízo, pela ação penal, que leva à decisão judicial e, no caso de condenação, à aplicação de uma sanção penal, e, por fim, a execução penal. O último momento é ligado aos dois anteriores, quais sejam, à cominação da pena e sua aplicação no caso concreto. Em outras palavras, o modelo de execução penal depende das opções feitas pelo legislador e do entendimento judicial ao prolatar a decisão condenatória.

A dogmática ensina que a pena tem os fins de prevenção social, de retribuição ao condenado infrator, e de ressocialização. Mas, há muito tempo, essas finalidades não são atingidas. Pelo contrário, a pena privativa de liberdade tem servido para o aprimoramento dos criminosos, notadamente considerando-se o domínio que as facções criminosas exercem nos estabelecimentos prisionais. Assim, contemporaneamente, a privação de liberdade serve para contenção da pessoa condenada e, no Brasil, ao fomento das facções criminosas.

Em decorrência dessa realidade, os dados colhidos em diferentes partes do mundo demonstram a falência dessa espécie de sanção penal, até mesmo em razão dos elevados índices de reincidência que se constata em relação àqueles que descontam suas penas nos estabelecimentos prisionais. Aliás, inclusive em lugares com boa estrutura nos presídios, a reincidência também é elevada, como na Suécia (70%), na Inglaterra (69%), índices não muito diferentes do existente em relação aos estabelecimentos brasileiros (70%).

Estes dados mostram que, efetivamente, a privação de liberdade não cumpre qualquer papel de reabilitação, e se trata de violenta realidade que mais oprime e reforça os valores negativos normalmente presentes no condenado.

A execução penal, no Brasil, passou a ser judicializada em 1984, com a reforma penal, por meio da atual Lei de Execução Penal (nº 7.210), que trouxe efetivos avanços em relação a esse momento da persecução penal, notadamente porque, desde então, exige-se a observância do devido processo legal em favor da pessoa detida, o que propicia, em tese, maior respeito aos seus direitos fundamentais.

Ocorre que, se na teoria, a Lei de Execução Penal brasileira é boa, o que se vê na prática é o total descaso do Estado no tocante ao mínimo exigido para a dignidade da pessoa humana que cumpre pena, o que acaba por atingir, também, os familiares dos detidos.

Exemplo disso tem-se, no Estado de São Paulo, o problema relativo à revista íntima quando das visitas. A lei 797, aprovada em 03 de julho de 2014 pela Assembleia Legislativa e sancionada no dia 12 de agosto de 2014, proíbe a revista íntima. No entanto, não foram adquiridos, em número suficiente, os scanners corporais, os detectores de metais e os aparelhos de raio X, mencionados como meios para a necessária revista sem ofensa à intimidade da pessoa, de maneira que, ainda hoje, em alguns estabelecimentos, a revista

íntima continua a ser efetivada. E, portanto, o familiar do preso, que não cometeu qualquer infração penal, é punido quando da visita a que tem direito, sendo ele também (o familiar) transformado em inimigo do Estado pelo só fato de ter relações de parentesco com o detido. Não sem motivo, os efeitos psicológicos que esses familiares sofrem são equiparados aos dos torturados na ditadura militar.

Verifica-se, pois, que, no âmbito da execução penal, os agentes do direito não conseguem concretizar a harmonização dos princípios jusfundamentais em colisão. Ora, se em determinada situação concreta existir contraposição entre dois princípios constitucionais, será necessária a adoção da máxima da proporcionalidade para restrição, com as seguintes exigências: a) que a medida restritiva seja apta à obtenção do fim proposto; b) que não haja outro meio menos gravoso para se obter o mesmo fim; c) que o sacrifício ao jusfundamental esteja em relação proporcional com a importância do bem a ser salvaguardado. Em resumo, busca-se saber se a restrição jusfundamental é necessária, adequada e justificada pelo valor ou importância do bem protegido.

Mas, no que concerne à execução penal, não tem existido a preocupação de correta adoção da máxima da proporcionalidade quando se fala em restrição de direitos fundamentais, que têm sido confundida com violações jusfundamentais, que não podem ser admitidas.

De fato, é possível, rapidamente e sem a pretensão de esgotar as hipóteses, apontar várias inviduosas violações a direitos fundamentais na esfera da execução penal: a) a superpopulação carcerária, com a colocação de impressionante e elevado número de presos num único xadrez (ou cela), o que leva, até mesmo, à necessidade de verdadeiro “rodízio” para que todos tenham a oportunidade de algumas horas de sono na posição horizontal, e não na vertical, por vezes, amarrados nas grades; b) a falta de respeito ao mínimo de higiene, salubridade, ventilação, do que resulta a disseminação de doenças infectocontagiosas; c) a não concessão de oportunidade de trabalho a todos os presos, o que implica, muitas vezes, em revolta nas unidades, além da impossibilidade de se conferir o direito à remição da pena; d) a ausência de efetiva assistência jurídica, de modo que os direitos que os detidos têm não são efetivados e, até mesmo, presos que já cumpriram totalmente a pena imposta continuam detidos; e) a falta de concreta assistência à saúde, na prevenção e no tratamento de doenças; f) a não observância da necessidade de atividades culturais, educacionais, sociais, etc. nas unidades prisionais, além de outras tantas violações.

Esse descaso do Estado levou ao domínio do sistema prisional por facções criminosas, e, em decorrência das disputas de poder que se dão entre elas, têm-se as rebeliões, com assassinatos de muitos presos. Aliás, chama a atenção que as autoridades, por meio do

serviço de inteligência, conseguem detectar essas disputas e até mesmo as ações de uma facção contra a outra, no interior dos presídios, mas nada fazem para evitá-las, o que demonstra o total despreço do Poder Público, inclusive em relação às vidas dos presos.

Ainda, nestas considerações finais, em relação aos direitos dos presos, é de se observar que o seríssimo problema da superlotação nos estabelecimentos prisionais (em 2014, 567.655 presos, além de outros 147.937 detidos em regime de prisão domiciliar; em janeiro de 2017, 654.372 pessoas detidas nos presídios, sem contar aquelas que cumprem pena no regime de prisão domiciliar) demonstra o total descaso do poder público para com o mínimo, quando se fala em direitos fundamentais das pessoas presas: o número de vagas. Ora, considerando-se os dados apresentados pelo CNJ, tinha-se em junho de 2014 – atualmente, a situação é mais drástica – déficit superior a 210 mil vagas no sistema prisional.

Entre 2000 e 2014 houve um aumento de 119% no número de presos no Brasil. Mas, de junho de 2014 a janeiro de 2017, essa taxa de aprisionamento teve o significativo acréscimo de 15,27%, percentual médio superior aquele anterior.

Este crescimento é fruto da postura do poder judiciário, que tem aderido ao movimento de encarceramento, em vez de optar por outras medidas e penas alternativas à prisão. E essa atitude dos magistrados em geral é fruto das posições que o Supremo Tribunal Federal vem adotando, de restringir cada vez mais os direitos relacionados à presunção de inocência e aos benefícios a que os condenados fazem jus. Em outras palavras, quando o STF decide, por exemplo, determinar como regra a execução da pena privativa de liberdade depois da decisão de segunda instância (Tribunais de Justiça estaduais ou Tribunais Federais Regionais), essa posição é seguida imediatamente pelos demais órgãos do judiciário, o que redundará em mais encarceramentos e, pois, em violações aos direitos previstos em lei.

Diante desse quadro é impossível falar-se em salubridade, em observância de regras básicas relativas à saúde, de modo que há disseminação de doenças infectocontagiosas nos presídios, sem falar na falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de camas para todos, etc. Por isto, como constado nos levantamentos mencionados no curso do trabalho, em algumas unidades, nas celas, os detentos se veem na necessidade de organizarem uma agenda com horários, para cada um ter algum tempo de sono na posição horizontal.

Também por força do número elevadíssimo de presos, além da ausência de políticas públicas, têm-se outras violações. O poder público não consegue dar assistência jurídica a todos, nem reconhecer os direitos que ele próprio estabelece na Lei 7.210 (Lei de Execução Penal), inclusive aqueles previstos em seu artigo 41.

Diante disso, entende-se que o sistema prisional tem sido, no Brasil, manancial de chocantes e constantes violações a direitos fundamentais, sem que o poder público, até mesmo o judiciário, tome as medidas necessárias para que aquilo que ele exige de todo e qualquer cidadão, ou seja, o cumprimento e observância das leis, também se exija do Estado, no tocante à execução penal. Não é razoável que aquele que processa, pune e prende o cidadão violador da lei continue, impunemente, a transgredir sua própria Lei de Execução Penal e a Constituição Federal, desrespeitando os direitos dos presos, além de outras violações no sistema prisional.

Há, no particular, evidente falta de políticas públicas, conforme afirmam, inclusive, o CNJ e o CNMP. Por isto, diz-se que nos cárceres tem-se a mais grave violação de direitos humanos e fundamentais, o que compromete não apenas o sistema, internamente, mas toda a sociedade, pois essa realidade tem levado aos altíssimos índices de reincidência entre os egressos dos estabelecimentos prisionais.

Se é verdade que as Cortes Supremas do Brasil e da Argentina atuaram, em vários casos, com firmeza, em relação à efetivação e respeito aos direitos humanos e fundamentais, também observa-se que, em especial na pós-ditadura, nos tempos mais próximos aos dias de hoje, há decisões que não primam por tais direitos, como a proferida pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à antecipação da execução da pena privativa de liberdade, o que, como já visto alhures, corresponde à negativa da constitucional garantia da presunção de inocência e a proclamação de regra não prevista no sistema normativo pátrio, a saber, a presunção de culpabilidade a partir da decisão prolatada em Segunda Instância.

E constata-se, ainda, que quase nada se faz para o enfrentamento da gravíssima questão da superlotação carcerária no Brasil, o que leva a outras inúmeras violações de direitos jusfundamentais.

Esse quadro possibilita o questionamento a respeito da constitucionalidade do próprio sistema. De fato, não se fala em procedimento válido, na esfera criminal, sem o respeito aos direitos e garantias constitucionalmente previstos. Assim, também em relação à execução penal é necessário que se observe (a) o devido processo legal; (b) o princípio do juiz natural e da jurisdicionalização, de maneira a não se admitir que decisões judiciais ou administrativas posteriores à sentença condenatória transitada em julgado tornem mais grave a situação do condenado - o que, infelizmente, se nota com constância; (c) a presunção de inocência, inclusive em relação às faltas disciplinares imputadas aos presos pela administração do estabelecimento prisional, em relação ao que o básico direito de defesa nem sempre é respeitado, pois, como o preso não é tratado como pessoa e sim como mais um

número, não há esmero em se apurar quem, de fato, praticou a falta disciplinar, e o reconhecimento de sua prática leva o detido às sanções disciplinares e processuais, bem como ao inconstitucional RDD – regime disciplinar diferenciado –, que impõe ao preso o completo isolamento de outras pessoas, a não ser excepcionalmente, em pouquíssimas situações; (d) os princípios da ampla defesa e do contraditório, notadamente nos procedimentos disciplinares de apuração de faltas imputadas; (e) o princípio da igualdade, que deve levar ao tratamento igualitário aos que estão na mesma situação, mas também ao tratamento desigual aos que se acham em situação de desigualdade, em especial, a desigualdade relativa ao preso com deficiência física, raramente respeitado em seu direito ao tratamento especial, em relação ao que também se tem a omissão do Estado, que não envida políticas públicas com o fim de dar efetiva condição de acessibilidade e de existência ao preso com deficiência.

Enfim, é necessário que o Poder Público observe a dignidade pessoal dos cidadãos presos. Todavia, os direitos que a eles são reconhecidos constitucionalmente e por outras leis têm sido constantemente violados, como o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu, ao afirmar o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional pátrio.

Neste contexto, faz-se necessário que o STF cumpra o seu papel de guardião da Constituição e garanta a efetividade dos direitos dos presos, como se verificou em algumas das decisões prolatadas em plena ditadura militar.

No mencionado período, a Corte Suprema brasileira reconheceu ilegalidade de decisão que impusera ao preso regime carcerário com isolamento celular de 22 horas por dia, de segunda a sexta-feira, e de 24 horas por dia, nos finais de semana, isto, em favor de pessoa que fora condenada por crimes praticados enquanto integrante do “Esquadrão da Morte”, observando-se que, na decisão, o Supremo Tribunal Federal registrou expressamente que a norma de hierarquia inferior não pode impedir a observância do imperativo constitucional do respeito, por todos, à integridade física e moral do preso.

No mesmo período, por meio de *habeas corpus*, o STF cassou decisão de tribunal estadual que negara ao sentenciado o direito de ver aplicada, desde logo, lei nova mais benéfica, consoante o princípio da legalidade, na vertente da retroação da lei penal mais favorável, o que se liga à efetividade do acesso à justiça.

