

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO

Vol. 8, nº 1, jan-jun 2012 - ISSN 2238-0604

SUMÁRIO

Apresentação

3

Caso Norambuena uma violação dos direitos fundamentais

5

As violações aos direitos fundamentais na ditadura militar brasileira: um estudo de caso envolvendo a justiça de transição, a jurisdição constitucional e as chances perdidas no regime militar brasileiro

29

O STF e o duplo sentido da anistia: condições de possibilidade para um direito à verdade das vítimas da ditadura civil-militar no Brasil (1964-1985)

57

A proteção internacional dos direitos humanos e o sistema interamericano

69

Inseminação artificial, seleção genética e poder: análise de caso

91

Ativismo judicial e processo civil no estado contemporâneo

108

Ativismo judicial: uma forma de controle social?

125

A memória como direito fundamental civil e político: abordagem preliminar

141

APRESENTAÇÃO

A Revista Brasileira de Direito (RBD), vinculada ao Curso de Direito da Faculdade Meridional (IMED), iniciou sua trajetória em 2005. Inicialmente disponível na forma impressa, passa, a partir de 2011, a contar com edições semestrais, na forma eletrônica.

Seguindo sua trajetória de construção de conhecimento, a Revista está atrelada à temática dos Direitos Fundamentais no Espaço Público, eleita na Instituição como grande área de concentração de pesquisas da área do Direito, num espaço plural e interdisciplinar atento à complexidade e ao processo de fazer contínuo e crítico do Direito.

A presente edição, envolta nos propósitos expostos, vem dialogar apresentando novas abordagens de temáticas com enfoque nos Direitos Fundamentais.

Merecem destaque nesta edição os artigos “Caso Norambuena uma violação dos direitos fundamentais”, de autoria de *Josiane Mallet Balbé*; “Inseminação artificial, seleção genética e poder: análise de caso”, produzido em co-autoria de Cassiana Trentin Charnoski, Daniela Lippstein e Salete Oro Boff; “As violações aos direitos fundamentais na ditadura militar brasileira: um estudo de caso envolvendo a justiça de transição, a jurisdição constitucional e as chances perdidas no regime militar brasileiro”, da lavra de Iuri Bolesina e de Tássia Aparecida Gervasoni; “O STF e o Duplo Sentido da Anistia: Condições de possibilidade para um direito à verdade das vítimas da ditadura civil-militar no Brasil (1964-1985)”, de composição de Fernanda Vecchi Pegorini; “A proteção internacional dos direitos humanos e o sistema interamericano”, apresentada por Eliete Vanes-

sa Schneider e Gilmar Antônio Bedin; “Ativismo judicial e processo civil no estado contemporâneo”, de autoria de Luciano de Araujo Migliavacca; “Ativismo judicial: uma forma de controle social?”; de autoria de Janriê Rodrigues Reck e Jacson Bacin Vicente; “A memória como direito fundamental civil e político: abordagem preliminar”, texto em co-autoria de Rogério Gesta Leal e Tais Ramos.

Assim, a Revista evoluiu refletindo a maturação científica do Curso de Direito da IMED e constitui-se num espaço da produção e democratização do conhecimento, aberto à comunidade acadêmica de pesquisadores nacionais e internacionais.

Nossos agradecimentos aos colaboradores desta edição, autores e conselho editorial e avaliadores.

Boa leitura a todos.

Os Diretores

CASO NORAMBUENA UMA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Josiane Mallet Balbé**

Resumo: O presente artigo científico busca verificar a constitucionalidade e a existência de violação aos direitos humanos do criminoso internacional Mauricio Hernandez Norambuena Andres, chileno condenado a pena de 30 anos de prisão no Brasil, e que já havia sido condenado no Chile a duas prisões perpétuas. Norambuena encontra-se cumprindo pena no regime disciplinar diferenciado estando recolhido atualmente na Penitenciária Federal em Campo Grande - MS. Foram propostos pela defesa habeas corpus e pedidos de progressão de regime, todos indeferido. A decisão do habeas corpus 44.049 do ano de 2005 pelo STF fundamentou a decisão no alto risco a sociedade. Norambuena vive em condições desumanas, não conseguindo obter a progressão de regime, em uma Penitenciária de Segurança Máxima. Este caso foi motivo de denúncia às cortes internacionais por violação aos direitos humanos.

Palavras-chave: Norambuena. Extradicação. Direitos Humanos.

* Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) Campus de Santo Ângelo - RS. Advogada, e-mail: <wilberbalbe@hotmail.com>.

Abstract: The present scientific article search to check the Constitutionality and existence human rights infringement of the international criminal Mauricio Hernandez Norambuena Andres, prison at Brazil, already was convicted prisoner on Chile for two life imprisonments. Norambuena is fulfillment punishment in differentiated disciplinary regime collected currently in Campo Grande – MS, federal prison. Has been proposes by defense a habeas corpus and petitions to series of regime, all dismissed. Habeas corpus decision 44.049 of year 2005 by STF based the decision in the high danger to society. Norambuena live in no human conditions, not getting the regime progression, in the Maxim Security Prison. This case was motive of complaint to the international courts of human rights infringement.

Keywords: Norambuena. Extradition. Human Rights.

Introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988 ocorreu uma positivação dos direitos fundamentais, correspondendo os anseios de nossa sociedade, estampando a dignidade da pessoa humana em sua base. A presente pesquisa encontra justificativa em analisar a constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado (RDD) dentro de nosso Estado Democrático de Direito.

Este trabalho envolve as áreas de direito: penal, processo penal, constitucional, internacional e regime disciplinar prisional. Observando que a Emenda Constitucional 45, elevou os Tratados Internacionais ao topo de nosso ordenamento jurídico. O regime democrático no qual está inserido a sociedade brasileira, a cidadania não pode ser restringida, como nos coloca Oxley da Rocha (2011, p. 12), devemos buscar a cidadania em sentido amplo.

O princípio da humanidade vem sendo aplicado por extensão às disposições constitucionais relativas ao Direito Penal, devendo o tratamento do condenado ser digno. Conforme o art. 5º, inc. III, “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Como uma das maiores expressões do princípio da dignidade da pessoa humana corresponde às vedações impostas pela CF/88 quanto a cinco espécies de penas, elencadas no inciso XLVII do já citado art. 5º, são proibidas as penas: (a) de morte; (b) de caráter perpétuo; (c) de trabalhos forçados; (d) de banimento; e (e) cruéis.

O presente caso jurídico aborda a prisão do chileno Mauricio Hernández Norambuena Andres, ocorrido no ano de 2002, tendo sido condenado no Brasil a 30 anos de pena privativa de liberdade. Norambuena, que era membro da elite dirigente da Frente Patriótica Manuel Rodríguez, tendo participado do Conocido con diversos alias: “comandante Ramiro”, “Braulio”, “Rolando”, “Pepe” y “Abuelo”, llegó a ser uno de los miembros militares de elite al interior del FPMR. sequestro de Washington Olivetto, empresário brasileiro. Pocos días después de ser detenido en Sao Paulo, “Ramiro” concedió una entrevista al diario Estado de Sao Paulo en la cual criticó duramente las condiciones en que se encontraba detenido.

No Chile o acusado participou do assassinato do senador Jaime Guzmán, em abril de 1991, e do sequestro de Cristián Del Rio, filho do proprietário do jornal El Mercurio, entre setembro de 2001 e fevereiro de 2002, e foi condenado a duas penas de prisão perpétua, pela prática de crimes de extorsão mediante sequestro, formação de quadrilha e tortura.

O Chile encaminhou ao Brasil pedido de extradição de Norambuena, a qual ficaria condicionada à substituição da prisão perpétua pela pena máxima privativa de liberdade adotada na legislação brasileira.

Norambuena se encontra em RDD desde 2 de fevereiro de 2003. Observamos que o RDD surgiu depois da condenação do mesmo, ocorrendo efeitos tendo a norma jurídica natureza penal. Foi requerida pela defesa deste a declaração de inconstitucionalida-

de, ou a remoção de Norambuena do referido regime. Contudo no HC 44.049 a ordem foi denegada pelo rigor que o mesmo impôs às vítimas dos sequestros que liderou.

Norambuena, após 10 anos do sequestro de Whaschinton Olivetto, continua cumprindo sua pena no Regime Integral Diferenciado. Trata-se da mais drástica sanção disciplinar e é uma medida extrema e excepcional, sendo que o máximo de tempo desse regime seria 360 dias ou até o limite de 1/6 da pena aplicada.

Esta pesquisa trabalha os temas: estrangeiro Norambuena preso no Brasil, analisando a constitucionalidade de seu regime prisional e de possível violação aos direitos humanos, reconhecendo a dignidade da pessoa humana como metaprincípio.

1. Histórico

Mauricio Hernandez Norambuena Andres, nascido em Valparaíso, no dia 23 abril de 1958, é um ex-chefe da Frente Patriótica Manuel Rodriguez (FPMR), conhecido por vários apelidos: “Comandante Ramiro”, “Bráulio”, “Rolando”, “Pepe” e “Vovô”. Condenado no Chile por dois crimes distintos, escapou da prisão em 1996.

Segundo Verano¹ Norambuena teria sido acusado no Chile da prática de dois delitos, um pela participação no assassinato do senador Jaime Guzmán, em abril de 1991 e do sequestro de Cristián Del Rio, filho do dono do jornal El Mercurio, entre setembro de 2001 e fevereiro de 2002. Afirma que lá ele sido condenado por estes delitos a duas penas de prisão perpétua, pela prática de crimes de extorsão mediante seqüestro, formação de quadrilha e tortura.

1 VERANO, Renata Saraiva de Oliveira. *Extradição e prisão perpétua: o novo precedente do STF*. Jus Navegandi. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/6263/extradiacao-e-prisao-perpetua>>. Acessado em 27 de abril de 2012.

Conforme divulgação de Lores e Barella² Norambuena líder do sequestro do publicitário Washington Olivetto é um terrorista que planeja assassinatos e roubos, está preso por pela participação nas principais ações violentas de grupo guerrilheiro chileno nos últimos vinte anos a qual lhe rendeu duas condenações perpétuas. Chefiou a quadrilha que seqüestrou Washington Olivetto, é o inimigo público número 1 do Chile. Entre os delitos que coleciona é assassino, seqüestrador, terrorista. Não é apenas a polícia que deve se preocupar com ele, sendo uma fantasma a perturbar com atos de violência o ambiente democrático e próspero em que vivem hoje os chilenos. Citam que suas grandes participações na Frente Patriótica Manuel Rodríguez (FPMR), organizou grandes ações na qual seu grande momento foi o atentado contra o general Augusto Pinochet, em 1986.

Norambuena preferiu continuar lutando para impor um regime comunista ao país e por este motive planejou o assassinato do senador Jaime Guzmán, morto em 1991. O prontuário do Comandante Ramiro, como é geralmente chamado na FPMR (também atende por Rolando, Pepe, Avô e Pai), é interminável: inclui vários atentados que mataram militares e policiais e uma bomba no Estádio Nacional. Sendo ele o cabeça de uma série de treze assaltos a banco que renderam 1 milhão de dólares.

No atentado contra Pinochet, atuou como atirador, armado com um fuzil americano M-16. Sua fuga da prisão, no réveillon de 1996, foi hollywoodiana. Ele e outros três membros da FPMR foram resgatados por um helicóptero que lançou uma cesta blindada no pátio da cadeia. Terroristas do Exército Republicano Irlandês (IRA) tinham sido contratados para organizar a fuga. Foragido voltou a se comunicar com a família, por telefone, de Cuba, onde foi acolhido por Fidel Castro.

Há suspeita que recebeu treinamento militar com os guerrilheiros comunistas em El Salvador e, talvez, na Nicarágua e em

2 LORES, Raul Juste Lores e BARELLA, José Eduardo. *Norambuena: terror por dinheiro*. <http://veja.abril.com.br/130202/p_030.html>. Acessado em 27 de abril de 2012.

Cuba. O prontuário de Norambuena é interminável, incluindo, vários atentados que mataram militares e policiais e uma bomba no Estádio Nacional de Santiago.

1.1. Prisão e condenação no Brasil

Como podemos perceber Mauricio Hernández Norambuena se encuentra actualmente detenido en Brasil, en la Penitenciaría Federal de Catanduvás, con una condena a treinta años por el delito de secuestro. Norambuena é reconhecido no Brasil como um terrorista ousado, que planeja assassinatos a sangue frio e roubos espetaculares. A preocupação com sua presença em território nacional não é apenas da polícia e dos agentes penitenciários, mas de toda a nação brasileira.

Noticiado na Folha Online,³ o publicitário Washington Olivetto foi sequestrado na noite de 11 de dezembro de 2002, depois de deixar sua agência, a W.Brasil, próxima à Avenida Paulista, em São Paulo. No dia 1º de fevereiro de 2003, a polícia prendeu as seis pessoas acusadas de organizar e realizar o sequestro em uma chácara em Serra Negra (a 150 km a norte de São Paulo). Norambuena foi apontado como líder da quadrilha. Quem encontrou o publicitário foi uma vizinha que ouviu seus gritos de socorro após os sequestradores que tomavam conta de Olivetto terem abandonado o cativo.

Olivetto, segundo divulgado no Jusbrasil⁴ depois de permanecer em cativeiro por 53 dias contou em entrevista coletiva como foi sua rotina no cativeiro e como manteve a noção do tempo. “Eles davam um balde de água a cada quatro dias”, recordou Olivetto. “E

3 <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u48331.shtml>>. Acessado em 27 de abril de 2012.

4 <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/140291/stj-nega-beneficio-a-sequestrador-de-washington-olivetto>>. Acessado em 27 de abril de 2012.

eu comecei a contar os dias de quatro em quatro, não de um em um”. Norambuena e a quadrilha teriam imposto uma dura rotina à vítima. “Eu sabia que era hora de dormir porque eles colocavam música clássica”, recordou Olivetto.

Em entrevista coletiva, no ano de 2002 na FAAP, em São Paulo, Olivetto respondeu a algumas perguntas sobre a eventual punição dos sequestradores, que à época alegaram estar cometendo o crime por “motivações políticas”. “Eles estão cometendo um ato que, obviamente, é contra as regras do jogo de uma sociedade civilizada. Eles devem ser tratados como criminosos”, disse Olivetto.

Em fevereiro de 2002, Norambuena foi preso no município de Serra Negra, a 150 km de São Paulo, com mais cinco pessoas, acusados pelo sequestro do publicitário Washington Olivetto, na capital paulista. Aconselhado por advogados, ele e o militante Alfredo Augusto Canales Moreno confessaram sua participação nas negociações do resgate, afirmando que os outros detidos não tinham conhecimento das acusações.

Norambuena então foi condenado, pela justiça brasileira, em primeira instância, a 16 anos de reclusão por extorsão mediante sequestro, sendo reconhecida na sentença a motivação política do crime. Porém, o TJSP, reformando a sentença, alterou a pena para 30 anos de reclusão.

1.2. Extradicação deferida e expulsão decretada

Francisco Rezek, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), conceitua extradicação como a “entrega, por um Estado a outro, e a pedido deste, de pessoa que em seu território deva responder a processo penal ou cumprir pena. Cuida-se de uma relação executiva, com envolvimento judiciário de ambos os lados: o governo requerente da extradicação só toma essa iniciativa em razão da

existência do processo penal – findo ou em curso – ante sua Justiça; e o governo do Estado requerido (...) não goza, em geral, de uma prerrogativa de decidir sobre o atendimento do pedido senão depois de um pronunciamento da Justiça local”⁵

Extradição é o processo oficial pelo qual um Estado solicita e obtém de outro a entrega de uma pessoa condenada por, ou suspeita de infração criminal. O direito internacional entende que nenhum Estado é obrigado a extraditar uma pessoa presente em seu território, devido ao princípio da soberania estatal.

O Chile pediu a extradição de Norambuena, que foi deferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2004, considerando a comutação das penas de prisão perpétua na pena máxima de 30 anos. No dia 11 de março de 2008, o Senado do Chile aprovou uma minuta de acordo para a extradição do chileno Mauricio Hernández Norambuena. Segundo fontes parlamentares, o texto, aprovado pela maioria do Senado, pede que a presidente Michelle Bachelet interceda para que Hernández termine de cumprir sua pena no Chile.

O líder do grupo chileno de extrema esquerda FPMR (Frente Patriótica Manuel Rodríguez), que combateu a ditadura de Pinochet (1973-1990) e que em 1996 fugiu de uma prisão de segurança máxima, pediu à Comissão de Direitos Humanos do Senado que seja extraditado no âmbito do tratado para a transferência de presos condenados assinado por Brasil e Chile em 1998.

Segundo o texto, Norambuena cumpre um excepcional regime de isolamento, o que deteriorou sua saúde física e mental e que o motivou a pedir seu retorno ao Chile.⁶ A transferência do condenado para o Chile, que é do interesse de seus familiares e compatriotas, nunca foi cumprida, apesar de haver Tratado de Transferência de Presos entre Brasil e Chile, promulgado pelo Decreto n. 3002, de 26 de março de 1999, visando expressamente “promover a reabilitação

5 REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

6 Folha. Com. *Senado chileno aprova extradição de sequestrador de Olivetto* <www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u380984.shtml>. Acesso em 26 de fevereiro de 2012.

Além disso, em 2007, foi decretada sua expulsão do Brasil, ficando a efetividade da medida condicionada ao cumprimento da pena ou liberação pelo Poder Judiciário. Acontece que o art. 67 do Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/80) afirma que: “desde que conveniente ao interesse nacional, a expulsão do estrangeiro poderá efetivar-se, ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação”.

As hipóteses de expulsão do estrangeiro estão expressamente previstas no art. 65 do Estatuto do Estrangeiro. Os casos que ensejam a expulsão do estrangeiro são casos mais graves do que os de deportação. Ela é aplicada quando a presença do estrangeiro no território nacional for considerada nociva ao convívio social.

A expulsão não pode ser praticada por agentes federais, ele é um ato privativo do Presidente da República. Para ser decretada a expulsão de alguém deve haver um processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa. Afinal, ao contrário da deportação, a expulsão é um ato administrativo com caráter punitivo que traz sequelas ao expulso, como a proibição de retornar ao território nacional. Como ninguém pode ser privado de seus bens e direitos sem o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CF), faz-se necessário a instauração de prévio processo administrativo que, no caso, tem curso no âmbito do Ministério da Justiça.

O pedido de Extradicação 855-2 formulado pelo Chile, julgado em 26 de agosto de 2004 pelo Supremo Tribunal Federal, foi deferido por unanimidade, para entregar o condenado àquele país sob condição de comutação das penas de prisão perpétua em penas de prisão temporária de no máximo 30 anos. Essa entrega, contudo, depende do entendimento do Presidente da República.

O Supremo Tribunal Federal condicionou a extradicação à concordância de o Chile trocar as duas penas de prisão perpétua por uma pena de prisão temporária, com duração máxima de 30 anos, em respeito à vedação constitucional de prisão perpétua no Brasil

(Constituição Federal, artigo 5º, XLVII) e, depois, deixar ao arbítrio do Presidente da República a decisão de mandá-lo logo ou aguardar que ele cumpra a pena imposta pelo Brasil.