Também, em pleno regime ditatorial, a Corte reconheceu a validade da prisão domiciliar, mesmo não prevista em lei e não cabível no caso concreto – em postura claramente humanitária e de respeito à dignidade da pessoa –, além de, em outro caso, ter dado interpretação extensiva a dispositivo legal que garantia a prisão domiciliar para substituir a prisão especial, o que se aplicava apenas a algumas pessoas que a ela faziam jus. No caso,

tratava-se de simples mulher, acusada de homicídio contra seu marido, e o Tribunal de Justiça gaúcho determinara que ela aguardasse presa, recolhida ao cárcere, o segundo julgamento – fora absolvida no primeiro.

No mencionado julgamento, o STF, por seu Ministro Relator, afirmou que não era viável interpretar a lei de forma restrita, pois não se podia concordar que o legislador tivesse pretendido conceder odioso privilégio em favor dos grandes da república, dos doutores, etc. Essa postura tinha em vista o respeito ao ser humano, bem como evitar sua degradação no terrível ambiente carcerário. Vale dizer, esse entendimento decorria da finalidade de recuperação da pessoa detida, caminho que, contemporaneamente, não é trilhado pelos agentes do Direito, inclusive os magistrados, em todas as instâncias, dado o cego apego ao normativismo, com a interpretação da lei de modo a inviabilizar alguns direitos humanos e fundamentais.

Convém registrar que, àquela época, a situação carcerária não era de tamanha crise, como hoje se vê. Vale dizer, se naquele período de ditadura, por vezes mesmo sem previsão legal, o STF afirmava direitos aos presos, hoje essa atitude deveria estar ainda mais presente nos julgamentos, para evitar-se, ao máximo, o recolhimento ou a manutenção do acusado e do condenado ao terrível e degradante ambiente do cárcere.

A ideologia que se fazia presente no STF e que norteou vários julgamentos, durante a ditadura militar, era a de buscar a recuperação da pessoa. Essa questão ideológica é interessante, como ficou bem posto na análise do caso julgado no RHC 62.411/GO (item 3.3.1.4). O Juiz de Direito de primeira instância indeferiu o pleito de transferência do preso para a cidade onde residia sua família, sob o fundamento de que isso seria uma espécie de “prêmio” ao sentenciado, e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal manteve a referida decisão. Todavia, em posição oposta, o STF reconheceu que era salutar a volta do sentenciado ao seu meio, inclusive para ter o apoio familiar, o que geraria maiores possibilidades de sua reintegração à sociedade, como pessoa útil. Em outras palavras, enquanto o magistrado entendeu que a transferência do preso para perto de sua família configuraria um “prêmio”, o STF sustentou que essa medida – a transferência – concorreria para a recuperação do sentenciado, o que também é de interesse da coletividade.

Também se trabalhou decisão do STF em que ficou manifestada a preocupação em fazer cessar o excesso de prazo na execução da pena; o entendimento de que policial militar que espancara preso deveria ser julgado perante a justiça comum, e não a militar, além de outras, em que a Corte Suprema primou pelo respeito aos direitos dos presos, mesmo durante a ditadura militar.

E, na pós-ditadura, o Supremo Tribunal Federal prolatou decisões que não garantiram os direitos de condenados, como se viu no julgamento do RHC 63.098/RJ, em que se negou a individualização da pena, o que levaria à redução da reclusão a Raul Fernando do Amaral Street – o “Doca Street” –, no caso do assassinato de Ângela Diniz; ou, na contramão de decisões outras, a afirmação de que a concessão da prisão albergue era de ampla discricionariedade do juízo das execuções, o que significava deixar o direito do sentenciado vinculado aos eventuais caprichos do magistrado de primeira instância.

Ainda, mais recentemente, têm-se as infelizes decisões prolatadas no HC. nº 126.292/SP, confirmada nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs. 43 e 44, e que tornou regra a execução antecipada da pena privativa de liberdade, em manifesta ofensa à garantia constitucional da presunção de inocência (acórdãos analisados no item 3.3.2.3).

É evidente que esse novo entendimento do STF redundará em significativo aumento da população carcerária, que já é muito superior ao número de vagas existentes, sendo interessante lembrar que, antes mesmo dessas decisões, o ex-Ministro da Justiça, José Eduardo Cardoso, externou a previsão de que, em 2022, o Brasil contaria com mais de 1 milhão de presos.

A referida postura do STF significa a inquestionável opção por prender mais (HC 126.292), de um lado, e, de outro, o reconhecimento de inconstitucionalidade do próprio sistema prisional (ADPF 347), com a reparação pecuniária aos presos, por força do dano moral (RE 580.252), decisões inquestionavelmente contraditórias, do mesmo Órgão.

Cumprindo, aqui, anotar que, em diversos países, houve o movimento que se vê atualmente no Brasil, qual seja, o de encarcerar mais e mais, como se essa fosse a solução para os problemas da criminalidade, violência e insegurança. Nos EUA, por exemplo, nas últimas décadas, a população carcerária multiplicou-se várias vezes, e atingiu notadamente pessoas mais pobres e, em especial, negras (no final do século passado, mais de 40% dos presos, enquanto a população negra era de cerca de 9,5%). Hoje, naquele país, os estudiosos e agentes do Direito estão estudando mecanismos para reduzir a população carcerária, até porque o aumento do número de presos não gerou redução na criminalidade.

Também no Brasil essa tendência não proporciona qualquer resultado positivo. Exemplo disso tem-se no tocante à denominada Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072, de 1990), que tornou muito mais rígido o tratamento aos praticantes de vários crimes – rol que tem sido acrescentado com o passar dos anos, conforme o populista agir do legislador –, o que levou ao aumento do número de presos sem que essa medida tivesse dado fruto para a sociedade. Ao contrário, o que se vê é o aumento de vários crimes elencados como hediondos,

ou a ele equiparados, como o tráfico de drogas, o estupro, em determinados momentos as extorsões mediante sequestro, dentre outros. Vale dizer, recrudescer o tratamento aos criminosos, com aumento dos casos de encarceramento, não é caminho recomendável, pois gera o constante desrespeito aos direitos dos presos, e se trata de posição adotada na vigência do Estado de Exceção que, ao tornar-se regra, traduz-se no paradigma do campo de concentração.

Ademais, o preso, quando ingressa no sistema, precisa optar por alguma das facções criminosas que dominam os presídios, e essa escolha o vincula para sempre, mesmo depois de alcançar a liberdade, a partir do que ele (agora ex-preso) terá de, mensalmente, contribuir financeiramente com a facção, dever que não pode ser descumprido, sob graves penas. Ora, como o ex-preso não encontra oportunidades de emprego, pela exclusão e desconforto que causa na coletividade, para cumprir aquele dever ele acaba por retornar à prática delitiva, aumentando os percentuais de reincidência.

Em relação aos julgamentos pesquisados, envolvendo a Argentina, no tocante à persecução penal do Estado e à execução penal, enfatiza-se que a Corte Suprema de Justicia de la Nación, em 1979, no Caso Júlio Carlos Gonzáles, afirmou ser direito de todo imputado obter um pronunciamento de modo mais rápido possível, evitando-se as incertezas e as desnecessárias restrições de liberdade. Vale dizer, em plena ditadura militar, na Argentina a CSJN reconheceu direito que, no Brasil, só foi afirmado em 30 de dezembro de 2004, pela Emenda Constitucional nº 45, a saber, a garantia da duração razoável do processo.

Mas, com outra postura, no caso Francisco Herrada Estrada Vicente e Horácio Alejo Maza, a Corte Suprema confirmou resolução de Juiz de Direito de primeira instância, que determinara a transferência de presos não perigosos para presídios de outra província, em locais distantes de suas famílias, de forma a dificultar o apoio que delas vem e o direito às visitas. Essa decisão contrariou o previsto no artigo 18 da Constituição Nacional, que garante a permanência do detido em estabelecimento prisional da província em que se acha por força do processo, dispositivo normativo que visa mantê-lo próximo de sua família, até pelo apoio e visitas, que são relevantes na busca da recuperação do detido, objetivo que é previsto na lei de execução penal da Argentina.

Ainda na contramão dos direitos fundamentais, no caso Patricio Nicolás Savage, a Corte Suprema decidiu pela não aplicabilidade de lei nova mais benigna, sob o argumento de que a pena já fora totalmente executada. Ocorre que o Código de Procedimentos em Matéria Criminal, na Argentina (equivalente ao Código de Processo Penal, no Brasil), prevê expressamente, no artigo 551, inciso 4º, a aplicação da lei mais favorável, inclusive para

revisão da decisão. O caso se referia à anistia, prevista na Lei 20.429, e ela (a anistia) apaga a própria condenação, pois faz desaparecer o crime e todos os efeitos penais da conduta, de modo que o fato de a pena já estar totalmente cumprida não fazia desaparecer o interesse pela imediata aplicação da nova lei, no caso.

No período pós-ditadura, a partir de 1986, na quase totalidade dos julgamentos efetivados, a Corte Suprema de Justicia de la Nación, na Argentina, teve posicionamentos favoráveis aos direitos humanos e fundamentais.

Houve a análise de decisão em que se manteve autorização de traslado do preso Ceferino Salinas para outra localidade, para que ele pudesse manter visita íntima com sua esposa, com quem contraíra matrimônio pouco tempo antes. Essa decisão, prolatada com base em lei de execução penal que já vigia à época da ditadura militar, preservou o respeito ao direito do preso, de autorização para ser ele transferido ao local de domicílio do cônjuge, para visita íntima, por quatro horas. Claro restou, nessa decisão, uma posição humanitária e de preservação da saúde emocional do preso, o que se relaciona à sua dignidade.

Ainda chamou a atenção, na pesquisa, a decisão da CSJN de 19 de outubro de 1995, caso Gustavo Gastón Dessy, tomada com base em lei da época da ditadura militar, em que se reconheceu o direito que os presos têm ao sigilo de suas comunicações e correspondências, ainda que se cogite que elas tenham relação com temas sociais e políticos. Sustentou-se que a observância desse direito é relevante no processo de readaptação social do preso.

Também foram analisados outros relevantes julgamentos da Corte Suprema, como o que reformou decisão administrativa de imposição de sanção de 15 dias de cela isolada ao preso, sob o fundamento de que havia, no caso, necessidade do controle judicial – prestígio do direito a uma execução penal judicializada – (caso Hugo Alberto Romero Cacharane); e decisão que envolveu o problema também existente naquela nação, relativo à superlotação carcerária e suas deletérias decorrências, com determinação da Corte de observância, pelos demais tribunais, dos direitos humanos e fundamentais dos presos, afirmando-se que os déficit's orçamentários não se configuravam como justificativas para as transgressões narradas no recurso (recurso do Centro de Estudios Legales y Sociales, na causa Horacio Verbitsky).

Todavia, na contramão dos direitos humanos e fundamentais, tem-se a decisão proferida no caso José Augusto Cayetano Nasso, que negou a transferência do preso para unidade penitenciária que melhor atendesse sua necessidade de tratamento, por ser ele portador do SIDA, observando-se que o local pretendido ficava mais próximo da família do detido. Vale dizer, não se observou o princípio humanitário, no caso, e a dignidade da pessoa,

além da ofensa efetivada ao artigo 18 da Constituição Nacional. A demonstrar o equívoco dessa decisão, tem-se outra, prolatada posteriormente, no caso Sérgio Gomes, na qual a Corte Suprema reformou decisão do tribunal inferior que indeferira o pleito de transferência para estabelecimento mais adequado ao tratamento da mesma grave enfermidade.

Verifica-se que, assim como no Brasil (STF), também na Argentina, a CSJN foi colocada como derradeira esperança para o respeito ou restauração de direitos humanos e fundamentais, durante o período ditatorial, e, na pós-ditadura, são verificadas decisões retrógradas e sem apreço por tais direitos.

Constataram-se, nas decisões analisadas, variações de posturas, por vezes mais avançadas – inclusive durante as ditaduras militares –, e em outros momentos, julgamentos que significaram retrocesso no tocante aos direitos humanos e fundamentais, mesmo na pós-ditadura.

Esses variados posicionamentos reforçam a conclusão de que, para as duas Cortes Supremas pesquisadas, direito é o que elas dizem ser, independentemente das demais fontes, como a doutrina, a jurisprudência de outros tribunais, decisões de juízes, interesse do legislador etc.

Ademais, o fato de que essas Cortes tiveram firmeza no resguardo de direitos dos presos, durante a ditadura militar, leva ao questionamento a respeito das razões que as impediram de atuarem como guardiãs de outros direitos dos cidadãos não presos, naquele período, mesmo com a evidência de tão graves violações às garantias constitucionais nos dois países. Sustenta-se que o nível de alinhamento e aproximação do Poder Judiciário com os comandos ditatoriais explica essa postura omissiva, que levou ao não reconhecimento da manifesta inconstitucionalidade dos denominados Atos Institucionais.

Quando se verifica o apoio que aqui foi dado pelo STF ao comando militar, inclusive com expressa adesão do então Presidente da Corte, constata-se o mencionado alinhamento. De fato, logo depois do golpe de estado de 1964, vários dos componentes do Supremo Tribunal apoiaram as medidas impostas pelo comando militar, a ponto de o Presidente Ribeiro da Costa ter afirmado que a sobrevivência da democracia impõe, em momentos de crise, o sacrifício transitório de alguns de seus princípios e garantias constitucionais, enquanto o Ministro Vilas Boas saudou o vitorioso movimento anticomunista, de bravos soldados, e o Ministro Pedro Chaves asseverou que entendia a revolução de 31 de março como uma manifestação da providência divina em benefício da pátria.

Com tão sério alinhamento e proximidade entre o STF e o comando militar, não era mesmo de se esperar o reconhecimento da inconstitucionalidade dos Atos Institucionais, base

normativa utilizada pelo regime imposto para tantas práticas de extremadas violações aos direitos humanos e fundamentais. Por isso, várias decisões, não apenas do Supremo Tribunal Federal, mas também de outros órgãos do Poder Judiciário, eram despidas de valorações e de análise de razoabilidade da situação, já que não se via como aceitável a invalidação de um dispositivo normativo com fundamento em inadequadas razões e valores para a sua edição. Em outras palavras, naquele momento houve uma idolatrização do judiciário em relação ao Estado-Executivo, que lhe permitia tudo fazer, com a complacência dos órgãos e instituições responsáveis por controle e interferência. Essa idolatrização assumiu os contornos de autoritarismo jurídico, pois o acesso à justiça era negado e, por decorrência, o respeito aos demais direitos, sem que o judiciário reagisse. Assim, os cidadãos sofreram terríveis e perversas arbitrariedades, e o Judiciário omitiu-se, numa negação da justiça.

Para a efetivação da Justiça não bastam as conhecidas declarações reconhecedoras de direitos humanos, que são constantemente quebradas. Também é necessário o compromisso com valores éticos, como a observância da dignidade humana – inclusive das pessoas encarceradas – e o respeito aos valores democráticos, como a necessidade de preservação das garantias constitucionais.

A mesma postura verificou-se na Argentina, ainda que lá o nível de alinhamento entre a Justiça e o regime militar tenha sido menos intenso do que no Brasil.

Vale dizer, a aplicação das legislações autoritárias impostas durante as ditaduras militares, aqui e lá, sem oposição do judiciário, pode bem ser explicada pelo mencionado alinhamento.

Paradoxalmente, depois da abertura democrática e do advento da Constituição Federal de 1988, várias decisões do STF não primaram pelo reconhecimento de garantias fundamentais, muito provavelmente em decorrência dos clamores públicos de pessoas influenciadas pela mídia, que se alia ao estado policial, cada vez mais presente na vida, em nome da defesa da segurança pública e do combate à violência e à criminalidade, ainda que isso ocorra com o altíssimo preço de violações de direitos humanos e fundamentais. Muitos entendem que são sujeitos de tais direitos apenas as pessoas de bem, que vivem conforme a fórmula imposta pelo Estado, sendo eles inaplicáveis e irreconhecíveis aos que violam as disposições normativas existentes.

Isto significa dizer que a abertura política, por si, não garante que as Cortes assegurem os direitos fundamentais estabelecidos no sistema normativo.

Assim, contemporaneamente, no Brasil, nota-se que o judiciário, inclusive o Supremo Tribunal Federal, vem alinhando-se com a postura majoritária encontrada na

coletividade, o que gera preocupação, uma vez que as pessoas que compõem a “massa”, da qual se extrai o querer majoritário, é facilmente manipulada pela mídia, que, pois, passa a nortear os caminhos trilhados pela justiça nas decisões que profere. Isto ficou bem claro, no entender deste pesquisador, no julgamento do denominado “caso mensalão”, no STF, assim como na mesma Corte, os julgamentos que redundaram no estabelecimento da regra da execução antecipada da pena, verdadeira presunção de culpa a partir da decisão condenatória de segunda instância, em total descaso para a constitucional garantia de que ninguém será considerado culpado senão depois do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Realmente, no julgamento do HC nº 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal não primou por valores próprios do Estado Democrático de Direito. Ao contrário, a decisão do STF configura forma de manifestação do arquétipo do Estado de Exceção, a saber, a transformação da presunção de inocência em presunção de culpabilidade a partir da decisão de Segunda Instância. De fato, o entendimento esposado por maioria no referido julgamento significa uma transmutação da constitucional regra de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da decisão condenatória para outra, a saber, a regra de que todos serão considerados culpados depois da decisão condenatória confirmada em Segunda Instância.

A presunção de inocência está inserida no rol dos deveres de proteção do Estado em favor de todos, indistintamente, de maneira que o Poder Público não pode ter uma postura de inimigo. Antes, o Estado precisa atuar com todo o respeito aos direitos fundamentais, com a garantia de que serão eles efetivados, adotando não apenas uma postura de abstenção – não violador –, mas, sobretudo, uma atitude de protetor e promotor desse direito fundamental. Todavia, nota-se que a garantia jusfundamental da inocência vem sendo tratada, na prática, como um mito, em especial no Brasil, e não como uma presunção garantida constitucionalmente. E, por assumir os contornos de um mito, há a facilitação para os julgamentos paralelos pela mídia, entrevistas por membros do Ministério Público e policiais, nas quais o suspeito é tratado como culpado. Assim, a execução antecipada da pena é corolário desse quadro.

Ademais, entende-se que o atual alinhamento do judiciário à posição majoritária da sociedade também é encontrado no denominado caso “Lava Jato” – em verdade, um sem número de casos, o que, por si, demonstra que a regra da imparcialidade está mitigada.

Não se pode deixar de registrar a elevada preocupação que se faz presente no atual momento, no Brasil, em relação à crise política fruto das corrupções de muitos agentes públicos. Ocorre que, segundo o entendimento aqui esposado, é possível fazer-se um paralelo

com o momento crítico imediatamente posterior ao golpe de estado efetivado no Brasil, quando vários Ministros do Supremo externaram o apoio ao comando exercido pelos militares, inclusive o então presidente, Ribeiro da Costa, que sustentou que a sobrevivência do regime democrático é efetivada, nos momentos de crise, com o sacrifício transitório de alguns de seus princípios e garantias.

Ora, afirmação semelhante foi feita pela Ministra Rosa Weber no julgamento do “Caso Mensalão”. Depois de sustentar ser justificável uma elasticidade das provas da acusação naquele caso – manifestas violações aos princípios da igualdade em relação à defesa, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da imparcialidade –, S. Exa. completou que no julgamento de crimes tão graves, de poder, como aqueles apurados no caso, algumas garantias são quebradas para possibilitar a melhor decisão no caso.

E agora, no denominado “Caso Lava Jato”, a justiça federal de segunda instância (TRF da 4ª Região), ao julgar procedimento relativo à responsabilização do juiz de direito que conduz as ações penais, por divulgação das interceptações telefônicas que envolviam a então Presidente e o ex- Presidente da República, afirmou que essa apuração constitui um caso inédito no direito brasileiro, com situações que escapam ao regramento genérico destinado aos casos comuns.

Esse entendimento do TRF teve como base a máxima de que ninguém pode se colocar acima da lei. Todavia, não se pode ignorar o outro lado do mesmo aforismo, que deve ser compreendido com maior abrangência, pois, se é verdade que ninguém pode ser colocado acima da lei, também verdadeiro é que ninguém pode ser colocado abaixo da lei, no tocante às garantias nelas presentes.

Nota-se, nesses citados exemplos, o reviver da perigosa excepcionalidade vista por ocasião do golpe de estado de 1964, em que o STF aceitou passivamente as ofensas aos direitos e às garantias fundamentais.

Em suma, no desenvolvimento da pesquisa constatou-se que houve, tanto no Brasil como na Argentina, regimes autocráticos, com as ditaduras militares, e nos dois Estados foram implantados sistemas normativos autoritários, fechados e que propiciaram violações de direitos fundamentais.

Posteriormente, no último quinto do século passado, passou-se à transição, com a adoção de regras mais abertas e transparentes, com o ideal de busca de concretização de direitos humanos e fundamentais.

Todavia, na contemporaneidade, as instituições não estão tão atuantes, em especial a Justiça, que não tem dado o devido valor e importância às regras. E nota-se que há extrema

valorização dos que, de forma carismática, estão inseridos no processo político, em postura que, por vezes, distancia-se da racionalidade, o que é bastante prejudicial no tocante ao debate relativo à necessária postura democrática no judiciário. Por isto, em alguns momentos, em pleno Estado Democrático e Social de Direito, são verificadas práticas típicas de um regime autocrático, como o que se viu no Brasil e na Argentina nos períodos trabalhados nesta pesquisa.

É certo que em uma autocracia, a regra é o desrespeito aos direitos humanos e fundamentais. É isso que os dominadores promovem e efetivam. Todavia, num regime democrático, a situação parece ser bem pior quando tais direitos são violados solenemente, pois tal ocorre sob a roupagem da legalidade – e não nos porões próprios do regime de exceção –, com a justificativa de perseguição ao inimigo, como o praticante de crime ou o que cumpre pena.

No atual momento de crise por que passa a nação brasileira, em especial por força das questões relacionadas à corrupção de agentes públicos, parece que se dissemina o entendimento de que, para a democracia sobreviver, é razoável o transitório sacrifício de alguns de seus valores, princípios e garantias, como se viu logo depois de instalada a ditadura militar. Assim, desrespeito aos direitos humanos e fundamentais tem sido entendido por tribunais e instâncias superiores como admissíveis, dada a especificidade da situação que se enfrenta no Brasil. Ora, a violação de princípios jusfundamentais é, em si, antidemocrática.

Esse entendimento foi o mesmo que levou o judiciário a não se opor às violações praticadas durante o regime ditatorial, de maneira que se pode dizer que há, por vezes, resquícios de ditadura deste e neste poder (o judiciário), que se coloca acima da lei para dizer se os preceitos normativos garantidores de direitos devem – e como – ser aplicados.

Não é razoável que as Cortes Supremas tenham posturas de simples alinhamento ao pensamento majoritário. Antes, por força da manipulação midiática, a massa, a coletividade, sempre externa o desejo de tratamento o mais duro possível, até mesmo com a sumária aplicação da pena de morte ou de desaparecimento da pessoa apontada como criminosa. Em situação assim, é mais do que necessário que referidas cortes cumpram com os seus papéis de guardiãs da Constituição, de modo a ser assegurado o respeito aos direitos dos acusados e dos condenados, assumindo posição contramajoritária.

Outrossim, reafirma-se que o desejado e implementado aumento dos casos de encarceramento se torna ainda mais preocupante quando os olhos são voltados para a dura realidade de que a maioria dos estabelecimentos prisionais são controlados por facções, em verdadeiras e anômalas parcerias público-privadas, a saber, de um lado, o Estado

desorganizado, e de outro as organizações criminosas, que se organizam para a disputa do poder, entre elas, quadro que tem gerado muitos cruéis assassinatos de presos, como se viu, recentemente, em presídios de Manaus, de Boa Vista, e em vários Estados do nordeste brasileiro.

Mas há, também, a morte simbólica decorrente do total menoscabo aos básicos e fundamentais direitos, inclusive dos presos, como a já mencionada situação verificada nas Varas das Execuções Penais, nas quais é muito comum o preso ser julgado sem que seu nome seja inserido na decisão, situação que o despersonaliza, identificando-o pelo número de seu processo de execução penal. Não obstante, sua condição de ser humano e cidadão, durante o período em que cumpre pena privativa de liberdade o preso é identificado por um número, no qual ele é transformado, o que também leva à despreocupação em relação ao necessário respeito aos seus direitos.

Ao finalizar este trabalho, depois destas considerações finais, convém lembrar que o Ministro Ribeiro da Costa, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, em abril de 1964, na presença do Presidente Castelo Branco, em momento de crise e logo depois de perpetrado o golpe de estado, bem alertou que não se pode fazer descaso e ter postura de desprezo em relação aos direitos humanos e fundamentais, fruto de duras lutas, que custaram muito sangue e preciosas vidas. Pede-se licença para transcrever as palavras que ele proferiu naquele contexto de adversidades, conforme o registro de Osvaldo Trigueiro do Vale, já lembrado no primeiro capítulo: “Nas horas supremas, é forçoso que se reconheça, os juízes da democracia dominam os delírios da violência pela supremacia do ordenamento jurídico, na manutenção dos direitos assegurados à vivência humana”.

A Justiça não pode tratar os acusados como inimigos – como ocorreu na ditadura – e, em relação a eles, interpretar e aplicar as disposições normativas como se os considerasse como tais (inimigos). A Corte Suprema brasileira tem tido essa postura, como bem se vê nas interpretações dadas à garantia da presunção de inocência, que foi transmutada em presunção de culpa, condenação confirmada em segunda instância, ou até mesmo com a decisão condenatória de primeira instância, prolatada pelo Júri Popular (crimes intencionais contra a vida). Ou, ainda, nas decisões de restrições provisórias de bens e direitos tomadas em ações de improbidade administrativa, igualmente com verdadeira presunção de culpa. Não se pode esquecer que direitos humanos e fundamentais não se dirigem apenas às pessoas tidas pela sociedade e pela justiça como de bem, que não ofendem as regras e leis, mas também aos que se acham na condição de investigados, imputados, requeridos ou réus, pois eles continuam a desfrutar da condição de sujeitos de direitos.