O Ministro Celso de Melo, relator do pedido de extradição, cujo voto conduziu o resultado do julgamento (oito votos a dois), expôs que a posição adotada agora pelo Supremo Tribunal Federal se mostra fiel à Constituição do Brasil e reafirma a supremacia do texto constitucional. Segundo dispôs em seu voto, “não há como dar precedência a prescrições de ordem meramente convencional (tratados internacionais) ou de natureza simplesmente legal, sobre regras inscritas na Constituição que vedam, de modo absoluto, a cominação e a imposição de quaisquer penas de caráter perpétuo (artigo 5º, XLVII, b, da CF).

O Estatuto do Estrangeiro prevê que não será efetivada a entrega de extraditando sem que o Estado assumo o compromisso em comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte (artigo 91, III), sem nada mencionar a respeito da prisão perpétua.

O chileno já cumpriu 10 anos dos 30 anos em que foi condenado pela Justiça paulista. De acordo com o Estatuto do Estrangeiro, primeiro o criminoso deve cumprir a pena no Brasil, para somente depois ser extraditado (artigo 88). Há porém uma exceção, para os casos em que o presidente da República autorizar a ida do estrangeiro para o seu país logo após o julgamento no STF, para que cumpra lá a pena (artigo 66).

Os familiares de Norambuena desejam sua extradição, contudo cabe ao Presidente a decisão da extradição, se achar conveniente ao interesse nacional, mandar logo o extraditando de volta ao seu País de origem, antes de cumprir a pena no Brasil, fazendo com que se cumpra a ressalva imposta pelo Supremo Tribunal Federal ou se aguardará o cumprimento da pena aqui para, depois, se o Chile ainda quiser, determinar a extradição. Enquanto isso, Norambuena cumpre sua prisão no Regime Disciplinar Diferenciado.

1.3. Cumprimento de pena no regime disciplinar diferenciado

Em dezembro de 2003 foi sancionada a Lei n. 10.792, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado. Norambuena foi imediatamente transferido para a Penitenciária de Presidente Bernardes, SP, e submetido a tal regime, que prevê o recolhimento em cela individual e restrições ao banho de sol, visitas, contato com profissionais de saúde e acesso a livros, jornais, e outros meios de comunicação. Atualmente cumpre pena na Penitenciária Federal em Campo Grande, MS, condenado a 30 anos pelo sequestro de Olivetto empresário brasileiro, no ano de 2001.

Ainda de acordo com a lei, o RDD só pode ser aplicado por, no máximo, 360 dias, ou até o limite de um sexto da pena aplicada, o que findou no ano de 2007. Aqui vem a parte mais gritante da história: Norambuena está no Regime Disciplinar Diferenciado há mais de nove anos ininterruptos, e nada faz o Estado brasileiro para suprimir esta ilegalidade!

Não bastando as restrições temporais à aplicação do RDD, previstas na Lei n. 10.792/2003, o art. 112 da Lei de Execuções Penais, LEP (Lei n. 7.210/84) prevê a progressão para o regime semiaberto após o cumprimento de 1/6 da pena, o que, no caso de Norambuena, deveria ter acontecido em 2007.

1.4. Denúncia de violação de direitos humanos

Segundo noticiado na internet há mais de 5 anos, Mauricio Hernández Norambuena está sendo submetido pelo governo brasileiro a um regime prisional (RDD) que viola as “Regras mínimas para o tratamento de reclusos”, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento de Reclusos.

Essas regras são: uma cela de 3 x 2 metros com banheiro incluído; duas horas de banho de sol por dia num pátio pequeno; visitas de três horas permitidas somente aos irmãos; nenhum acesso aos meios de comunicação (jornais, TV, rádio, etc.); possibilidade de receber apenas um livro por semana; e nenhum contato com os outros reclusos. O objetivo da denúncia da violação dos Direitos Humanos é a extradição de Norambuena para o Chile.

Pela nossa Constituição Federal, art. 5º, inc. III: “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.” Portanto, devemos reconhecer que neste caso em concreto a aplicação deste regime prisional é uma afronta a Constituição Federal e ao Estado Democrático de Direito, pois todos merecem um tratamento digno.

Em 2005, foi encaminhada petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, denunciando as condições de encarceramento de Norambuena. Em janeiro de 2007, a família foi à Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, ali obtendo o compromisso expresso pela normalização de suas condições carcerárias e a transferência para o Chile; e em julho de 2007, durante a X Conferência Ibero-americana de Ministros de Cultura, em Valparaíso, a família entregou uma carta endereçada ao então ministro da Cultura Gilberto Gil, solicitando sua intervenção no caso.

Em março de 2011, a família entregou uma carta⁷ urgente à Secretária Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, Maria do Rosário Nunes, denunciando a violação sistemática do Estado Brasileiro aos direitos de Norambuena. Na carta, a família afirma que Norambuena está sendo submetido a todo tipo de discriminação, sendo o único cidadão em todo o Brasil a quem se tem aplicado por mais de 3000 dias (02 de fevereiro de 2003) consecutivos e ininterruptos um regime disciplinar de castigo e violência.

A situação médica do apenado não é atendida por nenhum serviço de saúde, o que vem causando progressivo deterioramento. Norambuena é o único prisioneiro no Brasil que tem estado durante mais de 9 (nove) anos em um regime de isolamento.

7 MOREIRA, Julio. *O caso Maurício Norambuena: Discriminação e aplicação ilegal do Rdd*. Revista Crítica do Direito. Número 1. Volume 12. Disponível em: <http://bit.ly/fXrtlp> Acesso em: 18 de fevereiro de 2012.

2. Regime disciplinar diferenciado

2.1. Conceito

O Regime Disciplinar Diferenciado é uma sanção disciplinar que se aplica a presos provisórios e condenados e é fixado no caso de prática de fato previsto como crime doloso quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, observando-se as características previstas em Lei.

Não é um regime de cumprimento de pena (a propósito, tais regimes continuam previstos somente no artigo 33 do Código Penal brasileiro). Isso porque alguns doutrinadores vêm entendendo o RDD como um regime integral fechado “plus”, tais como Salo Carvalho (2001, p. 207). Luiz Flávio Gomes (2004, p. 20), por sua vez, já denominou o RDD como “regime fechadíssimo”.

Nas palavras do doutrinador Júlio Fabbrini Mirabete (2004, p.116):

O regime disciplinar diferenciado (...) não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semiaberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou como medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei.

2.2. Características e hipóteses de cabimento

O RDD, de acordo com Renato Marcão (2004, p. 37), “possui as seguintes características: 1ª) duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; 2ª) recolhimento em

cela individual; 3ª) visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; 4ª) o preso terá direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol”.

Segundo o disposto no § 1º do art. 52 da Lei 7.210/84, o regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

Por fim, dispõe o § 2º do mesmo dispositivo que estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

As características do Regime Disciplinar Diferenciado estão delineadas nos incisos I, II, III e IV do artigo 53 da Lei n. 7.210/84. As hipóteses estão elencadas nos §§ 1º e 2º do artigo 52 dessa Lei, já transcrito neste trabalho.

2.3. Sanção administrativa

Sobre a constitucionalidade do instituto, não há que se falar em *bis in idem*, por se tratar de instâncias diversas, ou seja, o crime é penal e a sanção do Regime Disciplinar Diferenciado administrativa. Portanto, não estará o condenado sofrendo duas vezes pelo mesmo fato?

Atualmente, o RDD é entendido como a mais drástica sanção disciplinar, uma medida extrema, que deve ser excepcional, mais excepcional que todas as outras medidas já previstas anteriormente pelo nosso ordenamento jurídico. Trata-se de uma repressão séria que pode causar prejuízos à integridade física e psíquica no condenado por uma coisa que supostamente participa.

Luiz Flávio Gomes (2006), novamente, em seu artigo “RDD e Regime de Segurança Máxima”, destaca:

O Estado constitucional, democrático e garantista de Direito é o que procura o equilíbrio entre a segurança e a liberdade individual, de maneira a privilegiar, neste balanceamento de interesses, os valores fundamentais da liberdade do ser humano. O desequilíbrio em favor do excesso de segurança com a consequente limitação excessiva da liberdade das pessoas implica, assim, em ofensa ao referido modelo de Estado.

O RDD fere a individualização da pena, já que extrapola o regime de cumprimento de pena imposto na sentença. Há afronta ao art. 5º, XLVI, da Constituição, por inexistência da garantia da progressão de regime.

2.4. Possibilidade de progressão

Inexiste na Lei qualquer afirmação de que o RDD deve ser cumprido de forma integral fechada, sem direito a progressão de regime e quaisquer outros benefícios. São requisitos para a progressão: 1) cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena no regime em que se encontrar o preso; e 2) apresentação de atestado de boa conduta carcerária, firmado pelo diretor do estabelecimento prisional.

Norambuena continua sendo considerado perigoso para a sociedade brasileira: mesmo tendo obtido o requisito objetivo, ou seja o cumprimento de 1/6 da pena, não consegue conquistar o requisito subjetivo, qual seja o de garantir que não apresenta mais um risco para a nossa sociedade.

Portanto, o problema surge em relação à avaliação do **requisito subjetivo**, que agora está restrito ao teor do atestado firmado pelo diretor do estabelecimento prisional. Por certo, uma visão menos cautelosa enxergará a impossibilidade de progressão, e o argumento justificador decorrerá de uma conclusão simplista: estando o preso sob RDD, resulta evidente que não apresentou bom comportamento carcerário, daí a infidelidade de eventual atestado de boa conduta carcerária, a desautorizar a progressão pretendida.

De acordo com Marcão⁸ uma das causas ensejadoras de inclusão no RDD é a prática de fato previsto como crime doloso, quando tal agir ocasione subversão da ordem ou disciplina internas (art. 52, *caput*, da LEP). De tal forma, é bem possível que o preso pratique a conduta ensejadora de sua inclusão no RDD, e após vários meses venha atingir a fração percentual de 1/6 da pena no regime fechado (p. ex.), e sob regime disciplinar diferenciado apresente boa conduta carcerária.

Não é o fato de ter sido submetido, em certa data, ao “regime fechadíssimo” em razão de apresentar, naquele tempo, alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, que estará afastada de plano a hipótese de progressão. Poderá, também aqui, tempos depois e ainda sob RDD, atender aos requisitos do art. 112 da LEP e fazer jus à passagem para regime mais brando. Não há vedação expressa à progressão de regime prisional durante o tempo de cumprimento da sanção disciplinar denominada regime disciplinar diferenciado.

É possível a progressão de regime no RDD, devendo ser levando em consideração cada caso em particular. De acordo com a individualização da pena, princípio constitucional expresso no 5º, inciso XLVI da Constituição Federal. Portanto deve ser afastada a generalização de todos os apenados que cumprem pena nesta espécie de regime.

Assim sendo, a padronização da sanção penal deve ser evitada devendo ser examinado cada caso concreto de acordo com suas particularidades, variando com a personalidade do agente, a garantia da ordem pública e de forma que não apresente mais ameaça a população.

8 MARCÃO, Renato. *Progressão de regime prisional estando o preso sob regime disciplinar diferenciado (RDD)*. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/autor/renato-marcao>>. Acessado em 27 de abril de 2012.

2.5. Judicialização

A regra do art. 54 da LEP, implica na judicialização⁹ da aplicação do RDD, sendo que foi incluída pela Lei nº 10.792¹⁰, de 2003, ou seja, a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado cabe ao magistrado. Referido artigo estabelece: “As sanções disciplinares dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.” Outrossim, a autorização dependerá de requerimento elaborado por diretor do estabelecimento, de sorte que o magistrado não poderá agir de ofício. Ademais, a decisão do juiz acerca da inclusão de preso no Regime Disciplinar Diferenciado deve ser precedida do devido processo legal, com prévia manifestação do Ministério Público, conferindo-se o direito de defesa ao réu condenado.

As normas atinentes ao RDD possuem natureza mista, ou seja, possui uma fachada de processo penal (execução penal), porém, com um acentuado caráter de Direito Penal, já que torna mais rigoroso o regime e, portanto, interfere na liberdade do cidadão. Sendo norma mista, suas regras regem-se pela disciplina do Direito Penal e não do Direito Processual Penal, logo, aplica-se o artigo 5º, XL, da CF/88, sendo, pois, irretroativa tal lei, além de incompatível por medida provisória.

2.6. A (in)constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado

Criado pela lei Federal n. 10.792/2003, o RDD é considerado por grande parte da doutrina como inconstitucional. A Constituição Federal de 1988 tem um texto moderno com inovações relevantes dando ênfase maior aos Direitos Fundamentais, onde a regra matriz é a dignidade da pessoa humana.

9 SILVA, Fernanda Cintra Lauriano. *Análise da In(Constitucionalidade) do Regime Disciplinar Diferenciado*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2012.

10 Lei nº 10.792/2003, que, no respeitante a essa matéria, modificou o artigo 54 da Lei 7.210/1984.

No entanto, com a crise no sistema penitenciário e várias ondas de violências e criminalidade, o poder executivo e o legislativo resolvem instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, que entre outros motivos pretendiam intimidar os criminosos. Mesmo com a soberania dos veredictos, o novo constitucionalismo discute sobre a possibilidade de os juizes julgarem *extra legem*, e até mesmo *contra legem*, na aplicação de um princípio constitucional.

O juiz pode declarar a inconstitucionalidade de lei e aplicar em seu lugar o princípio que trata de direitos e garantias fundamentais.

3.7. A violação dos direitos humanos

O principal objetivo da Lei de Execução Penal é proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, ou seja, é dada uma segunda chance ao preso, dando a ele garantias e direitos de buscar um novo caminho longe da marginalidade. Infelizmente, tal discurso não é o mesmo que ocorre em sua prática.

O RDD é considerado um regime cruel, desumano ou degradante, que acarreta malefícios psicológicos, morais e até físicos. É importante falar que a Comissão Europeia de Direitos Humanos se manifestou a respeito do tema, defendendo a ideia de que “o total isolamento sensorial somado ao total isolamento social pode destruir a personalidade e constitui uma forma de tratamento que não pode ser justificada por necessidades de segurança ou qualquer outra razão”.

O Brasil adotou importantes medidas na incorporação de instrumentos voltados à proteção dos Direitos Humanos. Ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura em 20 de julho de 1989, Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Flávia Piovesan afirma que as violações, as exclusões, as discriminações e as intolerâncias são um construído histórico que precisa ser urgentemente desconstruído. E que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao consagrar parâmetros que protegem o mínimo de defesa da dignidade, seja capaz de impedir retrocessos e arbitrariedades. Hoje, mais do que nunca, é tempo de inventar uma nova ordem, mais democrática e igualitária, que tenha a sua centralidade no valor da absoluta prevalência da dignidade humana.

3.8. Habeas corpus nº 44.049 (paciente Norambuena) ordem denegada

O Exmo. Sr. Ministro Paulo Medina afirmou em seu voto:

Sr. Presidente, em oportunidade, na Terceira Seção, examinei tese referente ao regime disciplinar diferenciado. Ao que me parece, foi em desacordo ao voto de V. Exa. Era o caso de Fernandinho Beira-Mar. Não só examinei o aspecto do regime diferenciado, como o tempo que nele permanecia o apenado.

Penso que, se existe um alto risco à sociedade, alto risco ainda subsistente, não há como deixar de se projetar o regime diferenciado. Vou além - e, nesse ponto, fico isolado: não na doutrina, que tem posicionamento igual ao meu, mas na jurisprudência desta Casa. Entendo que a regra disciplinar mais severa deve permanecer enquanto durar o alto risco à sociedade, e pode passar dos 360 dias e do limite de 1/6 (um sexto) da pena - isso é matéria mais agressiva no meu pensamento.

Em circunstâncias excepcionais - mesmo findado o tempo - se continua a mesma periculosidade, a mesma afronta e o mesmo risco à sociedade, tratando-se de um meliante como esse, que está na Colômbia, praticou vários crimes, não há por que nós não interpretarmos um pouco além, admitindo, depois de um certo período, a revisão periódica pelo juiz, *de lege ferenda* - posição que busquei no Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Dou regime diferenciado, enquanto reconhecer o perigo para a sociedade e mando, depois de vencido o prazo, se continuar o perigo, o juiz, periodicamente, fazer revisão da prorrogação ou não. É uma posição enérgica, uma posição de modelo, uma posição além da lei, uma posição que garante a sociedade contra esses notórios e perigosos criminosos que aí estão.

Assim, denego a ordem de *habeas corpus* com esse acréscimo de fundamentação.

Desta forma, observa-se que apesar de todos os requisitos objetivos estarem devidamente preenchidos, ainda existem os requisitos subjetivos, os quais foram explanados no voto do Ministro demonstrando o reconhecimento de suposto perigo para a sociedade. Acredita-se que o Regime Disciplinar Diferenciado foi utilizado no caso concreto para assegurar a lei e a ordem, mas ao mesmo tempo aniquilou, retirou, decotou o direito do apenado a progressão de regime, manchando o Estado Democrático Brasileiro que vivemos, nos tornando possíveis alvos de ataque das Cortes Internacionais, sendo que os Tratados Internacionais, de acordo com seu quorum de aprovação podem até obter status de emenda constitucional.

Conclusão

O presente caso tem um caráter excepcional, diferente dos demais processos de extradição e de criminosos internacionais. Norambuena foi condenado no Chile e no Brasil, tendo em nosso país sido condenado a pena máxima aplicada e está submetido a um regime diferenciado, não lhe sendo oportunizada a progressão para um regime mais brando, no caso o semi-aberto.

Está presente neste caso jurídico a violação dos direitos fundamentais do apenado Norambuena, o regime carcerário ao qual é submetido é desumano, degradante e coloca em risco a própria saúde do apenado que vem se debilitando ao passar dos dias. A Sociedade Brasileira merece proteção, mas será que este tratamento que é dado ao apenado é justo e garante seus direitos fundamentais.

A sociedade brasileira luta diariamente pela efetivação dos direitos fundamentais e para que o texto constitucional seja cumprido. Os direitos humanos em nenhuma hipótese devem ser violados, nem por estar preso, ou ser estrangeiro, estes direitos devem ser assegurados para toda a população sem qualquer discriminação. Observamos que ao criar as regras o legislador não tem idéia do que poderá acontecer, bem como a aplicação da legislação no caso concreto.

Precisamos reconhecer que o outro, mesmo que criminoso e estrangeiro não pode ter os seus direitos violados. A dignidade da pessoa humana é o maior princípio de nossa Constituição Federal e de nenhuma forma pode ser-lhe negada vigência. Os direitos e princípios expressos na Constituição possuem eficácia imediata.

O Caso Norambuena não é uma utopia, é um caso concreto que passados anos e anos não é tomada uma decisão que diminua ou retire o sofrimento do apenado e de seus familiares. Devemos ter a dimensão do todo e não apenas de uma parte, pautando pela solidariedade e pela justiça social.