Não se pode abrir portas para concretas violações de direitos e garantias fundamentais, como está ocorrendo inclusive no Supremo Tribunal Federal. Essas ofensas estão sendo operadas sob a roupagem de justificáveis restrições e de posturas democráticas, o que dificulta, em muito, a reação. Se, na ditadura, o soberano agia às claras e com base em disposições normativas postas inconstitucionalmente – os Atos Institucionais baixados nos anos de chumbo, que, como agora, invocavam a democracia e valores sociais para as ofensas aos direitos –, na contemporaneidade a ação violadora aos direitos humanos e fundamentais é concretizada na forma de absurdas interpretações, de modo que os julgadores agem sob a máxima de que direito é o que eles dizem ser, a exemplo do que o STF vem fazendo. E, assim, nem mesmo se tem efetivada a garantia mínima, a saber, aquela prevista em lei. Em outras palavras, hoje a aspiração está em se atingir o mínimo atrás mencionado – a lei posta –; mas, como nem esse mínimo está sendo assegurado, entende-se ser necessário um revisitar ao Direito Positivo e até mesmo à Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, pelos agentes do direito, notadamente pelos magistrados.

Que o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, e a Corte Suprema de Justicia de la Nación, na Argentina, não julgem de maneira a permitir o denominado Estado de Exceção, com desrespeito aos direitos humanos e fundamentais, inclusive dos presos. Antes, que as duas Cortes sejam sempre promovedoras e garantidoras de tais direitos, consoante o histórico e tradicional papel que lhes foi conferido constitucionalmente, notadamente nos momentos de crise.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ABREU, Pedro Manuel. **Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. 2ª ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Vademecum universitário de direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

AGAMBEN, Giórgio. **Homo Sacer**. O poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004-a

_____. O estado de exceção. **Revista Carta Capital**, São Paulo, ano 10, nº 284, pp. 76-78, 31 de março de 2004-b. Entrevista concedida a Elisa Byington.

ALCALÁ-ZAMORA, Niceto. **Derecho Procesal Penal**, Tomo I. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1945.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Rafael Salatini de. Bodin e o Estado. In **Revista Aurora** – UNESP/Marília – Programa de Pós Graduação em Ciências Sociais, v. 8, n. 2 (2015) Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/aurora/article/view/5245/3695>> Acesso em: 24 fev. 2017.

_____. Curso “Bobbio e a Democracia”. Marília: UNESP, de 07 a 10 de abril de 2014.

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à Justiça em Preto e Branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeo Torezan et al.(org). **Direitos humanos. Perspectivas e reflexões para o século XXI**. São Paulo, LTr. 2014.

ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. **O Estado e o Poder Judiciário no Brasil**. 2ª. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

_____. **O declínio do Estado-nação e o fim dos direitos do homem**. In: ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. R. Raposo. São Paulo: Cia. das Letras, 1989, pp. 300-336.

ARGENTINA. **Corte Suprema de Justicia de la Nación – CSJN**. Recurso Extraordinario j. em 25.11.1968. Buenos Aires/Argentina: CSJN, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion, tomo 272, p. 188.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación – CSJN**. Recurso Extraordinario j. em 07.03.1969. Buenos Aires/Argentina: CSJN, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion, tomo 273, p. 152.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación – CSJN**. Recurso Extraordinario j. em 18.08.1971. Buenos Aires/Argentina: CSJN, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion, tomo 280, p. 297.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación – CSJN**. Recurso Extraordinario j. em 17.12.1976. Buenos Aires/Argentina: CSJN, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion, tomo 296, p. 653.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación – CSJN**. Recurso Extraordinario j. em 11.12.1979. Buenos Aires/Argentina: CSJN, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion, tomo 301, p. 1181.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación – CSJN**. Recurso Extraordinario j. em 24.02.1981. Buenos Aires/Argentina: CSJN, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion, tomo 303, p. 256.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación – CSJN**. Recurso Extraordinario j. em 29.08.1986. Buenos Aires/Argentina: CSJN, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion, tomo 308, p. 1392.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación – CSJN**. Conflicto de Competencia j. em 05.03.1991. Buenos Aires/Argentina: CSJN, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion, tomo 314, p. 95.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación – CSJN**. Recurso Extraordinario j. em 19.10.1995. Buenos Aires/Argentina: CSJN, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion, tomo 318, p. 1894.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación – CSJN**. Recurso Extraordinario j. em 09.03.2004. Buenos Aires/Argentina: CSJN, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion, tomo 327, p. 388.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación – CSJN**. Recurso Extraordinario j. em 03.05.2005. Buenos Aires/Argentina: CSJN, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion, tomo 328, p. 1146.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Delitos de lesa humanidad**. Secretaría de Jurisprudencia. 1ª ed. Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2009.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Libertad de Expresion.** Secretaría de Jurisprudencia. 1ª ed. Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2010.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Hábeas data.** Secretaría de Jurisprudencia. 1ª ed. Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2012.

_____. **Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 338 - I.** 1ª ed. Secretaría de Jurisprudencia. Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2016.

ARISTÓTELES. **Política.** Brasília: Editora UNB, 1985.

_____. **Política.** Coleção Os Pensadores. Trad. Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ARQUIDIOCESE de São Paulo. **Brasil: Nunca Mais.** 11ª ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse desconhecido.** Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. **Sociologia Jurídica.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

BARBOSA, Rui. **Novos Discursos e Conferências.** São Paulo: Saraiva, 1933.

_____. **Oração aos Moços.** São Paulo: Editora Leia, 1959.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo nº 254,** Biblioteca Digital Fórum de Direito Público, 2010.

BARROS, Sebastián. **Violencia de Estado e identidades políticas. Argentina durante el Proceso de Reorganización Militar (1976 –1983).** In: *Amnis*, nº 3, 2003. Disponível em: <<http://www.amnis.revues.org/454>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada.** São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista [Syn]Thesis,** Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em 16 fev. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**, 2º. vol. São Paulo, Saraiva, 1989.

BAUER, Caroline Silveira. **Um estudo comparativo das práticas de desaparecimento nas ditaduras civil-militares argentina e brasileira e a elaboração de políticas de memória em ambos os países**. Tese de doutoramento - Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universitat de Barcelona. Porto Alegre/Barcelona: 2011.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**, 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e Alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, nova edição, 7ª reimpressão. Trad. Carlos Nelson Coutinho, apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

_____. **A teoria das formas de governo**. Trad. Sérgio Bath. 10ª Edição. Brasília: UNB, 1997.

_____. **Dal fascismo alla democrazia: i regimi, le ideologie, le figure e le culture politiche**, 3ª edição. Milano: Baldini & Castoldi, 2014.

_____. **Democracia e ditadura**. In: BOBBIO, Norberto. Política e cultura. Org. Franco Sbarberi. Trad. Jaime A. Clasen. São Paulo: Unesp, 2015, pp. 221-231.

_____. **Do fascismo à democracia: os regimes, as ideologias, os personagens e as culturas políticas**. Trad. Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2007.

_____. **O filósofo e a política: antologia**. Org. e apres. José Fernández Santillán. Trad. César Benjamim e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

_____. **O Futuro da Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 8ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2000b.

_____. **Teoria geral da política - A filosofia política e as lições dos clássicos**. Org. Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2000a.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI Nicola; PASQUINO Gianfranco. **Dicionário de política I**, 11ª ed.. Coord. e trad. João Ferreira. Trad. Carmen C. Varriale et al. Brasília: UNB, 1998.

BOCHENEK, Antônio César. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros**. Brasília: Conselho da Justiça Federal - CJF, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, 10ª Ed., 9ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BORGES, Débora Cristiane de Almeida; TSUNODA, Fábio Silva. **Direitos humanos e democracia no Brasil, perspectivas para a segurança pública**. In Políticas de segurança pública no estado de São Paulo: situações e perspectivas a partir das pesquisas do Observatório de Segurança Pública da UNESP. Luís Antônio Francisco de Souza (org.). São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **A gênese dos conceitos de habitus e de campo**. In: BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BORJA, Célio. **Regime de 1964 não foi uma ditadura**. Folha de S. Paulo, São Paulo, Caderno Poder, p. A07, ed. de 25 de março de 2014. Entrevista concedida a Bernardo Mello Franco.

BRASIL. **Ato Institucional nº 1, de 09 de abril de 1964**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Ato Institucional nº 3, de 05 de fevereiro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AIT/ait-03-66.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Ato Institucional nº 4, de 07 de dezembro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AIT/ait-04-66.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Ato Institucional nº 6, de 01 de fevereiro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-06-69.htm>. Acesso em: 11.02.2015.

_____. **Ato Institucional nº 7, de 26 de fevereiro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-07-69.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Ato Institucional nº 11, de 14 de agosto de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-11-69.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Ato Institucional nº 12, de 01 de setembro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-12-69.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Ato Institucional nº 13, de 05 de setembro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-13-69.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Ato Institucional nº 14, de 05 de setembro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-14-69.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Ato Institucional nº 15, de 11 de setembro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-15-69.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-16-69.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Ato Institucional nº 17, de 14 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-17-69.htm>. Acesso em 11 fev. 2015.

_____. **Colecção das Leis do Brazil de 1808**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891.

_____. **Conselho Nacional de Justiça – CNJ.** Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>.

Acesso em: 09.03.2016.

_____. **Conselho Nacional de Justiça – CNJ.** Reunião especial de jurisdição – Levantamento dos presos provisórios no Brasil. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>>. Acesso em: 05.03.2017.

_____. **Conselho Nacional de Justiça – CNJ.** Resolução N° 199 de 07/10/2014. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_199_07102014_08102014140043.pdf>. Acesso em: 15.02.2016.

_____. **Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP.** A visão do Ministério Público brasileiro sobre o sistema prisional brasileiro. Brasília: CNMP, 2013. Disponível em:

<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Sistema%20Prisional_web_final.PDF>. Acesso em 27 de maio de 2016.

_____. **Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP.** Resolução n°. 117 – Regulamenta a ajuda de custo para moradia aos membros do Ministério Público. Disponível em:

<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_117_ajuda_de_custo.pdf>. Acesso em 05.02.2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>.

Acesso em: 28 ago. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>.

Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Emenda Constitucional n° 01, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Emenda Constitucional n° 07, de 13 de abril de 1977.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Emenda Constitucional n° 08, de 14 de abril de 1977.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc08-77.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Emenda Constitucional n° 11, de 13 de outubro de 1978.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc11-78.htm>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Ministério da Justiça e Cidadania**. Relatório Depen versão web. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf/view>>. Acesso em 27 de maio de 2016.

_____. **Ministério da Justiça e Cidadania**. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP. Relatório de inspeção prisional no Estado de São Paulo – datas: 28 de fevereiro e 1º de março/2011; 16 e 17 de maio/2011. Disponível em: <http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/relatorios-de-inspecao-1/relatorios-de-inspecao-2011-1/2011relatorio_saopaulo.pdf>. Acesso em 27 de maio de 2016.

_____. **Secretaria Especial de Direitos Humanos - Memórias da Ditadura**. Instituto Vladimir Herzog, portal lançado em 05 de dezembro de 2014 - Disponível em: <<http://memoriasdaditadura.org.br/abertura-politica-e-anistia/>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial – REsp nº 1.185.474 / SC**. Julgamento: 20.04.2010. Órgão julgador: 2ª Turma. Relator Ministro Humberto Martins, publ. Diário de Justiça Eletrônico – DJe. – 29.04.2010. Brasília: Revista do STJ, vol. 219, 2010, pp. 225-241.

_____. **Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial – REsp nº 1.480.881 / PI**. Julgamento em: 26.08.2015. Órgão Julgador: Terceira Seção. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília: STJ, Informativo 568 e DJe 10/9/2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Habeas Corpus nº 54.917 – MG**. Julgamento em: 07.12.1976. Órgão julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Rodrigues Alckmin. Brasília: DJ. 04-03-1977, p. 01164 – Ement. Vol. 01049-01, p. 00416 – RTJ. vol. 00081-03, p. 00731.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). RHC. 56.059-8 – São Paulo**. Julgamento em: 02.05.1978. Órgão julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília: DJ. 02-06-1978, p. 03929 – Ement. Vol. 01098-01, p. 00173 – RTJ. vol. 00086-02, p. 00463.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). RHC. 56.189-6 – São Paulo**. Julgamento em: 02.05.1978. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília: DJ. 12-05-1978, p. 03216 – Ement. Vol. 01095-01, p. 00106 – RTJ. Vol. 00085-02, p. 00530.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso de Habeas Corpus nº 59.692 – Rio de Janeiro**. Julgamento em: 26.03.1982. Órgão julgador: Segunda Turma. Relator Ministro Décio Miranda. Brasília: DJ 23-04-1982, p. 03668 – Ement. Vol. 01251-01, p 00172.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 61.701 – 8 – São Paulo**. Julgamento em: 08 de maio de 1984. Órgão julgador: Primeira Turma. Relator Ministro Rafael Mayer. Brasília: DJ 15.06.1984, p 09790 – Ement. Vol. 01340-01, p 00190.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso de Habeas Corpus nº 62.411/ - Goiás.** Julgado em: 23.11.1984. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Ministro Aldir Passarinho. Brasília: DJ 15.02.1985, p. 11271 – Ement. Vol. 01366-01, p. 00032 – RTJ. Vol. 00113-03, p. 01049.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso de Habeas Corpus nº 63.098 – Rio de Janeiro.** Julgado em: 10.09.1985. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Ministro Cordeiro Guerra. Brasília: DJ 04.10.1985, p. 17206 – Ement. Vol. 01394-01, p. 00047.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Petição nº. 423/SP (em Agravo Regimental).** Julgamento em: 26.04.1991. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Rel. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Brasília: Revista Trimestral de Jurisprudência – RTJ –, STF, vol. 136-03, 1991, pp. 1034-1051.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Mandado de Segurança nº 25.787-3/DF.** Julgamento em: 08.11.2006. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico – DJe – de 14.09.2007, ementário nº. 2289-2.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). HC. 69.001/RJ.** Julgamento em: 18.02.1992. Órgão julgador: 2ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico – DJe de 26.06.1992, p. 10106, e RTJ. 140-03, p. 865.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF - 130 / DF.** Julgamento em: 30.04.2009. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Britto. Brasília: Coordenadoria de Análise de Jurisprudência - STF, Diário de Justiça Eletrônico – DJe – nº 208, publicação em 06.11.2009, ementário 2381-1.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI - 3510 / DF.** Julgamento em: 29.05.2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Min. Ayres Britto. Brasília: Revista Trimestral de Jurisprudência – RTJ –, STF, vol. 214-01, 2010, p. 43.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4277 / DF - ementa.** Julgamento em: 05.05.2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Min. Ayres Britto. Brasília: Revista Trimestral de Jurisprudência – RTJ –, STF, vol. 219, 2011, p. 212.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário nº 583.050/RS.** Julgamento em: 20.02.2013. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator para o acórdão Ministro Dias Toffoli. Brasília: Dje. 109, divulg. em 10.06.2013, public. em 11.06.2013, Ement. Vol. 02694-01, p 00001.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Penal 470.** Julgamento: 17/12/2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Min. Joaquim Barbosa. Publicação em 22.04.2013. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 19 out. 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 727.864 / PR.** Julgamento: 04.11.2014. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. Brasília: Coordenadoria de Análise de Jurisprudência - STF, Diário de Justiça Eletrônico – DJe – nº 223, publicação em 13.11.2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Regimento Interno: [atualizado até setembro de 2015]**. Brasília: STF, 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347 - MC/DF - Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Julgamento em: 09.09.2015. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília: DJe. 031, divulg. 18.02.2016, public. 19.02.2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário nº 592581 / RS**. Julgamento em: 13.08.2015. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília: DJe. 018, divulg. 29.01.2016, public. 01.02.2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF) Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Julgamento em: 17.02.2016. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília: DJe. 100, divulg. 16.05.2016, public. 17.05.2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF) Recurso Extraordinário nº 580.252 / Mato Grosso do Sul**. Julgamento em: 16.02.2017. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Habeas Corpus nº 118.770 / SP**. Julgamento em 07.03.2017. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator para o acórdão: Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4439699>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. **Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Apelação Criminal nº 32.115**. Apelante: Ministério Público. Apelado: Ângelo Antônio Pereira. Julgamento em: 25 de maio de 1971. Publicação: Revista dos Tribunais, vol. 431, pp. 345-346.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70029175668**, da Comarca de Porto Alegre, julgamento em 15 de abril de 2009, pela Quinta Câmara Criminal, Relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70029175668&code=2261&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%20E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%20C7A%20-%20205.%20CAMARA%20CRIMINAL>. Acesso em: 22 mai. 2010.

BUCHANAN, Paul. **The Varied Faces of Domination: State Terror, Economic Policy, and Social Rupture during the Argentine “Proceso”, 1976-81**. American Journal of Political Science, Ithaca/EUA, Vol. 31, nº. 2 (May, 1987), pp. 336-382.

CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. **Sociologia Jurídica**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

CAMPOS, Germán José Bidart. **La Corte Suprema**. Buenos Aires: Edición Allende y Brea, 1982.

- CANES, Michèlle. Brasil poderá ter mais de 1 milhão de presos até 2022, diz Cardozo. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/2015/06/brasil-podera-ter-mais-de-1-milhao-de-presos-ate-2022-diz-cardozo>>. Acesso em: 28 ago. 2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris Editor, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CÁRCOVA, Carlos María. **La dimensión política de la función judicial**. Buenos Aires: 1994. Disponível em: <<http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/2474.pdf>>. Acesso em: 04 mai. 2015.
- CARDOSO, Fernando Henrique. **Democracia necessária**. Campinas: Papirus, 1985.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CARVALHO, Adriana Duarte de Souza. **O que são instituições políticas?** Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/56309/o-que-sao-instituicoes-politicas>. 21.04.2014> Acesso em: 15 jan. 2015.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas (algo sobre Nietzsche e o Direito)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris – 2013.
- _____. **Revista Consultor Jurídico**, 10 de agosto de 2007. Entrevista concedida a Lilian Matsuura. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-ago-10/direito_penal_nao_recupera_reus_desembargador>. Acesso em: 15.ago.2007.
- CARVALHO, Salo de. **Princípio da individualização da Pena**. In Comentários à Constituição do Brasil - Canotilho, Mendes, Sarlet & Streck (orgs). São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 405-408.
- CASARA, Rubens. **Risco da tentação populista é produzir decisões casuísticas**. Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/politica/casara-teses-do-stf-na-ap-470-tendem-a-espalhar-por-todo-o-judiciario-atingindo-o-cidadao-comum.html>>. Acesso em 26 set. 2012.
- CASTRO, Antonio Carlos de Almeida. **Caso mensalão - reflexos para o futuro**. XIX Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). São Paulo: IBCCRIM, 27 a 30 de Agosto de 2013.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CODANEP - Comisión nacional sobre la desaparición de personas. **Nunca Mas**. Universidade de Buenos Aires, 1984.

COLARES, Maurício. **Mães da Praça de Maio: 35 anos de vida, paixão e luta**. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Direitos-Humanos/Maes-da-Praca-de-Maio-35-anos-de-vida-paixao-e-luta/5/25137>>. Acesso em: 15.01.2016.

CONSULTOR JURÍDICO. “Fala sério” - Leia a petição do juiz que foi à Justiça para ser chamado de doutor. **Revista Consultor Jurídico**, 10 nov. 2004a. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-nov-10/leia_peticao_juiz_foi_justica_chamado_doutor>. Acesso em: 12 nov. 2004.

CONSULTOR JURÍDICO. Tratamento formal. TJ-RJ manda porteiro e condôminos chamar juiz de ‘doutor’. **Revista Consultor Jurídico**, 7 nov. 2004b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-nov-07/tjrj_manda_porteiro_condominos_chamar_juiz_doutor>. Acesso em: 10 nov. 2004.

COSTA, Alexandre Araújo. **O princípio da razoabilidade na jurisprudência do STF: o Séc. XX**. BRASÍLIA: UNB, 1999.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CRICK Bernard. **A democracia**. Trad. Carla Hilário Quevedo. Rev. cient. Alberto Gonçalves. Portugal/Vila Nova de Famalicão: Quasi, 2006.

DAGNINO, Evelina; OLVERA, Alberto; PANFICHI, Aldo (Orgs.). **A disputa pela construção democrática na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Ed. UnB, 2001. _____ . **Poliarquia: participação e oposição**. Trad. Celso Mauro Paciornik, 1ª ed., 1ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2ª ed. reform. - São Paulo: Moderna, 2004.

_____. **A ditadura brasileira de 1964**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari_ditadura_brasileira_de_1964.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.

DAMATTA, Roberto Augusto. **Sabe com quem está falando? Um ensaio sobre a distinção entre indivíduo e pessoa no Brasil**. Disponível em: <www.ceap.br/material/MAT20082012200620.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016.

DERGINT, Augusto do Amaral. Aspecto material do devido processo legal. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, ano 83, n. 709, p. 249-255, nov., 1994.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento** – 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIMENSTEIN, Gilberto. **O cidadão de papel - a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil** - 22ª ed. São Paulo: Ática, 2009.

DINES, Alberto; FERNANDES JR., Florestan, e SALOMÃO, Nelma (orgs.). **Histórias do poder - 100 anos de política no Brasil. Vol. 1: Militares, Igreja e sociedade civil**. São Paulo: Editora 34, 2000.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Da ditadura militar à democracia civil – a liberdade de não ter medo.** Curitiba: Instituto Memória, 2014.

_____. O mito da presunção de inocência. **Boletim do IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais** –, n.º. 136, março de 2004, p. 9.

_____. Processo penal executório. São Paulo, **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n. 20, pp. 77-103, jun. 1983.

DUARTE, Maria de Los Angeles Gonzáles; HELLER, Milton Ivan. **Memórias de 1964 no Paraná.** Curitiba: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

DULLES, John F. **Castello Branco - o presidente reformador.** Brasília: UnB, 1983, p. 63.

DURKHEIM, Emile. **Deux lois de l'évolution penale.** In *Année sociologique*, IV, 1899-1900, edição eletrônica. Paris: PUF, 1969.

DUVERGER, Maurice. **Os regimes políticos.** São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962.

_____. **Os grandes sistemas políticos.** Coimbra: Almedina, 1985.

ENRIQUEZ, Eugène. **Da horda ao Estado** – psicanálise do vínculo social. Trad. T. C. Carreiteiro e J. Nasciutti. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

ERDELYI, Maria Fernanda. TJ do Rio decide se juiz deve ser chamado de doutor. **Revista Consultor Jurídico.** 30 ago. 2005a. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-ago-30/tj_rio_decide_juiz_chamado_doutor>. Acesso em: 04 set. 2005.

_____. Leia a apelação do juiz que quer ser tratado por doutor. **Revista Consultor Jurídico.** 14 set. 2005b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-set-14/leia_apelacao_juiz_tratado_doutor?pagina=7>. Acesso em: 05 de jun. 2007.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **A sagrada família.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

ESTEVÃO, Roberto da Freiria. **A retórica no Direito - a lógica da argumentação jurídica e o uso da retórica na interpretação.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

_____. **Direito e realidade social: velhos inimigos.** Anais do XIV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2005.

_____. **Direitos humanos fundamentais, soberania e biopoder: algumas concepções e considerações históricas.** Marília: UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, Programa de Mestrado em Direito – artigo apresentado na disciplina Filosofia do Direito, 2005.

ESTEVÃO, Roberto da Freiria; XAVIER, Karoline Rodrigues. **A execução provisória da pena em face da situação carcerária no Brasil: instrumento ou obstáculo à paz?** In *Coleção Direito e Paz - resumos expandidos*, vol. I. Curitiba: Instituto Memória Editora - Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2016, pp. 30-38.

FAORO, Raymundo. **Os donos do Poder.** Vol. I. São Paulo: Globo, 1998.

FARIA, Vanderlei. **Pacote de Abril.** Disponível em: <<http://www.historiabrasileira.com/ditadura-militar/pacote-de-abril/>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

FERNANDES, Antonio Scaranse; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; e GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal** - 12ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERNANDES, Antonio Scaranse. **Execução penal: aspectos jurídicos**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero7/artigo8.htm>>. Acesso em: 25.jan.1988.

_____. **Processo penal constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Editora RT, 2003.

_____. **Processo penal constitucional**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Processo penal constitucional**. 6ª Ed, rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Camila Vicenci. **Leis de Anistia: Aspectos teóricos e as experiências da Argentina, Uruguai e Brasil**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7637&revista_caderno=19>. Acesso em: 15 jun. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Comentários à Constituição brasileira de 1.988**, vol. I, 2ª ed. São Paulo: Saraiva 1997.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e FIGUEIREDO, Marcus. **O plebiscito e as formas de governo**. São Paulo: Brasiliense, 1993.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. 1ª ed. - 3ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **História da sexualidade I** - a vontade de saber. 15ª ed., São Paulo: ed. Graal, 2003.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRANCO, Alberto Silva; MORAES, Maurício Zanoide de. **Devido Processo Legal**. In *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. Coord. Alberto Silva Franco e Rui Stocco. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FREITAS, Vladimir Passos de; MORAIS, Ivy Sabina Ribeiro de; AMARAL, Thanmara Espínola. **O Poder Judiciário no regime militar (1964-1985)**. Curitiba: Simplíssimo (Ebooks), 2012.

FUSTER, Blanca Martínez Vallejo. **Los derechos humanos como derechos fundamentales.** Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual. *In:* BALLESTEROS, Jesús (ed.). *Derechos humanos: concepto fundamentos, sujetos.* Madrid: Tecnos, 1992. p. 42-60.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada.** São Paulo: Companhia das Letras, 2002b.

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

GIACOIA JR; Oswaldo. **Nietzsche.** São Paulo: Publifolha, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência.** Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 729/1996, p. 377. Jul/1996.