Como pesquisadores devemos pautar por uma conduta ética e de respeito entre todos, partindo pelo particular ao universal e do universal ao particular. A dignidade da pessoa humana é o norte dos direitos e garantias fundamentais, reconhecendo ser na academia o lugar de discussão sobre o tema de violação dos direitos fundamentais.

O Regime Disciplinar Diferenciado, sem dúvida, representa, atualmente, a mais drástica sanção disciplinar, que abarca características as quais deixam o preso em situação degradante. Apesar de fixada a duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie. Norambuena está neste regime a mais de 09 (nove) anos ininterruptos.

Pode-se afirmar que o isolamento de 360 dias é cruel, desumano e degradante, que vai contra os princípios da dignidade e da humanidade da pena estabelecidos na Constituição. O Tribunal Internacional de Direitos Humanos pode ser invocado quando as instituições nacionais forem omissas ou falharem na proteção dos Direitos Humanos.

Não queremos ver nosso Estado Democrático de Direito manchado, ao ser objeto de demandas junto as cortes internacionais por desrespeito a condição humana. O RDD analisado a luz dos tratados internacionais sobre direitos humanos, viola o Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção contra a tortura e a Declaração dos Direitos do Homem.

Em suma, o RDD faz parte de uma lei inválida, pois incompatível com a nossa Constituição e com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, dos quais o Brasil faz parte, não tendo fornecido

neste caso concreto uma reprimenda justa, contrariando as diretrizes e princípios estabelecidos em nosso ordenamento jurídico.

Deve-se repensar uma maneira de que não mais ocorram injustiças em nosso país. Os casos excepcionais sempre irão ocorrer, pois não estamos diante de um ordenamento estático. O Direito é dinâmico, está sempre em movimento, dentro de um dado contexto histórico. Como solução, devemos nos perguntar se não seria o caso de cumprirmos o que já foi determinado, devolvendo Norambuena ao Chile?

Referências bibliográficas

ANDRADE, Jenis de. *Dez anos depois, Norambuena ainda é uma ameaça ao Estado*. Disponível em: <<http://jenisandrade.blogspot.com/2012/02/dez-anos-depois-norambuena-ainda-e-uma.html>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2012.

BRASIL. *Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6815.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; KAMPF, Elisa Cerioli Del'Olmo. *A extradição no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

FOLHA.COM. *Senado chileno aprova extradição de sequestrador de Olivetto* <www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u380984.shtml>. Acesso em 26 fev. 2012.

GENRO, Tarso. Disponível em: <<http://www.tarsogenro.com.br/>>

artigos/fullnews.php?id=90>. Acesso em: 21 mai. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Direito dos direitos humanos e a regra interpretativa “pro homine”. Jus Navigandi, Teresina, ano.11, n. 1485, 26 jul. 2007. In: *Reforma criminal: comentário às leis: lei n. 10.792 /03 e outras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *RDD e regime de segurança máxima*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> Acessado em: 18 fev. 2012.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *O regime disciplinar diferenciado é constitucional? O legislador, o judiciário e a caixa de pandora*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

Habeas Corpus nº 44.049 - SP (2005/0077809-8).

KUEHNE, Maurício. Alterações à execução penal: primeiras impressões em reforma criminal. Disponível em: <http://www.iusnet.com.br/webs/IELFNova/artigos_lido.cfm?ar_id=231>. Acesso em: 18 fev.2012.

_____. *Considerações sobre as alterações trazidas pela lei n. 10.792/2003*. Disponível em: <www.uvb.com.br/main/posgraduacao/CienciasCriminais/AulasImpressas/EP_AULA02_Facultativa.pdf>. Acesso em: 27 abril 2012.

LORES, Raul Juste Lores; BARELLA, José Eduardo. *Norambuena: terror por dinheiro*. <http://veja.abril.com.br/130202/p_030.html>. Acesso em: 27 abril 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

Página da Campanha da Solidaridade com Mauricio Hernández Norambuena. Disponível em: <<http://www.mauriciohernandezno->

rambuena.com/libertad/mauricio-hernandez-norambuena.html>. Acesso em: 18 fev. 2012.

Pedido de Extradicação 855-2.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5.ed. 2002, p.56-57.

Recurso Especial nº 466.343.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, Maria Rosa Mota dos Santos. *Inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado*. <<http://www.direitonet.com.br/artigos/perfil/exibir/141697/Maria-Rosa-Mota-dos-Santos>>. Acesso em: 27 abril 2012.

SILVA, Fernanda Cintra Lauriano. *Análise da In(Constitucionalidade) do Regime Disciplinar Diferenciado*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 26 fev. 2012.

VERANO, Renata Saraiva de Oliveira. *Extradicação e prisão perpétua: o novo precedente do STF*. Jus Navegandi. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/6263/extradicao-e-prisao-perpetua>>. Acesso em: 27 abril 2012.

WARTH, Anne. *Caso Norambuena: Lula e Chile tentam saída diplomática*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional, caso-norambuena-lula-e-chile-tentam-saida-diplomatica,411140,0.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2012.

<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u48331.shtml>>. Acesso em: 27 abril 2012.

<<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/140291/stj-nega-beneficio-a-a-sequestrador-de-washington-olivetto>>. Acesso em: 27 abril 2012.

Recebido em: março de 2012.

Aprovado em: abril de 2012.

AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA
DITADURA MILITAR BRASILEIRA:
UM ESTUDO DE CASO ENVOLVENDO A JUSTIÇA DE
TRANSIÇÃO, A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
E AS CHANCES PERDIDAS NO REGIME MILITAR
BRASILEIRO

*Iuri Bolesina**

*Tássia Aparecida Gervasoni***

Resumo: Este artigo pretende analisar historicamente as ações violatórias cometidas no regime militar, destacando os reflexos ocorridos na Cidade de Carazinho e, a partir daí, tomando-se como foco o processo judicial número 2007.71.18.001748-1 que tramita na Vara Federal de Carazinho/RS. A partir da revisão do processo, buscar-se-á uma crítica jurídica mirrada na responsabilidade do Estado pelas chances perdidas no passado, ao longo do regime militar, o que

* Mestrando e Bolsista CAPES do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Pós-graduando *lato sensu* em Direito Civil pelo Instituto Meridional de Educação - IMED. Membro do Grupo de Pesquisa *Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional- instrumentos teóricos e práticos* coordenado pela professora Dr^a. Mônia Clarissa Hennig Leal. Advogado. E-mail: <iuribolesina@gmail.com>.

** Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora de Direito Constitucional na Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA. Professora na Universidade da Região da Campanha - URCAMP. Participante do projeto “Controle jurisdicional de Políticas Públicas: análise da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de políticas públicas e a relevância da atuação do *amicus curiae* como instrumento de legitimação dessas decisões no Brasil”, vinculado ao CNPq. Advogada. Endereço eletrônico: <tassiaag@yahoo.com.br>.

se dará com vistas às metas da justiça de transição. A investida acadêmica será realizada com o auxílio do método dedutivo e do procedimento histórico-crítico, pretendendo-se unir a realidade histórica à digressão doutrinária jurídica, mormente no que diz respeito à Teoria da Perda da Chance e a Justiça de Transição.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Regime Militar. Teoria da Perda da Chance. Justiça de Transição.

Abstract: This article wants to analysis historically the violation actions committed in military regime, standing out the reflexes occurred in Carazinho city and, thereafter, taking in focus the number 2007.71.18.001748-1 judicial process that being processes on the Vara Federal de Carazinho/RS. The part of process revision, search a juridical criticism in focus State responsibility for the chances lost in the past, along in military regime, which will give with view to justice transition goals. Academic knowledge going be realize with method deductive help and procedurally history-criticism, intending to connect the real history to juridical doctrinal digression, especially in focus to Theory of Chance Loss and the Transition of Justice.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Military Regime. Theory of Loss of Chance. Transitional Justice.

Introdução

Ao longo do regime ditatorial militar instalado no Brasil, incontáveis violações de direitos foram cometidas ao arripio da legalidade e do razoável. Muitos desses abusos se deram na Cidade de Carazinho, no Estado do Rio Grande do Sul, onde afetos do Partido Trabalhista Brasileiro e do emblemático Leonel Brizola foram alvos de constante repressão e abuso por parte do Poder militarizado, assim como de discriminação por aliados e simpatizantes deste.

Uma destas vítimas foi Carlos Prestes de Moura, que no ano de 1964 foi preso pelo DOPS, enclausurado no SESME sem contato com o mundo externo e, quando liberado, foi dispensado de seu emprego por razões iminentemente políticas e discriminado socialmente, praticamente até a sua morte no ano de 1992. Com tudo isso, também a sua família sofreu por cerca de 28 anos. Fome, desprezo, humilhação, pechas e restrições foram alguns dos danos suportados pela família. Com a redemocratização do Estado, a família – pelo menos os sucessores – enxergou a possibilidade de ver a sua dor moral reconhecida e reparada pelo Estado, intentando, para tanto, demanda judicial que ainda teima em ser debatida pelo Poder Judiciário.

Sem embargo da busca pela reparação moral que os sucessores demandam, o que se pretende no presente estudo, é a partir das provas coligidas no processo judicial, realizar uma revisão histórica dos fatos ocorridos e uma crítica jurídica ao caso, porém, não com vistas ao pleito indenizatório moral, mas sim mirando as chances perdidas pela família em decorrência dos danos suportados no regime militar, sob a ótica da Justiça de Transição, a qual é objeto de breve estudo na parte final da investida.

1. Panorama histórico dos eventos violatórios de direito do regime militar brasileiro e os reflexos na cidade de Carazinho/RS

A história do período em que o regime militar se instaurou no Brasil é tão rica, quanto extensa e obscura em seus fatos e passagens relevantes. Um estudo sério que se prestasse a uma investida reconstrutiva sobre a história daqueles anos demandaria dedicação e esforço singular. Um bom exemplo desta hercúlea ação são os planos e prognósticos das Comissões da Verdade e da Justiça aprovadas no Brasil recentemente em sanção da Presidente Dilma Rousseff, quando recebeu o então Projeto de *Lei nº 7.376/2010*. Por isso mesmo,

a partir de agora, o que se pretende com este estudo é uma análise de alguns pontos relevantes e pertinentes para o que se propõe, principalmente no que diz respeito as mais notórias violações de direitos ocorridas em todo o Brasil e seus reflexos na Cidade de Carazinho/RS.

No intervalo entre os anos de 1946 e 1964, no período do pré-golpe militar, o Brasil é marcado por uma alta conflituosidade, tanto no espaço econômico, quanto na esfera social e política que, em curto tempo, demandaria a necessidade de uma alteração das bases da comunidade brasileira. Abastecidos pelas ideias populistas de Getulio Vargas, a sociedade inicia um processo de ampla organização e manifestação democrática que, entretanto, viria a ser afetado drasticamente nos anos seguintes (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p.12-13). Durante este período, o embrião do golpe militar já germinava na penumbra da comunidade, aguardando o momento adequado para se instalar.

Com a vitória presidencial de Jânio Quadros no ano de 1960, e a sua posse em 1961, também se deu a ascensão de João Goulart como vice-presidente. Singularmente, no período os cargos máximos do Poder Executivo podiam se dar por pessoas de diferentes partidos políticos e foi o que ocorreu. Jânio Quadros representava a ideologia da coligação PTN-PDC- UDN-PR-PL, ao tempo que João Goulart alinhava-se ao entendimento da coligação PTB- PSD- -PST-PSB-PRT (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO 1985, p.13-15). Logo no ano da posse, Jânio vê seu mandato se complicar e, neste sentido, a UDN exerce função singular, pois além de remover o apoio que dedicava ao presidente, ainda o toma como rival, desmoralizando-o perante a sociedade e aos militares (SKIDMORE, 1975, p.247). Envolto em tensões diversas, Jânio Quadros, em 15 de agosto de 1961, renuncia ao cargo de presidente. De regra, seu posto deveria ser assumido pelo vice, João Goulart, porém, ao tempo de sua ausência do país dada uma missão diplomática, os ministros militares se opõem a sua posse (BRAUN, 2006, p.28). Tal ato inflama movimentos populares no Brasil denominados Movimentos da Legalidade - composto por operários, estudantes e aliados ao progressismo -, que buscavam a posse de João Goulart. No Rio Grande do Sul, as manifestações foram intensas e encabeçadas pelo então governador do Estado do Rio Grande do Sul, o carazinhense Leonel

Brizola, que inclusive distribuiu armas de fogo para eventual combate e resistência¹. Temerosos de eventual guerra civil, os ministros militares anuem com a posse de João Goulart, porém, com uma série de restrições advindas do sistema parlamentarista (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p.16).

Mas é em 1964 que o movimento autoritário e violador tem seu início no dia 01 de abril com apresentação do “Comando Supremo da Revolução”, formado pelas três esferas das forças armadas, e historicamente em 19 de abril, trazendo a reformulação das bases do Estado inclusive no plano jurídico do país², que se prestaram adequadamente aos interesses antidemocráticos e aos propósitos de repressão e violência dos militares (LEAL, p. 112-114).

A contar do Ato Institucional nº 1, incontáveis abusos, ao arripio da legalidade, que iam de limitações às garantias individuais, passavam por cassações políticas, sequestro, tortura e alcançavam até a morte foram perpetrados pelos militares. Outra prática bastante comum eram as detenções e as prisões parcamente fundamentadas - quando fundamentadas - e por razões e autoridades questionáveis. Ainda hoje, não se têm os números definitivos das pessoas violadas neste amargo processo³. A verdade permanece

1 “Segundo Barbosa, as armas utilizadas pela Brigada Militar, metralhadoras, fuzis e munições - foram importadas da Checoslováquia por Flores da Cunha para a Brigada Militar na Revolução de 1930 e, como não houve confronto na ocasião, foram escondidas. ‘Quando os oficiais chefes da brigada militar comunicaram ao governador Brizola seu total engajamento no Movimento da Legalidade, informaram ao governador da existência de tais armamentos e pediram permissão para usá-los, a qual foi imediatamente dada.’ Também foram distribuídos armamentos para a população, a qual se inscrevia para o voluntariado, recebendo um revólver e uma caixa de balas, distribuídas pela Brigada Militar com ordens do governador. Sobre os armamentos distribuídos aos populares, Bandeira diz. ‘Naquele mesmo dia, ele já requisitara todos os estoques de armas disponíveis em Porto Alegre, tendo mobilizado a Taurus, indústria de revólveres, para trabalhar ininterruptamente, inclusive na produção de metralhadoras leves “ (BRAUN, 2006, p.35-36).

2 “Seguiram-se, nessa linha, intermináveis transformações na estrutura jurídica do país, alterações na constitucionalidade do Estado, reforços no aparato de repressão [...] Tudo dentro de uma tendência geral para o aumento da rigidez do Estado, o que não significa afirmar que os governantes militares tenham abandonado as preocupações com uma permanente busca de disfarces, que aparentassem uma certa normalidade democrática” (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p.22-23).

3 “A história desta repressão registra o desrespeito absoluto das garantias individuais dos cidadãos, previstas na Constituição que os generais diziam respeitar, desencadeando uma prática sistemática de detenções na forma de sequestro, sem qualquer mandado judicial nem observância de lei. [...] O número de pessoas envolvidas nestes expedientes do Estado de Segurança Nacional ainda hoje não é totalmente conhecido, porém, pode-se dizer que

parcialmente revelada, sendo uma das missões das Comissões da Verdade e da Justiça, ao lado da Justiça de Transição, revelá-la.

No Rio Grande do Sul a situação não foi diferente. Neste Estado a liderança de Leonel Brizola, a “sua” Rede da Legalidade - que consistia em usar (e às vezes tomar) as rádios para espalhar a ideologia de resistência, notícias e informações sobre o período militar -, e o “seus” Grupo dos Onze⁴ foram os principais alvos e vítimas do regime militar. Na Cidade de Carazinho, em particular, ao núcleo do Grupo doS Onze se dava no Centro Cívico João Goulart - que em janeiro de 1964 passou a se chamar Centro Cívico Leonel Brizola -, tendo as primeiras células dos onze capitaneadas por Romeu Barleze, José Maia Medeiros, Frederico Beba e Felisbino Barlette, todos simpatizantes e/ou vinculados ao PTB. Nos tempos seguintes, a região de Carazinho contaria com cerca de 25 Grupos dos Onze (BRAUN, 2006, p.95-97).

A partir do golpe militar, a resistência carazinhense passou a ser alvo de ataques diretos, não só dos militares, mas também da Igreja Católica⁵ e dos simpatizantes da direita⁶ da Cidade. Um dos

no auge da repressão um universo de quase 8.000 (oito mil) pessoas foram diretamente atingidas e violentadas em seus direitos mínimos de cidadania, via inquéritos policiais militares. Em razão de tais registros também se pode perceber quais as camadas sociais mais envolvidas: (a) a classe média urbana; (b) a faixa etária dos indiciados era majoritariamente inferior 30 anos, grande parte com formação universitária; (c) as acusações mais frequentes diziam respeito à militância em organização partidária proibida e à participação em ação violenta ou armada” (LEAL, p.113-114).

- 4 “[...] os Grupos de Onze foram institucionalizados no dia 19 de outubro de 1963 através de um pronunciamento de Brizola pela rádio Mayrink Veiga. Inicialmente estes grupos eram de cinco companheiros, mas depois de um estudo, o número de participantes passou para onze. A explicação para o número onze estaria na formação de uma equipe de futebol, onze jogadores dentre os quais um é o capitão da equipe” (BRAUN, 2006, p.93).
- 5 “O comunismo foi fortemente combatido pela Igreja Católica nestas eleições, principalmente pelos padres locais nos sermões das missas, momento em que orientavam os fiéis a não votarem em candidatos comunistas, como mostra o jornal: *Sendo de nosso conhecimento a zelosa orientação que vinha sendo dada aos eleitores católicos pelo Reverendo. Padre João Gheno Neto, DD. Vigário da Paróquia Senhor Bom Jesus, com vistas às eleições de 7 de outubro e no sentido de serem resguardados os direitos cristãos, quando deveriam ser votados somente candidatos seguramente anti-comunistas, sem alianças, simpatias ou mentalidades comunistas [...]* Estes grupos também acabaram influenciando o imaginário das pessoas. Padre Gheno comenta: *‘É evidente que naquela euforia de jovem liderança, ele [Brizola] precisava encontrar um espaço na política, então ele achou este espaço em nome dos empobrecidos, excluídos. Tentou formar esta organização que foi muito forte na mente do povo’*. O padre continuou dizendo que toda a organização humana é importante e com a estrutura formada pelos grupos, Brizola pode defender suas ideias” (BRAUN, 2006, p.74-75/110).
- 6 “Sabíamos do desastre e do sofrimento do povo, porque não havia liberdade, onde se era con-

primeiros alvos foi o vereador Sebastião Olegário Haeffner, filiado ao PTB local, sendo que, depois dele, outros tantos foram vítimas de detenção ou prisão, além dos comparecimentos diários às delegacias de polícia local para prestar contas das atividades praticadas (BRAUN, 2006, p.101-102). Isso fica evidenciado no discurso do Vereador Edson Otto ao referir que em Carazinho muitos homens foram indevidamente detidos em seus locais de trabalho para prestar declarações, sendo presos na delegacia de polícia para prestar depoimentos e serem interrogados sem qualquer justificção (BRAUN, 2006, p.102).

Merece destaque o discurso do vereador Sebastião Olegário Haeffner preferido logo após a sua liberação, já que se presta para corroborar bem o que virá a ser objeto de análise no decorrer deste artigo. O vereador narra que ao ser preso - pelo DOPS - prestou esclarecimentos no batalhão de Cruz Alta e, após, foi enviado ao SESME, em Porto Alegre, onde ficou enclausurado (BRAUN, 2006, p.104). Tal fado foi encarado por vários carazinhenses que eram transportados em ônibus - leia-se mais de um na mesma oportunidade - para Porto Alegre.

Outro tipo de violação que também ocorreu em todo o país foram os afastamentos dos cargos e empregos (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p.16). Em Carazinho inúmeras famílias restaram afetadas pelos afastamentos dos principais provedores do lar de seus empregos por razões políticas. Exemplo emblemático é trazido por Braum ao narrar apenas um dos casos. Trata-se das passagens ocorridas com Delfino Siqueira de Quevedo⁷.

denado sem ser julgado. Desta forma todos tinham medo do comunismo, até os operários". Keller continua: Então se formaram esses Grupos de Onze, para incentivar e chamar para o lado do socialista. Estes grupos se reuniam sob o nome de Grupos de Onze infiltrando-se nos sindicatos, procurando fazer uma lavagem cerebral mostrando a beleza do paraíso que é o regime socialista. O governo manda e todos são iguais, tudo o que se tinha seria repartido entre todos. Era a filosofia que eles espalhavam e ainda pregavam que não haveria mais gente rica, pois todos serão iguais. "(...) o líder que até hoje ainda mora em Carazinho - Romeu Barleze - intercedeu no nosso campo de aviação, que é estratégico, largando barris de gasolina na pista para os aviões da revolução não poderem descer e reforçar a segurança em Carazinho" (BRAUN, 2006, p.107-108).

7 O dia 19 de abril de 1964 mudaria a vida de Quevedo e de sua família. [...] Após esse período de prisão em Porto Alegre, Quevedo retornou para Carazinho portando as sequelas físicas ocasionadas pela queda do caminhão caçamba. Quevedo era fundador e trabalhava numa firma onde tinha estabilidade, mas como voltei todo quebrado, não tinha mais con-

A situação acabaria por piorar nos anos subsequentes, notadamente a partir do Ato Institucional número 5. A história foi recheada com as maiores arbitrariedades já presenciadas no Brasil. Isso, contudo, é um capítulo tão especial da história que mereceria tratamento igualmente destacado, o que não se pretendem neste artigo.

Vale recordar, entretanto, que com a (re)democratização do Estado brasileiro advieram leis que possibilitaram a reparação pecuniária das vítimas das ações pouco razoáveis do período militar, entretanto entende-se que, em muitos casos, o valor alcançado é meramente simbólico e não tem condão de reparar todos os danos causados e as chances perdidas por famílias inteiras. Por certo que se fosse buscada uma averiguação mais ampla profunda dos fatos, incontáveis histórias semelhantes sobre pessoas que tiveram suas vidas alteradas pelo regime militar apareceriam e chocariam o pesquisador e, quiçá, a maior parte da comunidade brasileira, sem embargo de tudo que já se tem conhecimento.

2. Um breve relato do processo nº 2007.71.18.001748-1: exposição das teses e das provas apresentadas

De início, é importante que se diga que o processo número 2007.71.18.001748-1⁸, até o fechamento deste artigo, ainda está ativo.

dições de trabalhar, pois eu era fundidor e pegava uma panela de 80 kg com 1200 graus de calor e trabalhava o dia inteiro”. [...] O entrevistado lembra que com a criação do Ato Institucional n.5 acabou sendo demitido. ‘Quando foi criado o Ato Institucional n. 5, fui expurgado. Pela lei não podia (sic) me expurgar, porque eu era um operário comum, mas me expurgaram perdendo meus onze anos de serviço na firma. Perdi todos meus direitos e não fui indenizado.’ Sobre suas dificuldades posteriores para conseguir trabalho, comenta: ‘Somente consegui um outro serviço de ajudante de carpinteiro com um parente meu. Meus filhos todos eram pequenos e minha mulher trabalhando bastante. Mas o que iria fazer para não passar fome? [...] Meu filho com apenas oito anos de idade já trabalhava. Minha mulher sofreu muito e foi nessa miséria que a gente viveu. [...] Sua vida e de sua família, como a de muitas outras pessoas não somente em Carazinho, mas em todo o país, tomaram novos rumos causados pela repressão sofrida com o regime imposto pelos militares (BRAUN, 2006, p.114-115).

- 8 Ação Ordinária (procedimento comum ordinário) Nº 2007.71.18.001748-1 (RS). Data de autuação: 08/10/2007. Juiz: Felipe Veit Leal. Órgão Julgador: Juízo Subs. Da Vara Federal e JEF de Carazinho. Órgão Atual: Carazinho. Parte autora: Joana Celda de Moura e Maria de Lourdes de Moura, sucessoras de Carlos Prestes de Moura, respectivamente esposa e filha, defendidas pelo advogado Luciano Hillebrand Feldmann. Parte Ré: União, defendida pela Advocacia Geral da União. Número em segundo grau: 500056527.2011.404.7118 (Processo Eletrônico). Data de autuação: 08/10/2007.

No momento, encontra-se em segunda instância. Para melhor explicação, realiza-se uma digressão cronológica da movimentação processual aliada ao paralelo com os documentos presentes nos autos.

2.1. Dos fatos

O polo ativo da demanda é composto pelos sucessores (esposa e filha) de Carlos Prestes de Moura, as quais postulam indenização moral, perante a União, pelos abalos sofridos ao tempo que seu familiar (já falecido) foi objeto da intervenção do Regime Militar. Na narrativa exordial consta que o Carlos Prestes de Moura, vítima de perseguições políticas que ocorriam na Cidade, no dia 19 de abril de 1964 foi preso pela polícia de Carazinho e encaminhado ao DOPS, sob a acusação de ter participado da tomada da Rádio Carazinho, em 1º de abril de 1964. Com sua condução ao DOPS, em Porto Alegre, restou enclausurado no SESME até a data de 22 de maio de 1964, onde foi vítima de violações de direitos (BRASIL, p.03-04). Ainda, quando de sua libertação e retorno a Carazinho, foi obrigado a se apresentar diariamente na Delegacia de Polícia Civil de Carazinho até o dia 02 de junho de 1964.

A peça inicial prossegue asseverando que, também em razão da prisão de Carlos Prestes de Moura, a Comissão Estadual de Investigação⁹ do Estado do Rio Grande do Sul publicou no Diário Oficial do Estado que Carlos Prestes de Moura era uma pessoa passível de sofrer sanções, as quais podiam ser de demissão, dispensa, colocação em disponibilidade, aposentadoria, reserva ou reforma (BRASIL, p.130-131). Aos 34 anos de idade, em 05 de agosto de 1964¹⁰, conforme portaria número 393, expediente número 4728, Carlos Prestes Moura foi dispensado do seu emprego. Estranhamente, o expediente que motivava a dispensa não foi localizado pelo emissor (BRASIL, p.144).

9 Por muitos chamada de “Comissão de Expurgos”.

10 Segundo informações no documento nº 384/86-AJ, emitido pela Secretaria do Interior, Desenvolvimento Regional e Urbano e Obras Públicas, nos processos administrativos nº 0577410.00-PGE-1985 e 0149422.00SDO1986, presentes no processo, laudas 143-146.

Com a sua dispensa, aduz a peça vestibular, Carlos Prestes de Moura, sua esposa e sua filha (na época menor de 18 anos), passaram a serem vítimas de achincalhamentos, escárnios e rótulos próprios do período, tais quais “subversivos”, “comunistas”, “traidores” e “inimigos da pátria”, o que desestruturou toda a rotina da família. Tal situação fechou as portas das possibilidades para a família e, não bastasse isso, de um lado, o esposo/pai, então desempregado e dado como subversivo, foi acometido por depressão e tornou-se refém do álcool; de outro lado, as autoras sofreram ao lado do ente ao vê-lo naquela condição e angustiaram não só as pechas outrora citadas, mas igualmente, a falta de recursos e os problemas daí advindos em razão do desemprego do esposo/pai (BRASIL, p.13-15).

Cerca de 28 anos depois, por força de uma anistia política de ordem exarada pelo governador do Estado do Rio Grande do Sul, Alceu Collares, em 25 de fevereiro de 1992, Carlos Prestes de Moura foi anistiado e readmitido em suas funções. Porém, a anistia lançada, ao acolher o parecer do Procurador Geral do Estado, inseriu que “Tal anistia somente gerará efeitos a partir da promulgação da constituição Federal — 5 de outubro de 1988, ‘vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo’¹¹. Em outros termos, pela anistia, o autor nada recebeu pelo período que restou afastado de seu labor. Seis meses depois, em 28 de agosto de 1992, Carlos Prestes de Moura faleceu (BRASIL, p.54).

Assim é que, com base nas restrições e abalos psíquicos que sofreram no período de 1964 a 1992, as autoras buscam indenização moral em face da União, não obstante os valores já recebidos em razão da anistia e do processo movido contra o empregador do esposo/pai das requerentes, já que tais valores se prestaram para a reparação material dos danos experimentados.

11 Processo 2007.71.18.001748-1, laudas 11. Parecer do Procurador do estado nas laudas 52-61, nele constou: “Tendo sido, segundo se depreende dos elementos do processo, exclusivamente política a motivação que levou o administrador público a dispensar o requerente, da função pública estadual, concluo que o mesmo tem direito à anistia delineada no artigo 8º, § 52, da Constituição da República de 1988”.

2.2. Das provas produzidas

As provas documentais produzidas pelas autoras dizem respeito às violações ocorridas e as perdas que sofreram ao longo de 28 anos. Os documentos apresentados foram coletados ao no seio do Requerimento de Anistia encarado diante da Comissão de Anistia (o qual teve seu mérito julgado improcedente)¹², no processo judicial movido pela sucessão diante da Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN (que restou julgado procedente)¹³. Por serem inúmeros documentos, dá-se neste artigo preferência para aqueles que revelam os fatos ocorridos com Carlos Prestes de Moura e com a sua família.

Anos depois da morte de Carlos Prestes de Moura, ainda decorrente destes fatos, a sucessão de Carlos Prestes Moura pleiteou perante a Comissão de Anistia indenização de ordem material pelos danos sofridos no lapso temporal não albergado pela anistia (anos anteriores a 1988) (BRASIL, p.19-22 e 125), porém teve seu pedido negado com base na anistia alcançada e em razão do recebimento do benefício da Lei 11.042/97 (BRASIL, p.229 e 255-256). De qualquer sorte, vale destacar que, tal qual consignado no processo judicial movido em face da CORSAN, restou reconhecido ser “inegável a perseguição sofrida pelo falecido cônjuge da recorrente, uma vez que fora preso, sendo em seguida afastado do seu cargo na Companhia Hidráulica de Carazinho/RS, por força de arbitrário Ato Institucional” (BRASIL, p.247-255).

Os documentos apresentados para a Comissão de Anistia se iniciam pela “Requisição de Benefícios da Lei nº 11.042/97”, na qual alguns dados da pessoa que teve seus direitos violados no regime militar eram preenchidos. Além das informações pessoais de Carlos Prestes de Moura, destacando-se as seguintes questões e respostas: a) qual o período de prisão e o local? De 19/04/1964 a 22/05/1964, no SESME (pelo DOPS); b) houve, durante a pri-

12 Processo Requerimento de Anistia número 2002.01.07897.

13 Processo judicial número 2.674, da Comarca de Carazinho, julgado em 30/10/1996. Apelação número 597.095.272, de relatoria e voto do Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, julgado em 26/06/1998.

são, a ocorrência de sevícias? Sim; c) houve, durante a prisão, a ocorrência de maus-tratos? Sim; d) A vítima pertenceu a algum partido ou organização política no período das prisões? Sim. Simpatizante do PTB - Brizolista; e) Quais os problemas físicos decorrentes da prisão? Em curto período contraiu tuberculose em último grau que o acompanhou pelo resto da vida; f) Quais os problemas psíquicos decorrentes da prisão? Depressão intensa e alcoolismo; g) Outros problemas decorrentes da prisão? Afastamento do emprego, tendo a necessidade da venda de seus bens para sustento. Foi excluído da sociedade e não conseguiu novo emprego (BRASIL, p.56-57).

Acompanhou a requisição a narrativa dos fatos, bem como documentos que davam conta do apoio que Carlos Prestes de Moura dedicava ao PTB e ratificavam os problemas advindos após a prisão (BRASIL, p.119-121). Ao lado desses documentos, estava a manifestação do Ministério Público no Inquérito Policial (BRASIL, p.73-114) que apurava o envolvimento de Carlos Prestes de Moura nos eventos que motivaram a sua prisão. O parecer foi condensado e concluiu que, na Cidade de Carazinho, as atividades subversivas foram insignificantes, não havendo elementos suficientes para denúncia, nos termos da Lei de Segurança Nacional. Igualmente, não restou comprovada a existência do “Grupo dos Onze”. Quanto à existência de comunistas, apesar de encontrados alguns que foram alvo de delação e outros confessos, nenhum deles praticou, claramente, atos contra a ordem política e social, tudo nos termos do relatório do Major Rogério Lobo Filho e da investigação da 3ª auditoria da 3ª Região Militar. Não obstante isso, a invasão a Radio Carazinhense restou comprovada, mas não com o intuito de tomada do local e início de greve, e, sim, visando à remessa de telegrama de apoio ao Presidente João Goulart (BRASIL, p.71-72). O parecer foi pelo arquivamento do inquérito policial.

Conforme narrado no tópico anterior, outra pessoa que restou presa no período foi o vereador carazinhense Sebastião Haeffner. Em apoio às sucessoras de Carlos Prestes de Moura perante o processo na Comissão de Anistia, dita pessoa prestou

declaração contando que foi preso na mesma oportunidade que Carlos Prestes de Moura e, assim como todos que estavam trancados no SESME, sofreram torturas psicológicas, ameaças de perda do emprego e de morte. Ao fim de sua declaração, afirma que o falecido sofreu de grave depressão e de quadro de alcoolismo ao retornar para sua comunidade (BRASIL, p. 119).

Já a prova testemunhal se deu ao longo da instrução processual do processo em questão, tendo sido ouvida a autora Joana que narrou os problemas e as dificuldades enfrentadas pela família, e quatro testemunhas, Romeu Barleze, Mussio Tales Correa, Norma G. Ramos e Egon P. Kraemer, que corroboraram a dor, os prejuízos, as restrições e a humilhação sofrida pela família (BRASIL, p.343-348).

2.3. Da contestação

A União em resposta à demanda proposta advogou, preliminarmente, pela existência de prescrição quinquenal do direito à indenização moral, que, em tese, teria começado a fluir ainda no ano de 1964. No mérito, sustentou não ser devida qualquer forma de indenização, já que a anistia concedida para Carlos Prestes de Moura, nos termos do art. 8º e § 2º da ADCT e da Lei 10.559/02, torna outros pedidos de indenização improcedentes. Por fim, defendem a inexistência de dano moral, bem como a sua não comprovação nos autos.

2.4. Da sentença

A sentença de primeiro grau (BRASIL, p.386-296) iniciou afastando a prejudicial de mérito que alegava a prescrição do direito reparatório, calcando-se na interrupção da prescrição do art. 202, VI, do Código Civil de 2002 cumulada com o art. 8º, da ADCT,

diante do advento da Lei 10.559/02 que renunciou à prescrição ao reconhecer o direito de reparação dos anistiados políticos. Porém, foi além sustentando que o regime militar foi um período em que a normalidade não estava presente, de modo que a violação de direitos fundamentais não pode ser objeto de prescrição dada à indisponibilidade do bem tutelado.

No mérito, iniciou sua ponderação defendendo a responsabilidade objetiva do Estado. Ato contínuo sustentou que as perseguições políticas ao longo do regime militar são fatos reconhecidos pelo Estado que, inclusive, através da Lei 10.559/02 e do art. 8º, da ADCT, regulamentou formas de indenização às vítimas. Quanto ao caso concreto, disse inicialmente, no que toca aos fatos que motivaram o processo:

O reconhecimento do Poder Público Estadual, somadas às circunstâncias fáticas não dão azo à dúvida quanto à abusividade perpetrada pelos agentes públicos contra o Sr. Carlos Prestes de Moura. É evidente que sua demissão decorreu de ato estritamente político, assim como a sua prisão, pois considerado subversivo à ordem instalada. Ademais, é notório que pessoas assim tachadas eram desligadas do serviço público, assim como de seus empregos privados. Embora não se tenha a certeza que o de cujus tenha participado da manifestação que culminou na invasão da Rádio Carazinho, em 01/04/1964, é certo, segundo os depoimentos testemunhais colhidos em juízo, que o Sr. os era filiado ao PTB, partido de oposição ao Regime Militar, sendo conhecido pela comunidade como “Brizolista”, ou seja, pertencente ao grupo de pessoas simpatizantes aos ideais políticos defendidos por Leonel Brizola, um dos principais opositores ao Regime, além de ser natural da região de Carazinho (BRASIL, p.391).

Em seguida, prosseguiu ingressando no mérito do dano moral postulado, oportunidade em que assim fez constar:

Embora não se tenha mais notícia de outros eventos de oposição em que o extinto tenha participado, os fatos narrados desencadearam uma série de lesões a direitos fundamentais, que não abalaram só a pessoa do de cujus, mas também a sua família, passando por restrições financeiras, bem como morais. [...] Ora, a reparação a que se visa não se refere a uma questão material, mas sim moral [...] A razão é simples: as consequências da perseguição política não se restringem à prisão ou ao desligamento do

de cujus do serviço público; elas vão muito além. [...] Os danos ocasionados pelo Regime Militar junto à família das Demandantes tiveram início com a prisão do Sr. Carlos. A partir daí houve a perda da principal fonte de renda. A família atravessou séria crise financeira, somada à discriminação sofrida pela comunidade em que viviam, já que, como notório é, as pessoas tachadas pelo governo como comunistas eram ignoradas coletivamente, muito em razão do medo que era imposto pelo Regime. O sustento passou a advir exclusivamente do trabalho da Autora Joana, na condição de costureira. A situação de desemprego do marido levou-o à depressão e, por conseguinte, ao alcoolismo. [...] Da mesma forma, o dano não se limitou à prisão ou à perda injusta do emprego, mas sim se estendeu por todo o período em que vigorou a ditadura, o que só cessou com a democratização e com o reconhecimento das ofensas pela Constituição Federal de 1988. [...] tenho que as Demandantes fazem jus à pretensão externada (BRASIL, p.392-393).