_____. **Corte Constitucional Argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal (parte I).** Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>, 03 setembro de 2009. Acesso em: 15 mar.2014.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica).** Revista do Advogado, São Paulo, n. 42. abr. 1994.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini; e FERNANDES, Antonio Scaranse. **As nulidades no processo penal - 12ª ed., rev. e atual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana.** Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, vol. 1, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direitos e garantias individuais. **Cadernos Apamagis**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 6, pp 123-130, 1987.

_____. **O Processo em Sua Unidade – II.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; e FERNANDES, Antonio Scaranse. **As nulidades no processo penal - 12ª ed., rev. e atual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HELLER, Milton Ivan; DUARTE, Maria de Los Angeles Gonzáles. **Memórias de 1964 no Paraná.** Curitiba: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

HOBBS, Thomas. **Leviatã - da edição inglesa de A. R. Walter.** In “Os grandes filósofos do direito”. Clarence Morris (org.). Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HUNGRIA, Néson. Direito penal e criminologia. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, vol. 1, Ano I (nova fase), abr/jun, pp. 37/ 52, 1963.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2007.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOLM, Serge-Christophe. **Teorias Modernas da Justiça**. Trad. Jefferson Luiz Camargo e Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LATEY, Maurice. **Ditadura: ontem e hoje**. Trad. Alda Alves da Fonseca. Rev. Júlio Bierrenbach. Rio de Janeiro: Novo Tempo, 1980.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 7ª edição. São Paulo, Companhia das Letras, 2012.

LEITE, Alaor. **O STF fez uma utilização própria do domínio do fato, usurpou o nome da teoria e aplicou outra coisa**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/entrevistas/o-stf-fez-uma-utilizacao-propria-do-dominio-do-fato-usurpou-o-nome-da-teoria-e-aplicou-outra-coisa-ee1pab96xlchm2e1fx01bfnf2>>. Acesso em 15 out. 2014.

LEITE, Paulo Moreira. **A outra história do mensalão: as contradições de um julgamento político**. Coleção História Agora. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário - Coleção História constitucional brasileira**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

LEVI, Luccio. **Verbetes “Regime Político”, in Dicionário de Política - Vol. 1**, de BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI Nicola; PASQUINO Gianfranco. 11ª ed.. Coord. trad. João Ferreira. Trad. Carmen C. Varriale et al. Brasília: UNB, 1998.

LÉVY, Carlos. **Filósofos da Antiguidade**, vol 2: Filo de Alexandria. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

LIJPHART, Arend. **Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governos em 36 países**. Trad. Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LINS E SILVA, Evandro. **O salão dos passos perdidos**. Depoimento ao CPDOC. [Entrevistas e notas: Marly Silva da Motta, Verena Alberti; Edição de texto Dora Rocha]. Rio de Janeiro: Nova Fronteira / Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1997.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. Rio de Janeiro: editora Max Limonad, 2001.

MAGRO, Maíra; EXMAN, Fernando Exman; BASILE, Juliano. **Votos de Rosa Weber e Fux preocupam advogados dos réus do mensalão**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/mensalao/2805430/votos-de-rosa-weber-e-fux-preocupam>>

advogados-dos-reus-do-mensalao#ixzz2QM5GQkF4> Publicação em 27.08.2012. Acesso em: 28 Ago. 2012.

MAIA, Clarissa Nunes *et al* (org.). **História das prisões no Brasil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 9.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**, 17ª Ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1986.

MANZINI, Vincenzo: **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Volume I. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996.

MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. Neo-institucionalismo: fatores organizacionais na vida política. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, vol. 16, n. 31, 2008, pp. 121-142.

MARIANO, Nilson. **As garras do Condor**. Ed Vozes, Petrópolis 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 28).

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Millennium Editora, 2000.

MARTINS, Sérgio Mazina. **Execução Penal - parte I. Jurisprudência organizada e comentada**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRim, ano 5, nº 19, julho-setembro 1997. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A sagrada família**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. Trad. Nélio Schneider, Daniel Bensaïd e Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo editorial, 2010.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

MELIÁ, Manuel Cancio; JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo – Noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2007.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)**. 3ª ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.

MIRANDA, Cássio. **10ª sessão ordinária do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, realizada ao primeiro dia do mês de fevereiro do ano dois mil e doze**. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ba-ata-01-fevereiro-2012-tarde-1335267971525>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

MIRANDA, Jorge. **Textos Constitucionais Estrangeiros**. Lisboa: [s.n.], 1974.

MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de. **Do Espírito das Leis**. Vol. 1, coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 304.

_____. **Direito Constitucional**. 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Daniela Marques de. **A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça**: uma análise sobre o direito processual civil, o poder judiciário e o observatório da justiça brasileira. Tese de doutorado. Brasília, UNB, 2014.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro - análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAES, Maurício Zanoide de; FRANCO, Alberto Silva. **Devido Processo Legal**. In Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial. Coord. Alberto Silva Franco e Rui Stocco. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **História do Direito**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

O’DONNELL, Guillermo. **Contrapuntos: ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización**. Buenos Aires: Paidós, 2004. p. 101.

_____. Democracia delegativa? São Paulo: **Novos Estudos CEBRAP**, nº 31 – out. 1991.

_____. Notas para el estudio de procesos de democratización política a partir del estado burocrático-autoritario. Buenos Aires: **Desarrollo Económico**, v. 22, n. 86, p. 231-248, 1982.

_____. Democracia, desenvolvimento humano e direitos humanos. **Revista Debates**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, pp.15-114, jan.-abr. 2013.

O’DONNELL, Guillermo.; SCHMITTER, Philippe C. **Tentativas sobre las Democracias Inciertas, in Transiciones desde un Gobierno Autoritario**. Vol. IV. Conclusiones. Barcelona: Paidós, 1ª reimpressão en España, 1994.

OLIVEIRA, Luzia Helena Herrmann de. **Rumos da Democratização brasileira: a consolidação de um modelo majoritário de democracia?** Curitiba: Revista de Sociologia e Política, nº 15, Nov. 2000.

OLSEN, Johan P.; MARCH, James G. Neo-institucionalismo: fatores organizacionais na vida política. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, vol. 16, n. 31, 2008, pp. 121-142.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru, SP: EDUSC, 2005.

PADRÓS, Enrique Serra. **Como el Uruguay no hay...Terror de Estado e Segurança Nacional – Uruguai (1968-1985): do Pachecato à Ditadura Civil-Militar**. Porto Alegre: UFRGS, 2005. Tese, Doutorado em História – UFRGS. Porto Alegre, 2005.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social - revitalizando as regras do jogo democrático**. Barueri/SP: Manole, 2002.

PASCUAL, Alejandra Leonor. **Terrorismo de Estado: a Argentina de 1976 a 1983**. Tese de doutorado em Direito. Florianópolis: UFSC, 1997.

PENNA FILHO, Pio. O Itamaraty nos anos de chumbo - o Centro de Informações do Exterior (CIEEX) e a repressão no Cone Sul (1966-1979). **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, vol. 52, nº. 2. 2009.

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.

PEREIRA, Fabrício Fracaroli. **Função Política da Jurisdição Constitucional: o Ativismo Judicial na Democracia Brasileira**. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica. Jacarezinho/PR: Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), 2015.

PEREIRA, William Eufrasio Nunes. Coronelismo e normas de direito eleitoral: da colônia ao império. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 24. p. 189-206, jan/jun 2016.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. **El poder del juez: ayer y hoy**. UWM Law Review, Olsztyn/Polônia, v. 4, pp. 181-198, dez. 2012. Disponível em: <<http://lawforensics.org/wp-content/uploads/2012/12/UWM-LR-Vol.-4.pdf>> Acesso em: 30 ago. 2015.

_____. O poder do juiz: ontem e hoje. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano XXXIII, n. 104, Ajuris, dez. 2006.

_____. **Pressupostos teóricos para a efetividade material da tutela executiva**. Dissertação de Mestrado em Direito. Curitiba: UFPR, 1999.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Leis de anistia face ao direito internacional: “desaparecimentos” e “direito à Verdade”**. In: PIOVESAN, Flávia (org). Direitos humanos, globalização econômica e integração Regional: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 285-306.

PERTENCE, Sepúlveda. **Ministro Sepúlveda Pertence fala em entrevista sobre golpe militar de 1964**. Quadro “Saiba Mais”, do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=263651&tip=UN>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

PIMENTA, Marília Gonçalves; ALVES, Cleber Francisco. **Acesso à Justiça em Preto e Branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PINTO, Basílio Alberto de Souza. **Lições de direito criminal**. Recife/Pernambuco: Tipografia União, Pernambuco. 1847.

PLATÃO. **REPÚBLICA**. Trad. J. Guinsburg. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1965, vol. 1.

QUEIROZ, RAFAEL MAFEI RABELO. **Caso mensalão - reflexos para o futuro**. XIX Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). São Paulo: IBCCRIM, 27 a 30 de Agosto de 2013.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Volumes I e II, 4ª ed., rev. Trad. e prefácios de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, Editor, Sucessor, 1961.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito** - 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Memórias - volume 2: a balança e a espada**. São Paulo: Saraiva, 1987.

RIBEIRO, Jeferson Ribeiro. **Barroso diz que mensalão foi ponto fora da curva no STF**. Disponível em: <<http://reuters-brasil.jusbrasil.com.br/noticias/100548618/barroso-diz-que-mensalao-foi-ponto-fora-da-curva-no-stf>>. Acesso em: 13.06.2013.

ROSANVALLON, Pierre. **La historia de la palabra: democracia en la época moderna**. Trad. Isidro Vanegas. Medellín: Estudios Políticos, v. 28, pp. 9-28, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social. Princípios de direito político**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000.

ROXIN, CLAUS. **Problemas Fundamentais do Direito Penal**. Lisboa: Veja, 1986, p.40.

_____. **Teórico do domínio do fato repreende STF**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2012/11/1183721-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada-diz-jurista.shtml>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

SÁBATO, Ernesto. **Nunca Mais - informe da Comissão Nacional Sobre o Desaparecimento de Pessoas na Argentina**. Trad. Roberto Mara. Porto Alegre: L & PM Editores Ltda., 1985.

SADEK, Maria Tereza. **Uma introdução ao estudo da justiça**. São Paulo: Ed. Sumaré, 1995.

_____. **Supremo sem política é ilusão**. Entrevista. Jornal “O Estado de S. Paulo”, São Paulo, ed. de 22 de agosto de 2016, caderno A, p. A7.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur**. Lima/Perú: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SANTOS, Marcelo Paiva dos. **A história não contada do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. rev. atual. e ampl.; 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª ed. - 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Legalização do Aborto e Constituição**, in *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada. Vol. I - O debate contemporâneo**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo, Ática, 1994a.

_____. **A teoria da democracia revisitada. Vol. II – As questões Clássicas**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994b.

SCHMITT, Carl. **Le categorie del politico**. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1972.

SILVA, Benedicto. **Dicionário de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: FGV, 1986.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 33ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Livingstone dos Santos. **Ciência Política**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Suam, 1977.

SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Castelo a Tancredo**, 7ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil (promulgada em 05.10.1988)**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **Regimes Políticos**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SOUZA, Luís Antônio Francisco de. **Violência, crime e políticas de segurança pública no Brasil contemporâneo**. In “Políticas de segurança pública no estado de São Paulo: situações e perspectivas a partir das pesquisas do Observatório de Segurança Pública da UNESP”. Org. Luís Antônio Francisco de Souza. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

SOUZA, Percival de. **Autópsia do Medo**. São Paulo: Ed. Globo, 2000.

SOUZA Jr., Cesar Saldanha. **Consenso e Constitucionalismo no Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

SPINOZA, Baruch. **Tratado Político**. Trad. José Pérez. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s/d.

STEINKE, Sabrina. **Apontamentos sobre a transição democrática argentina**. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História - ANPUH. São Paulo, julho 2011.

STOPPINO, Mario. **Verbete “Ditadura”, in Dicionário de Política - Vol. 1**, de BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI Nicola; PASQUINO Gianfranco. 11ª ed.. Coord. trad. João Ferreira. Trad. Carmen C. Varriale et al. Brasília: UNB, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **O mensalão e o “domínio do fato — tipo ponderação”**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-06/lenio-streck-mensalao-dominio-fato-algo-tipo-ponderacao>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

_____. Para além do jeitinho brasileiro de ser “Doutor”. **Revista Consultor Jurídico - CONJUR**. Coluna Senso Incomum, 14 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-14/senso-incomum-alem-jeitinho-brasileiro-doutor>>. Acesso em: 25 set. 2012.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

THAMES, Juan Pablo Bustos. **La historia del origen de la Corte Suprema de Justicia**. Disponível em: <<http://www.infobae.com/2015/12/20/1777840-la-historia-del-origen-la-corte-suprema-justicia>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

TSUNODA, Fábio Silva; BORGES, Débora Cristiane de Almeida. **Direitos humanos e democracia no Brasil, perspectivas para a segurança pública**. In Políticas de segurança pública no estado de São Paulo: situações e perspectivas a partir das pesquisas do Observatório de Segurança Pública da UNESP. Luís Antônio Francisco de Souza (org.). São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Juiz natural e competência em Tribunal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 765, pp. 97-107, jul/1999; e **Doutrinas essenciais de processo civil**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 2, pp. 1351-1365, Out/2011.