Como se extrai da sentença, o juízo defendeu que a família sofreu diretamente com os abusos perpetrados contra o esposo/pai, sendo a indenização moral devida pela União, mormente, porque o valor pago a título de anistia não se confunde com o direito ora pleiteado. Demais disso, realizou sua fundamentação com base em direitos fundamentais violados, exercendo notório exercício de jurisdição constitucional, máxime quando do confronto dos valores maiores da Constituição em face das Leis infraconstitucionais relativas aos valores pagos aos anistiados em reparação. Ao fim, a decisão condenou a união ao pagamento de R\$ 75.000,00 às demandantes¹⁴.

14 Ambas as partes apelaram, as requerente postulando a majoração da verba indenizatória e o réu postulando a reforma da sentença, no sentido da improcedência dos pedidos iniciais (fls.398-425). Contrarrazões foram apresentadas e o Ministério Público Federal se manifestou nos autos, aduzindo que os apelos deveriam ser conhecidos, porém não providos (fls.428-452). Os autos foram remetidos ao segundo grau onde a sentença de primeiro grau foi mantida em seus próprios termos (fls.453-458). Embargos de declaração foram interpostos pela União, atacando - em nova argumentação - a ilegitimidade passiva das partes, não sendo acolhidos, porém sem a apreciação do argumento (fls.462-470). Ainda inconformada, a União propôs Recurso Especial (fls.474-490), reiterando os argumentos até então defendidos e insistindo na argumentação acerca da ilegitimidade processual não apreciada em sede de embargos de declaração. O Recurso Especial foi recebido e encaminha ao Superior Tribunal de Justiça que anulou a decisão lançada no julgamento dos embargos, por entender existente violação ao art. 535, II, do CPC, já que deveria ter ocorrido manifestação quanto a legitimidade das partes e quanto aos honorários fixados, determinando a baixa dos autos para segunda instância para nova decisão (fls.491-507). Assim, retornou o processo e, em segundo grau, aguarda apreciação (Movimentação ocorrida até o dia 16/12/2011).

2.5. Um comentário perfunctório sobre o processo

Como se viu o processo envolve mais um caso de um cidadão carazinhense que se opunha ao regime militar. O contexto anteriormente narrado demonstra, brevemente, que os efeitos da ditadura também atingiram a Cidade de Carazinho e fizeram vítimas com prejuízos inenarráveis. É preciso que se diga, assim, que a decisão de primeiro grau se mostrou acertada. Observou os fatos históricos e as provas coligidas ao longo do processo, reconhecendo que o Estado brasileiro violou direitos fundamentais tanto das autoras, quanto de seu falecido familiar.

Em termos próximos à filosofia do direito seria fácil - mas apropriado - sustentar que existem direitos mais peremptórios e mais dignos de proteção que outros, de sorte que, uma vez violados os direitos humanos das autoras elas deveriam ser indenizadas. Porém, a sentença foi tecnicamente e juridicamente (bem) fundamentada.

Primeiro afastou adequadamente a prescrição com a legislação local. Poderia, ainda, ter ido além e, com base no movimento de universalismo e supraconstitucionalidade, ter argumentado base nos tratados internacionais, mormente com fulcro na “Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade” - da qual o Brasil não é signatário - lançando em sua argumentação a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. No mérito, aplicou adequadamente a responsabilidade civil objetiva do Estado e, ato contínuo, analisou as provas, reconhecendo que os crimes de lesa humanidade ocorridos no regime militar também se deram com Carlos Prestes de Moura e afetaram as autoras nos anos de 1964 a 1992. Quanto a isso, sem maiores obstáculos, já que os elementos probatórios são suficientes para essa conclusão. Daí porque a necessidade de se julgar como procedentes os pleitos exordiais.

Quanto ao valor indenizatório fixado, parece ser meramente simbólico, já que é impossível ponderar exatamente todo o dano das autoras. Por certo que os R\$ 75.000,00 virão a confortar as requerentes contemporaneamente, mas é ainda mais certo que tal monta não

se aproxima nem do primeiro ano de angústia, dor e humilhação retratado pelas provas, tampouco consegue dar conta do grau de culpa do ofensor e da sua capacidade econômica. Ademais, em esdrúxula comparação, pondera-se que, guardadas as proporcionalidades da época e da moeda, tal valor era recebido mensalmente por oficiais de alta patente militar que estavam à frente da ditadura. Isso sem mencionar dos desvios de dinheiro público e a evasão de divisas ocorridas no regime militar (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p.19).

3. Crítica jurídica sobre o processo nº 2007.71.18.001748-1 diante da responsabilidade civil do Estado pela perda de chances

O processo acima observado, em que pese ainda não transitado em julgado, contou em duas oportunidades com o reconhecimento das violações de direito cometidas pelo Estado, ao longo do regime militar, contra Carlos Prestes de Moura, dos danos sofridos por ele e por sua família, advindos de ditas violações, e da existência de prejuízos a serem indenizados, decorrentes dos danos imateriais, mesmo diante das disposições legais acerca da reparação dos politicamente anistiados. Como se percebeu, as autoras postularam reparação por danos morais sofridos e, em primeiro e segundo grau, ainda que precariamente, obtiveram sucesso. Porém, o que se propõe no momento é uma análise alternativa dos pedidos iniciais, valendo-se da teoria jurídica da perda da chance aliada com o papel da jurisdição constitucional, da justiça de transição e da comissão da verdade e da justiça na defesa e promoção dos direitos fundamentais.

Preservando-se os fatos, tem-se que - e não só no caso em apreciação - os eventos nefastos e os crimes de lesa humanidade cometidos pelo Estado ao longo do regime militar brasileiro causaram a perda de inúmeras possibilidades à família de Carlos Prestes de Moura, as quais deve(ria)m ser objeto de reparação já que, sem dúvida, alteraram drasticamente o futuro das pessoas envolvidas.

A teoria da perda da chance é de origem francesa (perte d'une chance) e no Brasil ficou largamente conhecida com o julgamento do REsp 788.459/BA, no qual uma participante do programa "Show do Milhão" postulava indenização de um milhão de reais em razão de que, ao chegar na última pergunta do programa, a qual lhe dava a chance de acertá-la e ganhar o prêmio no valor citado, não lhe foram dadas opções corretas, de modo que se tornava impossível o acerto. O caso foi julgado procedente, porém a indenização restou arbitrada em R\$ 125.000,00, "equivalente a um quarto do valor em comento (por ser uma 'probabilidade matemática' de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens) reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida", a partir dos 50% das chances iniciais de acerto, removidos os 50% das chances de erro.

Como se percebe a teoria trata dos casos em que a chance - ainda que apenas uma - é retirada do poder de escolha da pessoa ou quando a chance é removida das possibilidades de exercício futuro da pessoa. Logo, há casos em que a chance é conhecida e outros em que ela ainda é desconhecida, podendo a ser exercitada no futuro. Em melhor síntese explica Godim (2005, p. 21-22):

Este novo enfoque da clássica teoria da responsabilidade civil foi uma criação jurisprudencial francesa, que significa a perda de uma chance de cura. Alguns doutrinadores traduzem somente a perda de uma chance de cura, limitando sua aplicação somente para os casos de responsabilidade médica. Foi em 1965, em uma decisão da Corte de Cassação Francesa, que pela primeira vez se utilizou tal conceituação. Tratava-se de um recurso acerca da responsabilidade de um médico que teria proferido o diagnóstico equivocado, retirando da vítima suas chances de cura da doença que lhe acometia.

Tal tese não se vincula ao resultado final, mas sim a possibilidade, a chance perdida de se alcançar determinado benefício de interesse pessoal, a qual já está incorporada ao patrimônio jurídico da pessoa. Bem se sabe das críticas doutrinárias presentes neste espaço, notadamente no que diz respeito a aferição da potencialidade da perda, tanto que se defende a perda de uma possibilidade e não de uma probabilidade. Ocorre que, uma vez que se trabalha com a ideia da perda de uma possibilidade e não de um resultado, é impossível remover a ideia de que o futuro é incerto e que, portan-

to, não existe a possibilidade de provar qual seria o resultado final (GODIM, 2010, p.62-63), de modo que “fosse retirado o ato ilícito da cadeia dos fatos que antecederam o resultado final, jamais poderia este ser demonstrado” (BIONDI, p.7-8). Por tal razão é que, como bem adverte a Min. Nancy Andrighi, o poder judiciário deve ter sensibilidade para ponderar, diante do caso concreto, se há perda da(s) possibilidade(s) de exercício de certa(s) chance(s) – ainda que somente fossem se revelar no futuro – e se daí sobreveio dano legítimo, o qual deverá ser indenizado não com vistas ao resultado final, mas sim mirando a perda da chance¹⁵.

[...] Ocorre que, naturalmente, há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado. No mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em concurso nacional de prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e um simples jogo de dados, onde só há seis alternativas possíveis. Assim, a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade de perda da chance de lucro, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas.

No caso concreto, se vê que as violações realizadas pelo Estado contra Carlos Prestes Moura atingiram sua família e, a partir daí, inúmeras possibilidades foram removidas da cadeia de eventos futuros. Muitos destes eventos, é verdade, não passam de probabilidades que poderiam, aleatoriamente e ocasionalmente, ocorrer. Outras, porém, há notáveis possibilidades que se concretizassem. Ou seja, trabalha-se com eventos improváveis de um lado e com eventos quase certos de outro lado (GODIN, 2010, p.67).

15 “Não se deve, todavia, olhar para a chance como perda de um resultado certo porque não se terá a certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento. Essa tarefa é do juiz, que será obrigado a fazer, em cada caso, um prognóstico sobre as concretas possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado favorável. [...] A indenização, por sua vez, deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem. Há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo” (CAVALIERI FILHO, 2008, p.75).

O dano, diante das provas coligidas nos autos, resta aclarado e de fácil percepção; a vida das autoras, a partir da prisão de Carlos Prestes de Moura, foi recheada com humilhação, angústia, perdas, privações de ordem material, imaterial e social, e, quiçá, com ricochetes raiva, desprezo e indiferença. Há, certamente, danos materiais e morais, como reconhecido nos processos intentados por Carlos Prestes de Moura e sua família.

Mas a questão oportuna é a perda das chances decorrentes das violações e dos danos. Pode-se dizer que é quase certo que as autoras não seriam humilhadas e achincalhadas de “subversivas”, “comunistas”, “traidoras”, “inimigas da pátria”, tampouco seriam preteridas e evitadas socialmente. A título de exemplo, as chances perdidas podem ser facilmente visualizadas no espaço do trabalho da autora Joana Celda de Moura (costureira) que, desde os eventos abusivos que sobrecaíram sobre sua família, teve, conforme devidamente comprovado no processo, sua clientela drasticamente afetada e o valor de seu labor reduzido. No mesmo sentido, a prova demonstrou – e isso também é fato histórico – que as pessoas taxadas de comunistas eram discriminadas e barradas no mercado de trabalho. Tais discriminações atingiram as autoras.

Igualmente, é quase certo que teriam melhores condições de vida já que, materialmente, poderiam gozar dos proventos de Carlos Prestes de Moura e dos trabalhos em condições normais da autora Joana – isso sem mencionar a probabilidade da filha ser alocada no mercado de trabalho –. Ainda, não passariam fome, como suportaram. Já, não materialmente, inúmeras são as possibilidades perdidas: a um, a família poderia ter aproveitado a plenitude e o melhor do familiar Carlos Prestes de Moura, evento que não ocorreu porque o ente foi acometido por depressão e alcoolismo; a dois, não teriam angustiada a situação de ver o esposo/pai perder a sua essência de vida em curto período de tempo; a três, levariam uma vida ao menos normal, se não fossem rotuladas de “comunistas”, sem restrições sociais e discriminações em geral.

Ainda, pode-se cogitar, mesmo que tanto se aproxime em muito das probabilidades aleatórias, que é quase certo que a vida da família seria outra, com significantes, possibilidades e benesses diversas, mormente no auge do regime militar, quando o ferrolho de limitações era mais austero.

O que se pretende dizer, portanto, é que no caso processo 2007.71.18.001748-1 resta comprovada que não uma, mas inúmeras chances foram perdidas pelas autoras em razão da cadeia de eventos trazidas pelo regime militar e que atingiram sua família.

É certo, entretanto, que a teoria da perda da chance deve ser vista e utilizada com cuidado, pois não pode se tornar no «salvador da pátria» (GODIN, 2010, p.88), no sentido de se valer dela para fundamentar a reparação, sem que estejam presentes os demais pressupostos da responsabilidade civil. Ao mesmo tempo, apesar de parecer claro que os eventos do regime militar dão azo para a aplicação da teoria da perda da chance, não é em todo caso que ela deve ser aplicada, máxime quando a perda da chance se deu pela conjuntura própria do período, mas sem abuso ou violação. Significa dizer que o Judiciário deve estar atento para separar as chances perdidas que ocorreram de abusos do poder, violações e condutas arbitrárias do Estado, daquelas chances que se perderam pelo próprio regime militar ditatorial em si, já que estas são comuns a todas as pessoas e próprias de um período, de uma cultura e de um momento histórico. Caso assim não fosse pensado, seria o mesmo que culpar o Estado Democrático de Direito por eventual violação à soberania popular - e as chances a partir daí perdidas -, quando se projeta defesa a direitos fundamentais de uma determinada minoria.

Ao revés, as chances perdidas por abusos do poder, violações e condutas arbitrárias do Estado, como é exemplo o processo 2007.71.18.001748-1, devem ser indenizadas já que demonstradas concretamente não só as chances perdidas, mas também os demais requisitos da responsabilidade civil.

4 A atuação da justiça de transição e da jurisdição constitucional, nas chances perdidas em razão da ditadura

A partir do que até então foi dito já é possível verificar uma relação de causalidade entre a teoria da perda da chance e a singular importância da atuação da justiça de transição, já que será a contar dos seus sucessos que a verdade e a solução para inúmeros casos ainda não determinados adequadamente irá aparecer (LEAL, p. 115). Deve-se começar tendo como premissa a ideia de que “as estratégias da justiça transicional são arquitetadas em contextos nos quais a paz é frágil ou os perpetradores conservam um poder real, deve-se equilibrar cuidadosamente as exigências da justiça e a realidade do que pode ser efetuado a curto, médio e longo prazo” (ZYN, 2009, p.34), logo pode-se dizer que suas metas consistem em:

(a) na revelação da verdade, mediante a abertura de arquivos do período e a criação de comissões da verdade imparciais; (b) na responsabilização pessoal dos perpetradores de graves violações de direitos humanos, entendendo que a situação de impunidade é fator de inspiração e dá confiança a quem adota práticas violadoras de direitos; (c) na reparação patrimonial dos danos às vítimas, através de indenizações financeiras; (d) na reforma institucional dos serviços de segurança, expurgando de seus quadros quem propagava a teoria do período; (e) na instituição de espaços de memória, para que as gerações futuras saibam que, no país, se praticou o terror em nome do Estado (LEAL, 2011, p.247-248)¹⁶.

A partir de suas metas pode-se traçar um paralelo com a sua importância para a responsabilização estatal e reparação das vítimas pelas chances perdidas. A revelação da verdade se prestaria precipuamente, para apurar os pormenores cometidos no regime militar,

16 “Por outro lado, esta justiça de transição geralmente tem se estruturado em cinco grandes estratégias de ação: (a) justiça reparatória cível (envolvendo danos materiais e imateriais), (b) justiça criminal; (c) formação de Comissões da Verdade e Memória; (d) justiça administrativa (com a revisão formativa dos quadros e setores públicos envolvidos com os temas da segurança e dos Direitos Fundamentais), e (e) justiça constitucional de transição (integrada e compromissada nacional e internacionalmente com as diretrizes jurisdicionais protetivas de Direitos Humanos e Fundamentais)” (LEAL, p.95).

auxiliando, dessa forma, em esclarecer quem foram os lesados e, portanto, quem possivelmente perdeu boas chances em suas vidas. Isso pode se dar, notadamente, por meio das comissões da verdade e da justiça que, além da sua missão original, poderá dar voz e espaço público para testemunhas e lesados, contribuindo para a confrontação de fatos e versões, em prol da elucidação da verdade e para uma espécie de válvula catarse de sentimentos indesejados (ZYN, 2009, p.35). Advém daí a importância de se trabalhar a verdade como direito fundamental - individual e social -. Adverte-se, todavia, que a Comissão da Verdade e da Justiça não pode se tornar a “Comissão da Verdade e da Justiça dos ofendidos”, em clara ação parcial e não acolhedora da versão dos ofensores e possíveis ofensores. Só há uma verdade e só uma justiça e são essas que devem ser reveladas e concretizadas.

Responsabilização e reparação se justificam para demonstrar comprometimento do Estado para com a comunidade e, principalmente, para com o universo de lesados, apontando e punindo os responsáveis pelos hediondos crimes do período militar e amenizando as vítimas e sucessores das vítimas com uma reparação que, muitas vezes será meramente simbólica (LEAL, 2011, p.248). É preciso ter em mente, contudo, ainda mais quando se pensa em nível de perda de chances no passado, que o simbolismo da reparação às vítimas não deve se tomado como banal. Ao revés, deve ser considerado seriamente, sem fins utilitaristas, mormente porque advindos de barbáries institucionais.

A reforma institucional é ponto deveras importante, máxime porque será através dela que se dá a limpeza de eventuais resquícios de ideias em desfavor dos direitos humanos, da democracia, da pluralidade e dos direitos fundamentais. É somente a partir desse saneamento que se poderá pensar nas metas acima, bem como na condução circunspecta da responsabilização do Estado pela perda de chances¹⁷. Ponderação destacável é dada por Zyn.

17 “Para confrontar as atrocidades em massa é preciso - ainda que às vezes esse processo não seja suficiente para punir os perpetradores - estabelecer a verdade sobre as violações e reparar as vítimas. Nesse sentido, é imperioso mudar radicalmente, e em alguns casos dissolver, as instituições responsáveis pelas violações dos direitos humanos. Nesse sentido, os governos recém estabelecidos são responsáveis, mas as comissões da verdade também

Por fim, a criação de espaços de memória são altamente recomendáveis para possibilitar que as futuras gerações conheçam o passado, vivam o presente em paz e evitem erros de intolerância e abuso de poder no futuro, fomentando-se a busca pela proteção e promoção dos direitos humanos e fundamentais no sentido pré-violatório (RUBIO, 2010, p16).

É o sucesso de pelo menos boa parte dessas metas, desde que inicialmente voltadas para a pacificação e para a construção da verdade e da memória, que garantirá uma comunidade comprometida com o respeito às vítimas e com a conservação da democracia e dos direitos fundamentais¹⁸.

Não se pode esquecer, contudo, que o atendimento das metas perpassa pela discussão de como equilibrar direitos fundamentais; de um lado às vítimas e de outros os violadores. entretanto, não se deve olvidar, tampouco ser leviano, com os atos de lesa humanidade cometidos ao longo do regime militar, insistindo em deixar na penumbra tudo o que foi perpetrado no período. O Brasil, por motivos diversos (alguns bem articulados por interesses políticos) bloqueou o acesso às informações e documentos coletados que dizem respeito

têm um papel importante. No geral, as comissões da verdade estão habilitadas para fazer sugestões em seus relatórios finais a respeito das medidas legais, administrativas e institucionais que devem ser tomadas para evitar o ressurgimento dos crimes sistemáticos do passado. Os governos também devem considerar a possibilidade de adotar programas de depuração e saneamento administrativo visando assegurar que as pessoas responsáveis pelas violações dos direitos humanos sejam retiradas dos cargos públicos, além de evitar que voltem a empregadas em instituições governamentais. A remoção das pessoas que violaram os direitos humanos de cargos que implicam confiança e responsabilidade constitui uma parte importante do processo para estabelecer ou restaurar a integridade das instituições estatais» (ZYN, 2009, p.37).

- 18 “[...] a simples explosão de conflituosidade administrativa ou judicial sobre estes temas não garantem a equalização dos problemas, pois na abertura de chagas como estas podem ser fundamentalizar ideológica e raivosamente culpas e responsabilidades que, ao revés de fomentar a paz, criam novos nichos de guerra. Daí a importância da advertência de: *After two decades of practice, experience suggests that to be effective transitional justice should include several measures that complement one another. For no single measure is as effective on its own as when combined with the others.* Em outras palavras, sem a apuração da verdade e a reparação (material, moral, informativa, simbólica, etc.), eventuais punições de um pequeno número de perpetradores dos direitos violados podem figurar como meras formas de vingança política e pessoal, descurando-se os aspectos institucionais, históricos e políticos dos regimes de exceção que não podem mais voltar. Da mesma forma, *Reparations that are not linked to prosecutions or truth-telling may be perceived as “blood money” - an attempt to buy the silence or acquiescence of victims*” (LEAL, 2011, p.249).

ao período o militar brasileiro. Tais dados - é preciso assumir - tratam, ao fim e ao cabo, da memória e da identidade cultural brasileira e, portanto, merecem especial destaque quando ponderados diante do outro direito fundamental, notadamente quando se tratar daquela que violou direito de outro(s).

A ausência (ou a omissão) do Estado brasileiro em revelar, punir e indenizar, em tempo hábil e adequado às vítimas diretas e indiretas do regime militar, não pode converter, agora, no leve pensamento de que passado tanto tempo, o melhor é, apenas, pensar no futuro. Há muitas famílias para quem a Justiça (agir da jurisdição e agir político) ainda nega uma visita. A questão de como compatibilizar direitos fundamentais é crítica, porém não pode se converter em novo argumento para uma retórica descomprometida com os princípios e valores constitucionais e, mais, para com os direitos humanos (e não só os fundamentais).

Daí porque pensar na responsabilização do Estado pelas chances perdidas pelas vítimas do regime militar seja um exercício que demanda empenho, compromisso e sensibilidade, não só com as histórias dos lesados, mas também com todo um passado cultural brasileiro de violência e violações. A justiça de transição, aliada à jurisdição constitucional, parece ser o meio eficaz para nortear a ação dos Poderes Estatais quando da reparação das chances perdidas, fornecendo subsídios para uma decisão fundamentada e atrelada aos valores e princípios humanos.

Conclusão

Os abusos de poder e as atrocidades ocorridas no regime militar brasileiro formam uma mancha escarlate nos anais da história local. Arbitrariedades em favor de uma ideologia facilmente questionável foram perpetradas em todo o país por anos que, para muitos, significou boa parte da sua vida sob medo, tensão e insegurança. O caso analisado neste artigo diz respeito a uma família da Cidade

de Carazinho/RS que, a exemplo de outras tantas, foi vítima da ditadura e hoje espera uma resposta - de reconhecimento e reparação - justa do Estado aos danos morais que sofreu.

Sem prejuízo de valores alcançados à título de anistia política, os danos morais vivenciados carecem ser reparados. Na mesma linha deve ocorrer com as chances perdidas. Evidentemente que só por se tratar de um período ditatorial, de ferrenha repressão e restrição, muitas chances foram perdidas, mas reporta-se àquelas chances perdidas em razão de arbitrariedades, abusos e violações. Esses casos merecem uma atenção especial do Estado.

Uma resposta digna para os casos de perda de chance no passado tende a ser mais bem trabalhada a partir das metas da justiça de transição, a qual, além de fornecer subsídio para uma revisão de conceitos e propostas em nível geral, ainda pode nortear a ação dos Poderes Estatais, para uma atuação empenhada, comprometida e sensibilizada com os valores e princípios humanos, quando da reparação das chances perdidas.

Referências bibliográficas

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Projeto Brasil nunca mais*. Tomo I: O regime militar. São Paulo: Arquidiocese de São Paulo, 1985.

BIONDI, Eduardo Abreu. *Teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil* Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 01 dez 2011.

BRASIL. Justiça Federal. *Processo 2007.71.18.001748-1*. Órgão Julgador: Juízo Subs. Da Vara Federal e JEF de Carazinho. Órgão Atual: Carazinho. Juiz: Felipe Veit Leal.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 788.459/BA*. Relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 08/11/2005, DJ 13/03/2006. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 16 nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* 965.758/RS, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 19/08/2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 16 nov. 2011.

BRAUN, Cláudio Damião “*Todos contra o PTB*”: disputas políticas no norte do Rio Grande do Sul (1961/1964). Dissertação de Mestrado, 2006, Disponível em: <<http://www2.al.rs.gov.br/memorial>>. Acesso em: 01 dez. 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; Mazzuoli Valério de Oliveira. *Direito supra-constitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação civil na teoria da perda de uma chance*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná-UFPR. Curitiba, 2010, p.62-63. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br>>. Acesso em: 02 dez 2011.

_____, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro de 2005, ano 94, v. 840.

LEAL, Rogério Gesta, Justiça de transição e a responsabilidade do estado por atos de tortura e desaparecimento de pessoas nos regimes de exceção. In: *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Coord. Jorge Renato dos REIS e Rogério Gesta LEAL. Tomo 11: EDUNISC, 2011.

_____, Rogério Gesta. *O direito fundamental à verdade, à memória e à justiça em face dos atos de morte, tortura, sequestro e desaparecimento de pessoas no regime militar brasileiro: qual a responsabilidade do Estado?* Texto inédito, não publicado.

RUBIO, David Sánches. *Fazendo e desfazendo direitos humanos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Getúlio a Castelo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Ministério da Justiça. – N. 1 (jan. / jun. 2009). - Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

Recebido em: abril de 2012.

Aprovado em: maio de 2012.

O STF E O DUPLO SENTIDO DA ANISTIA: CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE PARA UM DIREITO À VERDADE DAS VÍTIMAS DA DITADURA CIVIL-MILITAR NO BRASIL (1964-1985)

*Fernanda Vecchi Pegorini**

Resumo: Esta pesquisa problematiza como a forma jurídica que historicamente se constituiu em um meio de violação dos direitos das vítimas da ditadura civil-militar no Brasil, pode vir a ser pensada atualmente como um dos meios de constituição de um direito à verdade sobre aquele momento histórico, para as vítimas e para a sociedade. A discussão envolve a interpretação dada à Lei da Anistia (6.683/1979) pelo poder judiciário naquele momento e a decisão do STF sobre a ADPF nº 153. Para desenvolver a reflexão utiliza-se o empreendimento teórico metodológico de Michel Foucault que consiste em compreender os domínios da arqueologia e da genealogia (saber/poder) de forma complementar. As condições de possibilidade para a emergência de um direito à verdade das vítimas da ditadura civil – militar no Brasil podem vir a ser produzidas socialmente na atualidade a partir de estratégias de poder aptas à apropriação da forma jurídica. No jogo entre as forças presentes na sociedade e a forma jurídica se abre espaço a uma verdade (discursiva) imprevisível. Tais relações se dão onde o direito em sua forma é exercício de poder e tem outros nomes como justiça.

Palavras-chave: Discurso. Poder. Atividade Judicial.

* Advogada. Graduanda em Filosofia pelo IFIBE. Mestre em Sociologia pela UFRGS. A pesquisa está vinculada ao Grupo de Pesquisa Katharsis/IMED, onde a autora atua como pesquisadora voluntária.

Abstract: This research problematizes as the juridical form that history constituted in a place that rights violation victims of dictatorship civil-military victims on Brazil, can to come be thought currently like a way of the constitution of a right to truth about that history moment, to the victims and the society. Discussion involves the interpretation gave to Law of Amnesty (6683/1979) by the Judiciary in that moment and the decision by STF about ADPF nº 153. To develop this reflex use the theoretic methodological enterprise Michel Foucault consists to understand archeology domains and the genealogy (to know/ to can) in a complementary. The conditions of possibilities to an emergency of a right to truth victims of civil military dictatorship in Brazil can to come be socially produces in present as from power strategies able to appropriation of juridical form. In game between forces present in the society and the juridical form open space to a truth (discursive) unpredictable. That relations making where Right in it form is power exercise and have other names like justice.

Keywords: Speech. Power. Judicial Activity.

Introdução

Este trabalho busca elementos para pensar as condições de possibilidade de emergência do direito humano à verdade das vítimas da ditadura civil-militar no Brasil, considerando o modo como verdades são produzidas na relação do poder político com a forma jurídica, tendo como referencial teórico os trabalhos de Michel Foucault.

O direito passa a ser entendido então como um jogo de relações entre poder (político) e saber que produzem práticas estatais e não estatais legitimadas por um discurso com efeito de verdade. Trata-se dos discursos sobre a ditadura e o sentido da anistia naquele momento histórico e atualmente.

O Supremo Tribunal Federal, atualmente, julgou improcedente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153 cuja petição inicial foi oferecida pela Ordem dos Advogados do Brasil, com o objetivo de modificar o art. 1º, parágrafo 1º, da Lei de Anistia (6.683/1979), cuja interpretação naquele momento possibilitou o predomínio da anistia bilateral como meio de apaziguar o passado autoritário do país.

Com estes elementos é possível problematizar como a forma jurídica, que historicamente se constituiu em um meio para violação dos direitos das vítimas da ditadura civil-militar no Brasil, pode vir a ser pensada atualmente como um dos meios de constituição de um direito à verdade sobre aquele momento histórico para as vítimas e para a sociedade.

1. O empreendimento teórico metodológico de Michel Foucault

O empreendimento metodológico de Michel Foucault inicia no domínio arqueológico (saber) a partir do momento em que o filósofo se propõe a análise de como se constrói e se legitima o conhecimento científico na sociedade em determinado momento histórico. A proposta é examinar as regularidades das formações discursivas presentes em uma época e lugar para conhecer os saberes específicos delas derivados.

Chama-se *episteme* à regularidade dos discursos, ou seja, é a noção que permite definir a raiz dos vários saberes que podem se manifestar em determinada sociedade, e parecer contraditórios em sua superfície, apesar de serem sustentados pela mesma base (*episteme*) (BOTH, 2009).

Para analisar as formações discursivas em sua regularidade o filósofo construiu uma metodologia (arqueologia) que pretendia ser puramente descritiva para colocar fora das influências do conhecimento quem tinha a intenção de observá-lo descompromissadamente (RABINOW, DREYFUS, 1995, pp. 101-112).

As formações discursivas são identificadas pela possibilidade de descrição de um grupo de enunciados que seguem uma regularidade quanto à formação de objetos, de conceitos, de escolhas

temáticas (FOUCAULT, 2005/1969, p. 43). É a análise das articulações entre os enunciados que constituem as formações discursivas o interesse deste filósofo, a *episteme* (regularidade) é um modo de identificar as rupturas discursivas no ponto em que os enunciados se combinam formando novos objetos ao conhecimento, como resultado das articulações que podem sempre se combinar diversamente (RABINOW, DREYFUS, 1995, pp. 101-112).

O discurso então é uma prática a ser analisada do exterior como uma prática discursiva sem significado e correspondente à formação discursiva que o regula. Sendo assim, porque responde às regras desta formação, dá forma e regula os enunciados que geram esta formação, os sujeitos, os objetos que somente assim passam a ter um significado (RABINOW, DREYFUS, 1995, pp. 101-112).

À noção de *episteme* Foucault associa a noção de *apriori* histórico. Esta noção emprega historicidade à constituição do saber. Com isso o filósofo rompe com a tradição filosófica que pretendia um saber progressivo e cada vez mais objetivo, opondo uma noção de saber produzida historicamente e regulada internamente ao próprio discurso.

Nesse contexto, a verdade emerge do próprio discurso em determinado momento histórico, sendo específica e característica deste momento. O domínio do saber, que pretende a análise neutra das formações discursivas, se esgota ao não dar conta de uma série de discursos com efeito de verdade instituídos nas práticas sociais e institucionais.

1.1. Entre a arqueologia e a genealogia

O poder, ou domínio da genealogia, é o elemento externo de coerção e limitação do saber (RABINOW, DREYFUS, 1995) que, em relação, produz discursos tidos em determinados contextos sociais como verdadeiros. A genealogia não pretende a análise do discurso verdadeiro desde sua interioridade. Neste domínio Michel Foucault prestigia a análise dos saberes que historicamente são “escondidos” pelos efeitos de verdade do discurso predominante.

A partir disso o filósofo complementa teórica e metodologicamente o domínio do saber. A arqueologia é subsumida pela genealogia e a essa complementaridade denomina-se arqueogenealogia¹.

A análise se volta então para as relações entre uma determinada formação discursiva com as formações não discursivas, que se encontram no subsolo da *episteme*, no plano daquilo que não é dito, ou seja, nas relações de poder.

Das formações não discursivas e discursivas surgem práticas que ao entrarem em contato produzem as condições de possibilidade para a emergência de novos objetos (verdades) ao conhecimento na superfície da *episteme*.

Assim pode-se dizer que os discursos presentes em determinado momento histórico na sociedade não são neutros, mas emergem através de relações concretas de poder cujas práticas permitem a apropriação, por seus agentes, de saberes específicos aptos a legitimar o poder em exercício², ou seja, as práticas sociais forjam saberes³ (verdades) e por eles são legitimadas.

2. A verdade e o direito na relação saber/poder

Poder e saber são interdependentes. Não existe saber passível de produzir efeitos de verdade sem poder, assim como não existe poder sem que seja legitimado por um saber específico predominante (BOTH, 2009).

A verdade então é um elo que une essa relação, constituída pelas forças que instituem as práticas sociais organizadas estrategicamente e aptas à apropriação dos saberes presentes em determinada sociedade e momento histórico, sendo ao mesmo tempo o elemento que legitima o poder em exercício por meio de um discurso.

1 Para melhor compreensão ver a obra: Veiga Neto, Alfredo. *Foucault e a Educação*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

2 Para melhor compreensão ver o trabalho de: BOTH, Valdeir. *Biopoder e direitos humanos: Estudo a partir de Michel Foucault*. Passo Fundo: IFIBE, 2009.

3 Ver: Foucault, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005/1972.

Nesse mesmo sentido pode-se dizer que o saber em Michel Foucault é interessado (BOTH, 2009), porque atravessado pelas relações de força dos diferentes grupos sociais, que trazem consigo os respectivos (e distintos) interesses de ordem principalmente política.

A análise do filósofo permite entender a verdade (discursiva) em sua mutabilidade. Uma vez condicionada às relações de força (poder) que instituem as práticas sociais e atravessam o saber, tem a mesma durabilidade das estratégias de poder mantidas por determinado grupo social. Tal verdade não se mantém sem as condições de possibilidade que permitiram sua emergência e pode mudar nas relações entre poder e saber, acontecendo sempre ao acaso.

As instituições estatais também são produzidas pelas práticas presentes na sociedade, através das relações de força em permanente instabilidade (poder e resistência) que atravessam o saber e por ele são organizadas.

Enquanto as relações de poder são instáveis e difusas na sociedade, as relações de saber são formais e permitem a integração/ordenação das estratégias de poder, de onde surgem as instituições, e ao mesmo tempo a redistribuição das forças na sociedade⁴ (DELEUZE, 2005).

A partir disso, entender o direito por meio dos mecanismos sociais e das estratégias de poder que com ele se relacionam em determinado momento na sociedade é fundamental para perceber a produção de verdades (discursivas) na forma jurídica.

No caso deste trabalho entende-se que a forma jurídica foi apropriada pelo regime militar e legitimou o poder exercido. Para esta análise é necessário resgatar os discursos do momento da anistia e, atualmente, os discursos que levaram o Supremo Tribunal Federal à decisão da ADPF nº 153 sobre a Lei de Anistia (6683/1979).

4 Para melhor compreensão ver: PEGORINI, Fernanda Vecchi; ALMEIDA, Francis Moraes de. A emergência do “risco” na política criminal brasileira. Revista de Estudos Criminais, n 25, p. 183-204, abr./jun. 2007.

2.1 Os discursos sobre a anistia no momento da transição política

É possível que em dado momento histórico o saber jurídico (em sua forma) e os discursos a ele vinculados não estejam em relação direta com as práticas sociais (FOUCAULT, 2005/1972). Nesse caso, através das estratégias de poder, os grupos sociais forjam saberes que lhes são úteis dando espaço ao surgimento de uma verdade (discursiva) apta a legitimar o poder em exercício.

O contexto de surgimento da lei de anistia pode ser entendido a partir dos elementos teóricos desenvolvidos. Implementada em um momento de abertura política⁵, a legislação tem um duplo sentido: a) de uma conquista da sociedade civil, celebrada inclusive pela possibilidade de retorno dos exilados políticos; b) de uma manobra política por parte do regime militar para “regrar” a transição democrática fazendo uso do discurso da autoanistia ou anistia bilateral⁶.

5 Conforme Castor Bartolomé Ruiz em entrevista à IHU online: “Todas as experiências de estados de exceção deixam um lastro de destruição humana. O desafio das sociedades na pós-ditadura é superar as marcas da violência. Definitivamente, a violência é inerente ao autoritarismo. Contudo é mais fácil superar o autoritarismo (enquanto sistema político) que as sequelas da sua violência. Ainda que se confundam habitualmente estas duas realidades, regime autoritário e violência, é conveniente distingui-las porque a superação de cada um tem dinâmicas diferentes. É muito mais fácil fazer a transição de um regime autoritário para outro democrático, do que a recuperação dos efeitos humanos e sociais da sua violência. A violência produz inexoravelmente vítimas, cujas vidas se encontram irremediavelmente truncadas pela barbárie. Mas também produz vitimários, responsáveis por essa barbárie e que continuam agindo nas instituições sociais. Como recuperar a dignidade das vítimas? Como fazer justiça às vítimas (restaurando o mal sofrido) e aos vitimários (responsabilizando-os pelo mal feito)? É nesta intersecção que, desde a segunda metade do século XX, vem-se elaborando a chamada “justiça de transição”” (2012, p.1).