VALE, Osvaldo Trigueiro do. **O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional**. Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública - Fundação Getúlio Vargas, 1975.

VALÉRIO, Otávio L. S. **A toga e a farda: o Supremo Tribunal Federal e o Regime Militar (1964-1969)**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010.

VEDIA, Fernando N. Barrancos Y. **La Corte Suprema De Justicia En La Historia Constitucional Argentina**. In: Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Buenos Aires, tomo 28, 1999, pp. 201-230.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça** (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____. **A erosão da autoridade**. Disponível em:
<<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2017/01/1847853-a-erosao-da-autoridade.shtml>>. Acesso em: 07 jan.2017.

_____. **Direitos fundamentais - uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

VILLA, Marco Antonio. **Ditadura à brasileira: 1964-1985 - a democracia golpeada à esquerda e à direita**. São Paulo: LeYa, 2014.

WARAT, Luís Alberto. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. MEZZAROBA, Orides, et al (coordenadores). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, v. II, pp. 27-34.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**, vol. 2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília-DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1999.

_____. **Ensaio de Sociologia**, 5ª ed. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC — Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1982.

WILLEMS, Emílio. **Burocracia e patrimonialismo**. São Paulo: Separata de Administração Pública, ano 3, no 3, setembro de 1945.

WOLFF, Francis. **Aristóteles e a política**. Trad. Thereza Christina Ferreira Stummer e Lygia Araújo Watanabe. São Paulo: Discurso, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

XAVIER, Karoline Rodrigues; ESTEVÃO, Roberto da Freiria. **A execução provisória da pena em face da situação carcerária no Brasil: instrumento ou obstáculo à paz?** In Coleção Direito e Paz – resumos expandidos, vol. I. Curitiba: Instituto Memória Editora – Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2016, pp. 30-38.

ZAVALÍA, Clodomiro. **História de la Corte Suprema de Justicia de la república Argentina em relación com su modelo americano**. Buenos Aires: Talleres Casa Jacobo Peuser, 1920.

ANEXOS

ANEXO A – ATO INSTITUCIONAL Nº. 1, DE 09 DE ABRIL DE 1964

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

ATO INSTITUCIONAL Nº 1, DE 9 DE ABRIL DE 1964.

Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução vitoriosa.

À NAÇÃO

É indispensável fixar o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro. O que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução.

A revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação.

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua

quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe.

O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional.

Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação.

Em nome da revolução vitoriosa, e no intuito de consolidar a sua vitória, de maneira a assegurar a realização dos seus objetivos e garantir ao País um governo capaz de atender aos anseios do povo brasileiro, o Comando Supremo da Revolução, representado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica resolve editar o seguinte.

ATO INSTITUCIONAL

Art. 1º - São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato.

Art. 2º - A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República, cujos mandatos terminarão em trinta e um (31) de janeiro de 1966, será realizada pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, dentro de dois (2) dias, a contar deste Ato, em sessão pública e votação nominal.

§ 1º - Se não for obtido o *quorum* na primeira votação, outra realizar-se-á no mesmo dia, sendo considerado eleito quem obtiver maioria simples de votos; no caso de empate, prosseguir-se-á na votação até que um dos candidatos obtenha essa maioria.

§ 2º - Para a eleição regulada neste artigo, não haverá inelegibilidades.

Art. 3º - O Presidente da República poderá remeter ao Congresso Nacional projetos de emenda da Constituição.

Parágrafo único - Os projetos de emenda constitucional, enviados pelo Presidente da República, serão apreciados em reunião do Congresso Nacional, dentro de trinta (30) dias, a contar do seu recebimento, em duas sessões, com o intervalo máximo de dez (10) dias, e serão considerados aprovados quando obtiverem, em ambas as votações, a maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso.

Art. 4º - O Presidente da República poderá enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre qualquer matéria, os quais deverão ser apreciados dentro de trinta (30) dias, a contar do seu recebimento na Câmara dos Deputados, e de igual prazo no Senado Federal; caso contrário, serão tidos como aprovados.

Parágrafo único - O Presidente da República, se julgar urgente a medida, poderá solicitar que a apreciação do projeto se faça, em trinta (30) dias, em sessão conjunta do Congresso Nacional, na forma prevista neste artigo.

Art. 5º - Caberá, privativamente, ao Presidente da República a iniciativa dos projetos de lei que criem ou aumentem a despesa pública; não serão admitidas, a esses projetos, em qualquer das Casas do Congresso Nacional, emendas que aumentem a despesa proposta pelo Presidente da República.

Art. 6º - O Presidente da República, em qualquer dos casos previstos na Constituição, poderá decretar o estado de sítio, ou prorrogá-lo, pelo prazo máximo de trinta (30) dias; o seu ato será submetido ao Congresso Nacional, acompanhado de justificação, dentro de quarenta e oito (48) horas.

Art. 7º - Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade.

§ 1º - Mediante investigação sumária, no prazo fixado neste artigo, os titulares dessas garantias poderão ser demitidos ou dispensados, ou ainda, com vencimentos e as vantagens

proporcionais ao tempo de serviço, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, mediante atos do Comando Supremo da Revolução até a posse do Presidente da República e, depois da sua posse, por decreto presidencial ou, em se tratando de servidores estaduais, por decreto do governo do Estado, desde que tenham tentado contra a segurança do País, o regime democrático e a probidade da administração pública, sem prejuízo das sanções penais a que estejam sujeitos.

§ 2º - Ficam sujeitos às mesmas sanções os servidores municipais. Neste caso, a sanção prevista no § 1º lhes será aplicada por decreto do Governador do Estado, mediante proposta do Prefeito municipal.

§ 3º - Do ato que atingir servidor estadual ou municipal vitalício, caberá recurso para o Presidente da República.

§ 4º - O controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade.

Art. 8º - Os inquéritos e processos visando à apuração da responsabilidade pela prática de crime contra o Estado ou seu patrimônio e a ordem política e social ou de atos de guerra revolucionária poderão ser instaurados individual ou coletivamente.

Art. 9º - A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República, que tomarão posse em 31 de janeiro de 1966, será realizada em 3 de outubro de 1965.

Art. 10 - No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes-em-Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos.

Parágrafo único - Empossado o Presidente da República, este, por indicação do Conselho de Segurança Nacional, dentro de 60 (sessenta) dias, poderá praticar os atos previstos neste artigo.

Art. 11 - O presente Ato vigora desde a sua data até 31 de janeiro de 1966; revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro-GB, 9 de abril de 1964.

Gen. Ex. ARTHUR DA COSTA E SILVA

Tem. Brig. FRANCISCO DE ASSIS CORREIA DE MELLO

Vice-Alm. AUGUSTO HAMANN RADEMAKER GRUNEWALD

ANEXO B – ATO INSTITUCIONAL Nº 2, DE 27 DE OUTUBRO DE 1965.

Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências.

À NAÇÃO

A Revolução é um movimento que veio da inspiração do povo brasileiro para atender às suas aspirações mais legítimas: erradicar uma situação e uni Governo que afundavam o País na corrupção e na subversão.

No preâmbulo do Ato que iniciou a institucionalização, do movimento de 31 de março de 1964 foi dito que o que houve e continuará a haver, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, mas também na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução. E frisou-se que:

a) ela se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação;

b) a revolução investe-se, por isso, no exercício do Poder Constituinte, legitimando-se por si mesma;

c) edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória, pois graças à ação das forças armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representa o povo e em seu nome exerce o Poder Constituinte de que o povo é o único titular.

Não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará. Assim o seu Poder Constituinte não se exauriu, tanto é ele próprio do processo revolucionário, que tem de ser dinâmico para atingir os seus objetivos. Acentuou-se, por isso, no esquema daqueles conceitos, traduzindo uma realidade incontestável de Direito Público, o poder institucionalizante de que a revolução é dotada para fazer vingar os princípios em nome dos quais a Nação se levantou contra a situação anterior.

A autolimitação que a revolução se impôs no Ato institucional, de 9 de abril de 1964 não significa, portanto, que tendo poderes para limitar-se, se tenha negado a si mesma por essa limitação, ou se tenha despojado da carga de poder que lhe é inerente como movimento. Por isso se declarou, textualmente, que "os processos constitucionais não funcionaram para destituir o Governo que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País", mas se acrescentou, desde logo, que "destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo Governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do poder no exclusivo interesse do País".

A revolução está viva e não retrocede. Tem promovido reformas e vai continuar a empreendê-las, insistindo patrioticamente em seus propósitos de recuperação econômica, financeira, política e moral do Brasil. Para isto precisa de tranqüilidade. Agitadores de vários matizes e elementos da situação eliminada teimam, entretanto, em se valer do fato de haver ela reduzido a curto tempo o seu período de indispensável restrição a certas garantias constitucionais, e já ameaçam e desafiam a própria ordem revolucionária, precisamente no momento em que esta, atenta aos problemas administrativos, procura colocar o povo na prática e na disciplina do exercício democrático. Democracia supõe liberdade, mas não exclui responsabilidade nem importa em licença para contrariar a própria vocação política da Nação. Não se pode desconstituir a revolução, implantada para restabelecer a paz, promover o bem-estar do povo e preservar a honra nacional.

Assim, o Presidente da República, na condição de Chefe do Governo revolucionário e comandante supremo das forças armadas, coesas na manutenção dos ideais revolucionários,

CONSIDERANDO que o País precisa de tranqüilidade para o trabalho em prol do seu desenvolvimento econômico e do bem-estar do povo, e que não pode haver paz sem autoridade, que é também condição essencial da ordem;

CONSIDERANDO que o Poder Constituinte da Revolução lhe é intrínseco, não apenas para institucionalizá-la, mas para assegurar a continuidade da obra a que se propôs,

Resolve editar o seguinte:

ATO INSTITUCIONAL Nº 2

Art. 1º - A Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas emendas são mantidas com as modificações constantes deste Ato.

Art. 2º - A Constituição poderá ser emendada por iniciativa:

I - dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - das Assembléias Legislativas dos Estados.

§ 1º - Considerar-se-á proposta a emenda se for apresentada pela quarta parte, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, por mensagem do Presidente da República, ou por mais da metade das Assembléias Legislativas dos Estados, manifestando-se cada uma delas pela maioria dos seus membros.

§ 2º - Dar-se-á por aceita a emenda que for aprovada em dois turnos na mesma sessão legislativa, por maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

§ 3º - Aprovada numa, a emenda será logo enviada à outra Câmara, para sua deliberação.

Art. 3º - Cabe, à Câmara dos Deputados e ao Presidente da República a iniciativa dos projetos de lei sobre matéria financeira.

Art. 4º - Ressalvada a competência da Câmara dos Deputados e do Senado e dos Tribunais Federais, no que concerne aos respectivos serviços administrativos, compete exclusivamente ao Presidente da República a iniciativa das leis que criem cargos, funções ou empregos públicos, aumentem vencimentos ou a despesa pública e disponham sobre a fixação das forças armadas.

Parágrafo único - Aos projetos oriundos dessa, competência exclusiva do Presidente da República não serão admitidas emendas que aumentem a despesa prevista.

Art. 5º - A discussão dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República começará na Câmara dos Deputados e sua votação deve estar concluída dentro de 45 dias, a contar do seu recebimento.

§ 1º - Findo esse prazo sem deliberação, o projeto passará ao Senado com a redação originária e a revisão será discutida e votada num só turno, e deverá ser concluída no Senado Federal dentro de 45 dias. Esgotado o prazo sem deliberação, considerar-se-á aprovado o texto como proveio da Câmara dos Deputados.

§ 2º - A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados se processará no prazo de dez dias, decorrido o qual serão tidas como aprovadas.

§ 3º - O Presidente da República, se julgar urgente a medida, poderá solicitar que a apreciação do projeto se faça em 30 dias, em sessão conjunta do Congresso Nacional, na forma prevista neste artigo.

§ 4º - Se julgar, por outro lado, que o projeto, não sendo urgente, merece maior debate pela extensão do seu texto, solicitará que a sua apreciação se faça em prazo maior, para as duas casas do Congresso.

Art. 6º - Os arts. 94, 98, 103 e 105 da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 94 - O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:

I - Supremo Tribunal Federal;

II - Tribunal Federal de Recursos e Juízes Federais;

III - Tribunais e Juízes Militares;

IV - Tribunais e Juízes Eleitorais;

V - Tribunais e Juízes do Trabalho."

"Art. 98 - O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de dezesseis Ministros.

Parágrafo único - O Tribunal funcionará em Plenário e dividido em três Turmas de cinco Ministros cada uma."

"Art. 103 - O Tribunal Federal de Recursos, com sede na Capital Federal, compor-se-á de treze Juízes nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, oito entre magistrados e cinco entre advogados e membros do Ministério Público, todos com os requisitos do artigo 99.

Parágrafo único - O Tribunal poderá dividir-se em câmaras ou turmas."