6 Conforme Abrão (2009, p. 207), o controle sobre a transição levado a cabo pelo regime teve como pilares: a) o discurso sobre o ‘milagre econômico’; b) o discurso do medo que categorizava como ‘terroristas’ a resistência e como ‘comunistas’ a oposição de uma forma generalizada. Ainda: “(...) a adesão social a esse discurso fundado no medo do caos e na necessidade de progresso econômico que se desenvolverá o argumento dos opositores como inimigo e, posteriormente, da anistia como necessário pacto político de reconciliação recíproca, sob a cultura do medo e ameaça de uma nova instabilidade institucional ou retorno autoritário” (ABRÃO, 2009, p. 206). A tese da anistia bilateral é proporcionada por um poder judiciário controlado pelo poder executivo. A partir da constatação de que muitos desaparecimentos e mortes estavam vinculados a atuação do Estado, a abrangência da aplicação da lei de anistia foi ampliada para considerar crimes conexos aos políticos os crimes dos agentes de Estado, com base no discurso de pacificação nacional (ABRÃO, 2009, p. 207). Então a anistia desejada pela sociedade que já iniciava sua organização naquele momento não implicava o pacto com o Estado no sentido de impunidade para agentes estatais, o que houve foi uma a construção do discurso de uma anistia ampla, geral e irrestrita para ambos os “lados”, fator que demonstra a força do regime atuando na transição para a democracia.

A tese da anistia bilateral não aparece no texto legal, mas foi uma construção proporcionada pelo poder judiciário controlado pelo poder executivo naquele momento. Com isso surge a interpretação hoje generalizada de que houve um entendimento entre os lados do conflito para apaziguar o passado autoritário do país.

O controle do regime sobre a transição foi constante e nasceu com a própria abertura política a partir da aprovação da lei de anistia, conforme Abrão (2009, p. 205):

(...) se estende pelo menos até 1985, quando as forças políticas que sustentaram a ditadura, mesmo sob forte pressão popular, impedem a aprovação da emenda constitucional em favor da realização de eleições diretas para presidente. Com as eleições indiretas de 1985, o candidato das oposições democráticas, Tancredo Neves (MDB) alia-se a um quadro histórico do antigo partido de sustentação da ditadura como seu vice-presidente, José Sarney (ex-Arena, deixa o PDS para se filiar ao PMDB), o que resultou em uma chapa vitoriosa na eleição indireta e representou um espaço de conciliação entre oposição institucionalizada com antigos setores de sustentação do regime.

Com isso, a Lei 6.683/1979, que marcou o início da transição política brasileira, e indica uma conquista jurídica em termos de reparação, além de ser fruto de uma ampla reivindicação da sociedade civil, deu espaço também a um processo de esquecimento⁷ engendrado a partir das relações de poder predominantes.

A atuação do poder judiciário nesse aspecto foi determinante para que a tese da anistia bilateral acontecesse e tivesse o alcance

7 Sobre as categorias perdão e esquecimento Castor Bartolomé Ruiz, em entrevista concedida ao IHU online, afirma: “esta questão nos conduz ao ponto culminante do que podemos denominar uma justiça de transição. O perdão, a princípio, é uma categoria ética que pode ter fortes implicações políticas. Em primeiro lugar, cabe assinalar que só se pode perdoar o que se lembra; ninguém pode perdoar aquilo do que não tem conhecimento ou memória. O perdão demanda a memória, anamnese. Em segundo lugar, o perdão não pode ser confundido com impunidade política. Algo que não corresponde ao perdão. O perdão só pode ser concedido pelas vítimas. Há uma dimensão pessoal do perdão em que as vítimas, feito o devido reconhecimento da verdade, o devido julgamento e até a condenação dos culpados, têm o poder de perdoar para trazer a reconciliação pessoal e social. Esta dimensão ética do perdão tem profundas raízes religiosas (principalmente cristãs e budistas), mas também amplas implicações políticas” (2012, p. 11).

almejado pelo regime. Assim foi construída uma verdade sobre a ditadura forjada na relação entre forças sociais e forma jurídica. O resgate dos discursos “escondidos” por esta verdade significa o resgate dos discursos das vítimas, das reivindicações da sociedade civil naquele momento, para pensar a atualidade deste debate político.

3. As condições de possibilidade para um direito à verdade das vítimas da ditadura civil-militar no Brasil

Com o processo de redemocratização das instituições brasileiras, mais intenso a partir da década de 1990, a justiça de transição ganha novo espaço na agenda política e passa a ser um interesse coletivo. Esse também é o lugar do questionamento, pela sociedade civil, dos limites jurídicos do tratamento desta demanda (ABRÃO, 2009).

No entanto, o processo de redemocratização destas instituições convive com o passado autoritário do país já que, conforme Castor Bartolomé Ruiz (2012, p. 8):

(...) o Estado brasileiro com o silêncio e a política de esquecimento está conferindo impunidade para atos de violência histórica. Isso tem uma consequência grave para o presente: o Estado conserva em seu seio setores violentos em linha de continuidade com a violência institucional do passado que fazem do silêncio e o esquecimento sua estratégia de perpetuação. Não é uma casualidade que o percentual de torturas e maus tratos cometidos pela polícia argentina (uma realidade social próxima) seja muito inferior àquele que se comete no Brasil. A Argentina, desde há décadas, está julgando de forma sistemática muitos torturadores e assassinos da sua ditadura militar tornando a violência do Estado um tema de debate público em que se espelham agentes e instituições.

É o paradoxo que permeia o debate sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, cuja petição foi ajuizada pela

Ordem dos Advogados do Brasil e pretendia uma interpretação definitiva e atual (com respeito à nova ordem constitucional) do artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei de Anistia (Lei 6683/1979)⁸.

O Supremo Tribunal Federal manteve a tese produzida pelo judiciário daquela época, considerando a Lei de Anistia como um acordo político (bilateral) que está na raiz da Constituição Federal de 1988, podendo ser alterada somente pelo poder legislativo⁹. Esta decisão vai de encontro à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que no mesmo ano de 2010, condenou o Estado brasileiro no caso da Guerrilha do Araguaia, determinando a desconsideração da Lei de Anistia e o processamento dos agentes estatais suspeitos de crimes durante o período ditatorial.

O problema da punição dos agentes estatais suspeitos de crimes durante a ditadura militar é complexo e, relativamente aos países da América Latina, ainda muito pouco debatido no Brasil¹⁰. A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos que condenou o Brasil ainda não foi cumprida, mas a sociedade civil organizada tem conquistado espaço, e a instauração da chamada Comissão da Verdade mostra um movimento do Estado no sentido de buscar apurar os fatos acontecidos naquele momento histórico.

Neste contexto, o poder judiciário se tornou alvo das atenções dos diversos setores da sociedade. No caso da decisão da ADPF nº 153 sobre a Lei de Anistia, as duras críticas inclusive de representantes de órgãos internacionais ao Supremo Tribunal Federal demons-

8 De forma sintética, a argumentação da OAB envolve o pedido de interpretação conforme à constituição da legislação e a declaração de que a anistia concedida pela lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos no momento da ditadura militar; requer o não recebimento da Lei 6683/1979 pela Constituição Federal de 1988 (GARCIA, 2009).

9 Conforme Paulo Abrão, apud, Garcia (2009), a decisão do STF tem os seguintes efeitos: “a) lesou o princípio da independência do juiz ao afirmar que a matéria é atribuição ilimitada do Congresso; b) retirou da noção de democracia a noção de direitos humanos; c) desvalorizou o direito de resistência aos regimes autoritários, através da compreensão de que a anistia dever ser mútua; d) não levou em consideração o direito internacional como fonte de direito; e) compreendeu a reivindicação da anistia pela sociedade civil como esquecimento; f) reconheceu os agentes estatais aptos a celebrar tratado com a sociedade civil reprimida da época; g) endossou a autoanistia.

10 Nesse sentido conferir: GARCIA, Luciana Silva. Nada é impossível de mudar. Julgamento das violações de Direitos Humanos ocorridas na Ditadura Militar brasileira. In: BARTOLOMÉ RUIZ, Castor M. M. (Org.). *Justiça e Memória: Para uma crítica ética da violência*. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

tram que havia uma expectativa pelo ativismo judicial, ou seja, no contexto social atual, de constante busca pela democratização das instituições, houve a expectativa socialmente construída de que o judiciário se envolvesse na demanda e desconstruísse a verdade forjada historicamente dando espaço ao discurso das vítimas da ditadura, sendo esta a única decisão (justa) possível. Entretanto, a decisão foi guiada por motivações diversas, característica própria da atuação do judiciário no momento atual¹¹.

Conclusão

As condições de possibilidade para a emergência de um direito à verdade das vítimas da ditadura civil – militar no Brasil podem vir a ser produzidas socialmente na atualidade a partir de estratégias de poder aptas à apropriação da forma jurídica. No jogo entre as forças presentes na sociedade e a forma jurídica se abre espaço a uma verdade (discursiva) imprevisível. Tais relações se dão onde o direito em sua forma é exercício de poder e tem muitos outros nomes como, por exemplo, justiça.

Referências bibliográficas

ABRÃO, Paulo. A Lei de Anistia No Brasil: As alternativas para a verdade e a justiça. In: BARTOLOMÉ RUIZ, Castor M. M. (Org.). *Justiça e Memória: Para uma crítica ética da violência*. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. pp. 197-225.

BARTOLOMÉ RUIZ, Castor. *Entrevista concedida ao IHU online*, 2012.

11 Nesse sentido ver: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. 20 anos de constitucionalismo democrático: avanços, retrocessos e novos desafios em *terrae brasiliis*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 6, pp. 7-14, 2008.

BOTH, Valdevir. *Biopoder e direitos humanos*: Estudo a partir de Michel Foucault. Passo Fundo: IFIBE, 2009.

DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo: Brasiliense, 2005.

FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005/1969.

_____. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005/1972.

_____. *A Ordem do Discurso*. 6ª ed. São Paulo: Edições LOYOLA, 2000/1970.

_____; DELEUZE, Gilles. Os Intelectuais e o Poder. In: MOTTA, Manoel Barros da (Org.). *Estratégia, poder-saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006/1972.

GARCIA, Luciana Silva. Nada é impossível de mudar. Julgamento das violações de Direitos Humanos ocorridas na Ditadura Militar brasileira. In: BARTOLOMÉ RUIZ, Castor M. M. (Org.). *Justiça e Memória*: Para uma crítica ética da violência. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. pp. 227-251.

PEGORINI, Fernanda Vecchi; ALMEIDA, Francis Moraes de. A emergência do “risco” na política criminal brasileira. *Revista de Estudos Criminais*, n 25, p. 183-204, abr./jun. 2007.

RABINOW, Paul; DREYFUS, Hubert. *Michel Foucault – uma trajetória filosófica*: Para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. 20 anos de constitucionalismo democrático: avanços, retrocessos e novos desafios em *terrae brasilis*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 6, pp. 7-14, 2008.

Veiga Neto, Alfredo. *Foucault e a Educação*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

Recebido em: abril de 2012.

Aprovado em: maio de 2012.

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O SISTEMA INTERAMERICANO

*Eliete Vanessa Schneider**

*Gilmar Antônio Bedin***

Resumo: O presente trabalho resgata, inicialmente, a trajetória histórica de proteção dos direitos humanos na sociedade internacional e analisa a contribuição da segunda guerra mundial e da Carta das Nações Unidas para a sua configuração. Em seguida, reflete sobre a formação, o funcionamento e a dimensão do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Por fim, afirma a importância do sistema regional como garantia de segundo nível dos direitos humanos.

Palavras-chave: Organização das Nações Unidas. Proteção internacional dos Direitos Humanos. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Tribunais Internacionais.

Abstract: The present work recovered, initially, the history path of human rights protection in the international society and analyzes the contribution of second world war and letter united nations for its configuration. Then, speculate about the formation, operation and proportion of System Interamericano Protection of the Human Rights. Lastly, says importance of the regional system as warrant second level of human rights.

* Bacharel em Direito pela Unijui – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul e Mestranda em Direitos Humanos pela mesma Instituição.

** Professor permanente do Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ - e professor colaborador do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI. Autor de várias obras.

Keywords: United Nations. International protection of Human Rights. Interamericano System of human rights protection. International courts.

Introdução

Os direitos humanos têm ganhando cada vez mais destaque nas sociedades atuais, estando em todas as constituições democráticas dos Estados e também na sociedade internacional. Esta presença se tornou mais evidente e constante depois das atrocidades cometidas na segunda guerra mundial. Neste sentido, está claro que “... a era de Hitler foi marcada pela lógica da destruição e descartabilidade da pessoa humana, que resultou no extermínio de 11 milhões de pessoas” (GOMES, 2000), e que isto foi fundamental para o desenvolvimento de uma nova consciência e para o fortalecimento e valorização dos direitos humanos.

1. Os primeiros passos

1.1. A Segunda Guerra e a Nova Consciência

A Segunda Guerra Mundial foi, de fato, um acontecimento histórico extremamente grave. O número de mortos se conta aos milhões e muitas destas mortes foram clara e friamente planejadas. Por isso, as lições foram grandes. Entre estas lições, uma se destaca: a necessidade de refletir sobre os atos cometidos. Neste sentido, lembra Flávia Piovesan que se (2007, p. 118)

a segunda guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a reconstrução desses direitos. Sob esse prisma, a violação dos direitos humanos não pode ser concebida como questão doméstica do estado, e sim como problema de relevância internacional como legítima preocupação da comunidade internacional.

Dessa maneira, esta “consciência” coletiva por parte dos Estados, fez surgir ao longo dos anos, alguns documentos que hoje são a base, o norte no que diz respeito à proteção dos Direitos Humanos. Afirma Comparato (2001, p. 215) que o horror engendrado pelo surgimento de Estados totalitários, verdadeiras máquinas de destruição de povos inteiros, suscitou em toda parte a consciência de que, sem o respeito aos Direitos Humanos, a convivência pacífica das nações tornava-se impossível.

O convívio dos Estados em uma comunidade juridicamente organizada e a intensificação das relações entre os povos deu vida a um ordenamento jurídico internacional preocupado com os direitos da pessoa humana (REZEK, 2010). Todo o movimento pós-Guerra caminhou para a conversão dos direitos humanos em tema central da sociedade internacional. (GOMES, 2000). Neste sentido, o preâmbulo Declaração Universal dos Direitos do Homem deixou claro que foi o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem que permitiu a realização de “atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade” (DECLARAÇÃO).

Desta forma, a proteção internacional dos direitos humanos nasce em decorrência da necessidade de existência de mecanismos de monitoramento e controle das atividades estatais e do exercício de sua soberania. Esta necessidade impulsiona a formação de um sistema internacional de direitos humanos, chamado a atuar de forma a proteger os direitos de qualquer ser humano quando o Estado é negligente, é omissivo ou é o autor da violação dos direitos (PIOVESAN, 2007).

Nos dizeres de Douzinas (2009, p. 18):

A condição mais elevada dos direitos humanos é vista como o resultado da sua universalização jurídica, do triunfo da universalidade da humanidade. A lei dirige-se a todos os Estados e a todas as pessoas humanas quã humanas e declara suas prerrogativas de fazerem parte do patrimônio da humanidade.

Os “mecanismos” de garantia dessa proteção foram sendo implantados através dos tratados internacionais, para realizar o controle necessário frente aos direitos humanos. De acordo com a afirmação de Kathryn Sikkink, na obra de Luiz Flavio Gomes e Flávia Piovesan (2000), a rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados.

1.2. A influência da Carta das Nações Unidas

A Organização das Nações Unidas (ONU) nasceu nesse contexto e se configura claramente numa resposta da sociedade internacional aos trágicos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial. Assim, esta organização nasce com a missão de se tornar uma entidade política de alcance mundial e com a pretensão de ser um anteparo de defesa da dignidade humana e da solução pacífica dos conflitos internacionais (COMPARATO, 2001). É que, segundo Rezek (2010, p. 225), até a fundação da Organização das Nações Unidas, em 1945, não se tinha segurança para afirmar que houvesse, em direito internacional público, preocupação consciente com o tema dos direitos humanos e com a proteção da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, nota-se que já no preâmbulo da Carta das Nações Unidas - escrita na data de 26 de junho de 1945 - a idéia de preservação dos direitos do homem está claramente fixada:

Nós, os povos das nações unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sobre as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras formas de direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla, e para tais fins praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, unir nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos, resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos. Em vista disso, nossos respectivos governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas. (COMPARATO, 2001).

Com este pressuposto, a Organização das Nações Unidas criou imediatamente uma Comissão dos Direitos Humanos. A sua primeira tarefa foi esboçar uma carta de direitos e apresentá-la à Assembleia Geral. O autor da proposta foi o professor canadense John Humphrey. Esta proposta, depois de amplamente debatida, foi adotada pela ONU como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Este foi um acontecimento fundamental.

3. Declaração Universal dos Direitos do Homem

A importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem ultrapassa em muito os direitos que protege. É que a Declaração possui uma dimensão simbólica extraordinária: é uma espécie

de pacto jurídico-político global. Esta é a sua dimensão mais importante e mais duradora.

Com isto, não se está dizendo que, tecnicamente, ela é mais do que é: uma recomendação da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas para seus Estados-membros. Ao contrário, é evidente que se conhece esta dimensão e a fragilidade de sua força vinculante. Contudo, como destaca Comparato, que este entendimento peca por excesso de formalismo, pois se

reconhece hoje, por toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não (2001, p. 227).

Esta perspectiva anti-formalista é reforçada por Dalmo de Abreu Dallari. Este defende que (2008, p. 15):

O respeito pela dignidade da pessoa humana deve existir sempre em todos os lugares e de maneira igual para todos. O crescimento econômico e o progresso material de um povo têm valor negativo se forem conseguidos à custa de ofensas à dignidade dos seres humanos. O sucesso político ou militar de uma pessoa ou de um povo, bem como o prestígio social ou a conquista de riquezas, nada disso é merecedor de respeito se for conseguido mediante ofensas à dignidade e aos direitos fundamentais dos seres humanos.

Adotada e proclamada na terceira sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, realizada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal estabelece, em seus trinta artigos, os direitos essenciais de todos os seres humanos. Por isso, a Declaração se alicerça na busca da justiça e da paz no mundo, e cristaliza 150 anos de luta pelos Direitos Humanos (HUNT, 2009).

A partir da aprovação da Declaração Universal de 1948 e a partir da concepção contemporânea dos direitos humanos por ela incu-

tida na sociedade internacional, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção dos direitos fundamentais (GOMES, 2000). E quanto aos tratados internacionais, reforça-se a idéia de Rezek, (2010, p.2), ao afirmar que o Estado, no plano internacional, não é originalmente jurisdicionável perante corte alguma. Sua aquiescência, e só ela, convalida a autoridade de um foro judiciário arbitral, de modo que a sentença resulte obrigatória e que seu eventual descumprimento configure ato ilícito. Ou seja, os Estados não são “jurisdicionáveis”, como nós, cidadãos no que diz respeito ao direito interno.

Forma-se então, a partir da Declaração de 1948, um sistema normativo global de proteção dos direitos humanos, no âmbito das nações Unidas. Este sistema normativo, segundo Gomes (2000), é integrado por normas de alcance geral (como os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, de 1966), e por instrumentos de alcance específico, como as grandes convenções internacionais que protegem contra a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças. Estas convenções formam um sistema de proteção específica.