"Art. 105 - Os Juízes Federais serão nomeados pelo Presidente da República dentre cinco cidadãos indicados na forma da lei pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 1º - Cada Estado ou Território e bem assim o Distrito Federal constituirão de per si uma Seção judicial, que terá por sede a Capital respectiva.

§ 2º - A lei fixará o número de juízes de cada Seção bem como regulará o provimento dos cargos de juízes substitutos, serventuários e funcionários da Justiça.

§ 3º - Aos Juízes Federais compete processar e julgar em primeira instância.

a) as causas em que a União ou entidade autárquica federal for interessada como autora, ré, assistente ou oponente, exceto as de falência e acidentes de trabalho;

b) as causas entre Estados estrangeiros e pessoa domiciliada no Brasil;

c) as causas fundadas em tratado ou em contrato da União com Estado estrangeiro ou com organismo internacional;

d) as questões de direito marítimo e de navegação, inclusive a aérea;

e) os crimes políticos e os praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas, ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

f) os crimes que constituem objeto de tratado ou de convenção internacional e os praticados a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

g) os crimes contra a organização do trabalho e o exercício do direito de greve;

h) os *habeas corpus* em matéria criminal de sua competência ou quando a coação provier de autoridade federal não subordinada a órgão superior da Justiça da União;

i) os mandados de segurança contra ato de autoridade federal, excetuados, os casos do art. 101, I, i, e do art. 104, I, b."

Art. 7º - O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Juízes vitalícios com a denominação de Ministros, nomeados pelo Presidente da República, dos quais quatro escolhidos dentre os Generais efetivos do Exército, três dentre os Oficiais Generais efetivos da Armada, três dentre os Oficiais Generais efetivos da Aeronáutica e cinco civis.

Parágrafo único - As vagas de Ministros togados serão preenchidas por brasileiros natos, maiores de 35 anos de idade, da forma seguinte:

I - três por cidadãos de notório saber jurídico e reputação ilibada, com prática forense de mais de dez anos, da livre escolha do Presidente da República;

II - duas por Auditores e Procurador- Geral da Justiça Militar.

Art. 8º - 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 1953.

§ 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.

Art. 9º - A eleição do Presidente e do Vice-Presidente, da República será realizada pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão pública e votação nominal.

§ 1º - Os Partidos inscreverão os candidatos até 5 dias, antes do pleito e, em caso de morte ou impedimento insuperável de qualquer deles, poderão substituí-los até 24 horas antes da eleição.

§ 2º - Se não for obtido o *quorum* na primeira votação, repetir-se-ão os escrutínios até que seja atingido, eliminando-se, sucessivamente, do rol dos candidatos, o que obtiver menor número de votos.

§ 3º - Limitados a dois os candidatos, a eleição se dará mesmo por maioria simples.

Art. 10 - Os Vereadores não perceberão remuneração, seja a que título for.

Art. 11 - Os Deputados às Assembléias Legislativas não podem perceber, a qualquer título, remuneração superior a dois terços da que percebem os Deputados federais.

Art. 12 - A última alínea do § 5º do art. 141 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação:

"Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de subversão, da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe."

Art. 13 - O Presidente da República poderá decretar o estado de sítio ou prorrogá-lo pelo prazo máximo de cento e oitenta dias, para prevenir ou reprimir a subversão da ordem interna.

Parágrafo único - O ato que decretar o estado de sítio estabelecerá as normas a que deverá obedecer a sua execução e indicará as garantias constitucionais que continuarão em vigor.

Art. 14 - 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.

Art. 15 - No interesse de preservar e consolidar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 (dez) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único - Aos membros dos Legislativos federal, estaduais e municipais, que tiverem seus mandatos cassados não serão dados substitutos, determinando-se o *quorum* parlamentar em função dos lugares efetivamente preenchidos.

Art. 16 - A suspensão de direitos políticos, com base neste Ato e no art. 10 e seu parágrafo único do Ato Institucional, de 9 de abril de 1964, além do disposto no art. 337 do Código Eleitoral e no art. 6º da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, acarreta simultaneamente:

I - a cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;

II - a suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;

III - a proibição de atividade ou manifestação sobre assunto de natureza política;

IV - a aplicação, quando necessária à preservação da ordem política e social, das seguintes medidas de segurança:

a) liberdade vigiada;

b) proibição de freqüentar determinados lugares;

c) domicílio determinado.

Art. 17 - Além dos casos previstos na Constituição federal, o Presidente da República poderá decretar e fazer cumprir a intervenção federal nos Estados, por prazo determinado:

I - para assegurar a execução da lei federal;

II - para prevenir ou reprimir a subversão da ordem.

Parágrafo único - A intervenção decretada nos termos deste artigo será, sem prejuízo da sua execução, submetida à aprovação do Congresso Nacional,

Art. 18 - Ficam extintos os atuais Partidos Políticos e cancelados os respectivos registros.

Parágrafo único - Para a organização dos novos Partidos são mantidas as exigências da Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965, e suas modificações.

Art. 19 - Ficam excluídos da apreciação judicial:

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.

Art. 20. - O provimento inicial dos cargos da Justiça federal far-se-á pelo Presidente da República dentre brasileiros de saber jurídico e reputação ilibada.

Art. 21 - Os projetos de emenda constitucional, enviados pelo Presidente da República, serão apreciados em reunião do Congresso Nacional, dentro de 30 (trinta) dias, e serão considerados aprovados quando obtiverem em ambas as votações, a maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso.

Art. 22 - Somente poderão ser criados Municípios novos depois de feita prova cabal de sua viabilidade econômico-financeira, perante a Assembléia Legislativa.

Art. 23 - Constitui crime de responsabilidade contra a probidade na administração, a aplicação irregular pelo Prefeito da cota do imposto de Renda atribuída aos Municípios pela União, cabendo a iniciativa da ação penal ao Ministério Público ou a um terço dos membros da Câmara Municipal.

Art. 24 - O julgamento nos processos instaurados segundo a Lei nº 2.083, de 12 de novembro de 1953, compete ao Juiz de Direito que houver dirigido a instrução do processo.

Parágrafo único - A prescrição da ação penal relativa aos delitos constantes dessa Lei ocorrerá dois anos após a data da publicação incriminada, e a da condenação no dobro do prazo em que for fixada.

Art. 25 - Fica estabelecido a partir desta data, o princípio da paridade na remuneração dos servidores dos três Poderes da República, não admitida, de forma alguma, a correção monetária como privilégio de qualquer grupo ou categoria.

Art. 26 - A primeira eleição para Presidente e Vice-Presidente da República será realizada em data a ser fixada pelo Presidente da República e comunicada ao Congresso Nacional, a qual não poderá ultrapassar o dia 3 de outubro de 1966.

Parágrafo único - Para essa eleição o atual Presidente da República é inelegível.

Art. 27 - Ficam sem objeto os projetos de emendas e de lei enviados ao Congresso Nacional que envolvam matéria disciplinada, no todo ou em parte, pelo presente Ato.

Art. 28 - Os atuais Vereadores podem continuar a perceber remuneração até o fim do mandato, em quantia, porém, nunca superior à metade da que percebem os Deputados do Estado respectivo.

Art. 29 - Incorpora-se definitivamente à Constituição federal o disposto nos arts. 2º a 12 de presente Ato.

Art. 30 - O Presidente da República poderá baixar atos complementares do presente, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional.

Art. 31 - A decretação do recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores pode ser objeto de ato complementar do Presidente da República, em estado de sítio ou fora dele.

Parágrafo único - Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente, fica autorizado a legislar mediante decretos-leis em todas as matérias previstas na Constituição e na Lei Orgânica.

Art. 32 - As normas dos arts. 3º, 4º, 5º e 25 deste Ato são extensivas aos Estados da Federação.

Parágrafo único - Para os fins deste artigo as Assembléias emendarão as respectivas Constituições, no prazo de sessenta dias, findo o qual aquelas normas passarão, no que couber, a vigorar automaticamente nos Estados.

Art. 33 - O presente Ato Institucional vigora desde a sua publicação até 15 de março de 1967, revogadas as disposições constitucionais ou legais em contrário.

Brasília, 27 de outubro de 1965; 144º da Independência e 77º da República.

H. CASTELLO BRANCO

Juracy Montenegro Magalhães

Paulo Bossisio

Arthur da Costa e Silva

Vasco Leitão da Cunha

Eduardo Gomes

ANEXO C - ATO INSTITUCIONAL Nº 5, DE 13 DE DEZEMBRO DE 1968.

São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e

CONSIDERANDO que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, "os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria" (Preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964);

CONSIDERANDO que o Governo da República, responsável pela execução daqueles objetivos e pela ordem e segurança internas, não só não pode permitir que pessoas ou grupos anti-revolucionários contra ela trabalhem, tramem ou ajam, sob pena de estar faltando a compromissos que assumiu com o povo brasileiro, bem como porque o Poder Revolucionário, ao editar o Ato Institucional nº 2, afirmou, categoricamente, que "não se disse que a Revolução foi, mas que é e continuará" e, portanto, o processo revolucionário em desenvolvimento não pode ser detido;

CONSIDERANDO que esse mesmo Poder Revolucionário, exercido pelo Presidente da República, ao convocar o Congresso Nacional para discutir, votar e promulgar a nova Constituição, estabeleceu que esta, além de representar "a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução", deveria "assegurar a continuidade da obra revolucionária" (Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966);

CONSIDERANDO, no entanto, que atos nitidamente subversivos, oriundos dos mais distintos setores políticos e culturais, comprovam que os instrumentos jurídicos, que a Revolução vitoriosa outorgou à Nação para sua defesa, desenvolvimento e bem-estar de seu povo, estão servindo de meios para combatê-la e destruí-la;

CONSIDERANDO que, assim, se torna imperiosa a adoção de medidas que impeçam sejam frustrados os ideais superiores da Revolução, preservando a ordem, a segurança, a tranquilidade, o desenvolvimento econômico e cultural e a harmonia política e social do País comprometidos por processos subversivos e de guerra revolucionária;

CONSIDERANDO que todos esses fatos perturbadores da ordem são contrários aos ideais e à consolidação do Movimento de março de 1964, obrigando os que por ele se responsabilizaram e juraram defendê-lo, a adotarem as providências necessárias, que evitem sua destruição,

Resolve editar o seguinte

ATO INSTITUCIONAL

Art. 1º - São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições estaduais, com as modificações constantes deste Ato Institucional.

Art. 2º - O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sitio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

§ 1º - Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.

§ 2º - Durante o período de recesso, os Senadores, os Deputados federais, estaduais e os Vereadores só perceberão a parte fixa de seus subsídios.

§ 3º - Em caso de recesso da Câmara Municipal, a fiscalização financeira e orçamentária dos Municípios que não possuam Tribunal de Contas, será exercida pelo do respectivo Estado, estendendo sua ação às funções de auditoria, julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

Art. 3º - O Presidente da República, no interesse nacional, poderá decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição.

Parágrafo único - Os interventores nos Estados e Municípios serão nomeados pelo Presidente da República e exercerão todas as funções e atribuições que caibam, respectivamente, aos Governadores ou Prefeitos, e gozarão das prerrogativas, vencimentos e vantagens fixados em lei.

Art. 4º - No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único - Aos membros dos Legislativos federal, estaduais e municipais, que tiverem seus mandatos cassados, não serão dados substitutos, determinando-se o quorum parlamentar em função dos lugares efetivamente preenchidos.

Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em:

- I - cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;
- II - suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;
- III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política;
- IV - aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança:
 - a) liberdade vigiada;

b) proibição de freqüentar determinados lugares;

c) domicílio determinado,

§ 1º - O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados.

§ 2º - As medidas de segurança de que trata o item IV deste artigo serão aplicadas pelo Ministro de Estado da Justiça, defesa a apreciação de seu ato pelo Poder Judiciário.

Art. 6º - Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo.

§ 1º - O Presidente da República poderá mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregado de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço.

§ 2º - O disposto neste artigo e seu § 1º aplica-se, também, nos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

Art. 7º - O Presidente da República, em qualquer dos casos previstos na Constituição, poderá decretar o estado de sítio e prorrogá-lo, fixando o respectivo prazo.

Art. 8º - O Presidente da República poderá, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Parágrafo único - Provada a legitimidade da aquisição dos bens, far-se-á sua restituição.

Art. 9º - O Presidente da República poderá baixar Atos Complementares para a execução deste Ato Institucional, bem como adotar, se necessário à defesa da Revolução, as medidas previstas nas alíneas d e e do § 2º do art. 152 da Constituição.

Art. 10 - 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.

Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

Art. 12 - O presente Ato Institucional entra em vigor nesta data, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 13 de dezembro de 1968; 147º da Independência e 80º da República.

A. COSTA E SILVA

Luís Antônio da Gama e Silva

Augusto Hamann Rademaker Grünewald

Aurélio de Lyra Tavares

José de Magalhães Pinto

Antônio Delfim Netto

Mário David Andreazza

Ivo Arzua Pereira

Tarso Dutra

Jarbas G. Passarinho

Márcio de Souza e Mello

Leonel Miranda

José Costa Cavalcanti

Edmundo de Macedo Soares

Hélio Beltrão

Afonso A. Lima

Carlos F. de Simas