Ao lado do sistema normativo global, surgiu também um conjunto de sistema regional de proteção aos direitos humanos (europeu, americano, africano). Cada um dos sistemas regionais possui peculiaridades próprias e mecanismos jurídicos específicos. O Sistema Europeu conta com a Convenção Européia de Direitos Humanos, de 1950, que estabelece a Corte Européia de Direitos Humanos. Já o Sistema Africano apresenta como principal instrumento a Carta Africana de Direitos Humanos, de 1981. Finalmente, o Sistema Americano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

4. Sistema interamericano de proteção aos direitos humanos

O instrumento de maior importância do sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos. Convenção esta que foi assinada em San José, na Costa Rica, no dia 22 de novembro do ano de 1969, entrando em vigor, no entanto em 18 de julho 1978. (TRINDADE, 1991) Somente os estados membros da OEA (Organização dos Estados Americanos) podem aderir à convenção. O Brasil ratificou a Convenção apenas em setembro de 1992 (GOMES, 2000).

Ainda de acordo com Gomes (2000, p. 30), dentre os direitos civis e políticos reconhecidos e assegurados na convenção destacam-se:

O direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito de não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito de compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e de expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial.

Pode-se dizer que os dois primeiros artigos constituem a base da convenção. Enquanto o primeiro artigo institui a obrigação dos Estados - Partes de respeitar os direitos e as liberdades garantidas reconhecidas pela Convenção e assegurar o livre e pleno exercício destes direitos e liberdades sem qualquer discriminação de raça, sexo, cor, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social, o segundo artigo afirma o comprometimento dos Estados - partes para que, na hipótese do exercício dos direitos referidos não estarem assegurados nas previsões legislativas de âmbito doméstico, a adotar tais medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para conferir efeitos a estes direitos. (CONVENÇÃO).

Aplica-se nas disposições da Convenção, o princípio da prevalência dos direitos mais vantajosos para a pessoa humana; ou seja, quando houver simultaneidade entre mais de um sistema normativo, por exemplo, o nacional e o internacional, deverá prevalecer e ser aplicado aquele que melhor protege o ser humano. (COMPARATO, 2001).

De acordo com Flávia Piovesan (2004), em face do catálogo de direitos contidos na Convenção Americana, cabe aos Estados - parte a obrigação de respeitar e o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação. Cabe ainda ao Estado - parte adotar as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessários para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados.

Como atenta Thomas Buergenthal (APUD Flávia Piovesan, 2004, p. 232): Os Estados- partes na Convenção Americana têm obrigação não apenas de “respeitar” esses direitos garantidos na Convenção, mas também de “assegurar” o seu livre e pleno exercício. Portanto, os Estados têm uma obrigação negativa, como o dever de não violar nenhum direito individual, e também obrigações positivas, no sentido de implantar medidas que se façam necessárias para a efetivação desses direitos garantidos pela Convenção.

Ainda de acordo com Comparato (2001), no que diz respeito aos órgãos de fiscalização e julgamento, a Convenção criou além da Comissão encarregada de investigar os fatos de violação de suas normas, também um Tribunal especial para julgar os litígios daí decorrentes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição, no entanto, só é obrigatória para os Estados - Partes que a aceitem, de acordo com o seu artigo 62, em seu parágrafo primeiro.

4.1. A comissão interamericana de direitos humanos

A competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos alcança todos os Estados - partes da Convenção Americana, em relação a todos os direitos nela previstos. Além disso, também

alcança todos os estados participantes da OEA (Organização dos Estados Americanos), em relação aos direitos presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Quanto à sua composição, trabalha Gomes (2000, p. 33) que

É integrada por sete membros de «alta autoridade moral e reconhecida versação em matéria de direitos humanos», que podem ser nacionais ou de qualquer Estado-Membro da Organização dos Estados Americanos. Os membros da comissão são eleitos, a título pessoal, pela Assembléia Geral por um período de 4 anos, podendo ser reeleitos por uma vez.

Segundo Hector Fix Zamudio (APUD Flávia Piovesan, 2004, p. 233), “O primeiro organismo efetivo de proteção dos Direitos Humanos é a Comissão Interamericana criada em 1959”. Esta Comissão, no entanto, só passou a funcionar no ano seguinte, em conformidade com o seu primeiro estatuto, segundo o qual teria por objetivo primordial a simples promoção dos direitos estabelecidos tanto na carta da OEA, como na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

A principal função da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é promover a observância e a proteção dos Direitos Humanos na América. Para que isso seja concretizado, cabe à Comissão fazer recomendações aos governos dos Estados - Partes prevenindo a adoção de medidas por eles adotadas. Além disso, a comissão deve apresentar anualmente um relatório à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Além de todas essas funções, o artigo 41 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, consagra expressamente algumas funções da Comissão:

Estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; Preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; solicitar aos governos dos Estados Membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; Atender às consultas que, por meio da

Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados Membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem; Atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto no art 44 e 51 da convenção. (CONVENÇÃO).

Como bem ensina Flávia Piovesan (2004, p. 234), a Comissão pode ser caracterizada por realizar as seguintes funções:

a) Função Conciliadora, entre um governo e grupos sociais ou indivíduos que vejam violados os seus direitos;

b) Função Assessora, quando aconselha um governo a adotar as medidas adequadas para promover os direitos humanos;

c) Função Crítica, ao informar sobre a situação dos Direitos Humanos em um Estado Membro da OEA, depois de ter ciência dos argumentos e das observações do Governo interessado, quando persistirem estas violações;

d) Função Legitimadora, quando o suposto governo, e decorrência do resultado do informe da Comissão acerca de uma visita ou de um exame, decide reparar as falhas de seus processos internos e sanar as violações;

e) Função Promotora, ao efetuar estudos sobre temas de Direitos Humanos, a fim de promover seu respeito;

f) Função Protetora, quando além das atividades anteriores, intervém em casos urgentes para solicitar ao Governo, contra o qual se tenha apresentado uma queixa, que suspenda sua ação e informe sobre os atos praticados.

Em relação à petição inicial, que pode ser encaminhada por indivíduos ou grupos de indivíduos, ou ainda alguma entidade não governamental, que contenha denúncia de violação a algum dos direitos consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos (GOMES, 2000), a Comissão deve preencher certos requisitos de

admissibilidade. Entre eles, o principal é o prévio esgotamento das vias internas, salvo injustificada demora processual, ou no caso de a legislação interna de algum Estado não prover o devido processo legal. No entanto, afirma Hector Zamudio (APUD FLÁVIA PIOVESAN, 2004, p. 236), que “Se o peticionário afirmar a impossibilidade de comprovação de esgotamento dos recursos internos caberá ao Governo contra o qual se dirige a petição, demonstrar à Comissão que os aludidos recursos não foram previamente esgotados”.

No que se refere à possibilidade de petição individual, há um apontamento muito importante a ser feito, com base nas palavras de Flávia Piovesan (2004), que afirma ser “indiscutível que a disponibilidade do direito de petição individual assegura a efetividade do sistema internacional de proteção aos direitos humanos”. Isso se justifica, pois ao passo que as pessoas possam encaminhar as suas próprias reclamações, o direito da petição torna a efetividade dos direitos humanos menos dependente de considerações políticas outras, que tendam a motivar uma ação ou inação governamental.

Além do prévio esgotamento dos recursos internos, como requisito de admissibilidade, também é condição para uma petição ser admitida, que não haja litispendência internacional, ou seja, a mesma questão não pode estar pendente em outra instância internacional (PIOVESAN, 2004).

Depois da admissibilidade, o primeiro passo que a Comissão irá tomar, é a tentativa de resolução amistosa do conflito (GOMES, 2000). Em caso positivo, a Comissão elaborará um informe que será transmitido ao peticionário e aos Estados - parte da Convenção, sendo comunicado posteriormente à Secretaria da Organização dos Estados Americanos para publicação. Este relatório contará com um breve relato dos fatos, e a solução alcançada (Piovesan, 2004). Caso isso não seja possível, a Comissão elaborará um relatório sobre os fatos ocorridos, as conclusões as quais se chegou, e, caso sejam pertinentes, as recomendações que forem feitas aos Estados.

Em relação ao relatório, destaca Thomas Burgenthal que (apud GOMES, 2000, p 40):

É importante notar que o relatório elaborado pela Comissão, na terceira fase do procedimento, é mandatório, e deve conter as conclusões da Comissão, indicando se o Estado referido violou ou não a Convenção Americana. Este relatório é encaminhado ao Estado - parte, que tem o prazo de três meses para conferir cumprimento às recomendações feitas.

Em caso de não cumprimento por parte do Estado, das medidas definidas pela Comissão, poderá entrar em cena outro personagem de extrema importância para o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, o qual será objeto de estudo no presente trabalho no próximo tópico.

4.2. A Corte Interamericana de Direitos Humanos

Se o Estado - parte não cumprir alguma recomendação feita pela Comissão, dentro do prazo de três meses, a Corte Interamericana poderá ser acionada. A corte interamericana de direitos é órgão jurisdicional do sistema regional, que é composta por sete juízes nacionais de estados-membros da OEA, eleitos a título pessoal pelos Estados - parte da Convenção. Ela apresenta competência consultiva e contenciosa. No plano contencioso, a competência da corte é limitada aos Estados - parte da Convenção que a reconheçam expressamente. É importante ressaltar que somente a Comissão Interamericana e os Estados - partes podem submeter um caso à corte. No caso brasileiro, a aceitação da competência da Corte Americana ocorreu recentemente, apenas no ano de 1998. (GOMES, 2000).

Também afirma Hector Fix Zamudio (apud Piovesan, 2004), que a Corte Interamericana possui duas funções principais: uma consultiva, no sentido da interpretação tanto da Convenção Ameri-

cana, quanto de disposições de Tratados Internacionais que versem sobre os direitos humanos, e a segunda como sendo uma função jurisdicional, no sentido de resolução de alguma controvérsia acerca de interpretação ou aplicação da própria Convenção. Lembrando que no plano consultivo, qualquer membro da OEA - parte ou não da convenção, pode solicitar o parecer da Corte Interamericana relativamente à interpretação da Convenção ou qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2004).

Neste sentido, ensina Luiz Flavio Gomes que (2000, p. 45)

A corte tem jurisdição para examinar casos que envolvam a denúncia de que um Estado - parte violou direito protegido pela Convenção. Se reconhecer que efetivamente ocorreu a violação à Convenção, determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado. A corte pode ainda condenar o Estado a pagar uma justa compensação à vítima. A decisão da corte tem força jurídica vinculante e obrigatória. Se a corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado.

Cabe observar, contudo, dois pontos: que o caso somente poderá ser encaminhado e analisado pela Corte, na hipótese de o Estado - parte reconhecer mediante declaração expressa e específica, a competência da Corte no tocante à interpretação e aplicação da Convenção, e que, antes de encaminhar o caso à Corte Interamericana, se o caso for de gravidade ou urgência, a Comissão poderá por iniciativa própria ou mediante solicitação da parte impor ao Estado adoção de medidas que façam cessar a violação, ou que impeçam a ocorrência de danos irreparáveis. Além disso, a Comissão pode solicitar à Corte medidas de urgência, no sentido de preservar algum direito lesado, ou algum dano irreparável à pessoa, em matéria ainda não discutida pela Corte (PIOVESAN, 2004).

Vale à pena ressaltar que a Corte não está adstrita à decisão da Comissão. Ela poderá formular sua decisão com base no seu julgamento. No entanto, a Comissão será chamada a participar de todos os

atos do processo, fazendo o papel de Ministério Público do sistema interamericano. Também importante frisar que, do mesmo modo que a Comissão, a Corte também pode adotar medidas provisórias, sendo para isso necessários três requisitos: a gravidade da ameaça, a necessidade de evitar danos irreparáveis às pessoas, e a urgência na medida requerida. Elas podem ser suspensas ou retiradas por terem deixado de ser necessárias. (GOMES, 2000).

No que tange à função contenciosa da Corte, até ano de 2000, esta havia se pronunciado a respeito de 35 casos. O mais importante, ou mais conhecido deles, é o que trata do desaparecimento forçado de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, no Estado de Honduras, durante período de séria turbulência política naquele país. Segundo denúncia, a vítima teria sido violentamente presa e torturada, e após, se deu o seu desaparecimento. A Corte conduziu uma séria investigação, e ao final, decidiu pela indenização do Estado de Honduras à família da vítima, sob a seguinte fundamentação:

O desaparecimento forçado de seres humanos é uma violação múltipla e contínua de muitos direitos contidos nesta Convenção, aos quais os Estados - parte são obrigados a respeitar e a garantir. Esta obrigação implicando dever dos Estados - partes de organizar um aparato governamental, e em geral, todas as estruturas nas quais o poder público é exercido, sendo assim capazes de juridicamente assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos (...). A falha do aparato estatal de agir, que está claramente provada, reflete a falha de Honduras em satisfazer as obrigações assumidas em face do art. 1.1da Convenção. (GOMES, 2000, p. 49).

A reparação dos danos possui aspectos de uma obrigação de garantia, uma vez que funciona como um mecanismo de prevenção. O objeto da reparação consiste em devolver a situação o status quo ante, ou seja, o estado anterior. Quando isso não for mais possível, ou se não se puder reparar o dano de outra forma, pela boa fé e com critérios de razoabilidade, substitui-se pela restituição em espécie. (GOMES, 2000).

Considerando a atuação da Corte Interamericana, pode-se afirmar que, embora seja recente a sua jurisprudência, o sistema interamericano como um todo está se consolidando como importante e eficaz na estratégia de proteção aos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas, o que está a formar um espaço fértil para futuros avanços. (PIOVESAN, 2004).

4. Análise de caso

Para o estudo do caso em específico a que se propõe o presente artigo, faz-se necessária uma abordagem prévia dos direitos humanos das mulheres, que em relação ao cenário internacional, ganharam visibilidade nos últimos anos, sendo pauta constante de reuniões dentro do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Em 1993, durante a Conferência Mundial de Direitos Humanos, sediada em Viena, as mulheres levantaram uma campanha, apresentando como tema “os direitos das mulheres também são direitos humanos”. Nesse passo, a violência doméstica e familiar foi inserida como forma de violação aos direitos humanos das mulheres. (ABREU, 2010).

Antes disso, o Brasil já havia ratificado a Convenção para Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW – Convention on the Elimination of all Discrimination against Women), em 1984. Esse documento internacional, em seu artigo 1º, conceituou a discriminação contra a mulher como “toda distinção, exclusão ou restrição fundada no sexo e que tenha por objetivo ou conseqüência prejudicar ou destruir o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.” (SOUZA, 2009).

Além da Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, o Brasil também ratificou no ano de 1995 a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, também chamada de Convenção de Belém do Pará. Esta convenção foi adotada pelos países da OEA (Organização dos Estados Americanos). Esta convenção teve o propósito de discutir a violência doméstica contra a mulher. Conceituou em seu art 1º a violência contra a mulher sendo “qualquer ação ou conduta baseada, no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico contra a mulher, tanto no âmbito público como no privado.” (SOUZA, 2009).

Porém, um dos maiores marcos no que diz respeito aos direitos humanos das mulheres, ocorreu em 2006, com criação da Lei 11.340/2006, conhecida como a Lei Maria da Penha, que traz por finalidade criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Apesar da lei ser recente, o fato que marcou sua origem ocorreu há vários anos.

Trata-se do caso da cearense Maria da Penha Maia Fernandes. Ela foi vítima de violência doméstica, como várias mulheres que têm seus direitos violados todos os dias. As agressões e ameaças partiam de seu esposo, Marco Antonio Heredia Viveiros, professor universitário. Em 1983, ocorreu a primeira tentativa de homicídio. Maria da Penha levou um tiro de espingarda enquanto dormia, o que a deixou paraplégica. Alguns dias depois, houve mais uma tentativa, quando Heredia tentou eletrocutar Maria da Penha, enquanto esta tomava banho. Após as tentativas, Maria da Penha separou-se, sendo que procurou ajuda judicial. Em setembro de 1984, o Ministério Público faz a acusação, e em 1991, o professor vai a Júri e é condenado a 10 anos de prisão. A defesa recorreu e o Júri foi anulado. Novo júri ocorreu somente em 1996, sendo que novamente houve condenação, desta vez em 10 anos e seis meses. Novamente a defesa recorreu e o réu respondeu em liberdade. (SOUZA, 2009).

Apenas 19 anos depois de cometido o crime contra Maria da Penha, é que Marco Antônio foi preso, sendo que cumpriu apenas dois anos da pena imposta. Diante de tanta injustiça, no ano de 2001 Maria da Penha formalizou sua insatisfação judicial perante o Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL), e perante o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), sendo que a partir daí a denúncia foi encaminhada à Comissão Internacional de Direitos Humanos. (ABREU, 2010, p. 6).

A denúncia culminou no relatório 54/01, o qual concluiu ter sido o Brasil omissivo de uma forma geral em relação à violência doméstica contra as mulheres, e especificamente no que diz respeito a repressões que deveriam ter sido tomadas contra o agressor no caso Maria da Penha. Recomendou que fossem tomadas medidas que garantissem a efetividade dos direitos já reconhecidos na Convenção Americana e na Convenção de Belém do Pará. Segundo disposição do relatório, este considerou

Que o Estado violou os direitos e o cumprimento de seus deveres segundo o art. 7 da Convenção de Belém do Pará em prejuízo da Senhora Fernandes, bem como em conexão aos arts. 8 e 25 da Convenção Americana e sua relação com o art. 1 da Convenção, por seus próprios atos omissivos e tolerantes da violação infligida. (SOUZA, 2009, p. 24).

Finalmente, no ano de 2002, portanto 19 anos e seis meses depois de cometer o crime, e seis meses antes de prescrever o crime, Marco Antonio Heredia Viveiros foi preso. Além disso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos determinou que o Estado do Ceará (estado onde ocorreu o crime), pagasse à Maria da Penha o valor de R\$ 20.000,00 a título de indenização pela morosidade judicial. (MACEDO, 2010).

Como forma de tratar com mais rigorosidade os crimes cometidos contra as mulheres, em 7 de agosto de 2006 foi sancionada pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva a Lei de 11.340, sob o

Título Lei Maria da Penha. Referida lei, em seu artigo 1º define que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de todos os tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (SOUZA,2009, p. 21).

Segundo Macedo (2010, p. 3),

O desfecho desta história é considerado de imensa relevância pois, historicamente a mulher era vista como sexo frágil, submissa ao homem e proibida de exercer seus direitos civis, como votar por exemplo. Foi com muita determinação e garra que as mulheres conseguiram reverter o cenário preconceituoso e paternalista a todos submetido, garantido inclusive na Carta Magna brasileira, com o art. 5º, Inc I, a igualdade de deveres e obrigações entre homens e mulheres. Hoje, se vê mulheres ocupando cargos altos, votando, opinando em grandes causas.

A referida lei tornou as penas aos agressores mais graves, uma vez que antes, as penas eram brandas, e na maioria das vezes, consistiam no pagamento de cestas básicas ou multas, em função da Lei 9.099. Agora, os crimes praticados em regime de violência doméstica contra as mulheres, não permitem mais o pagamento de cestas básicas ou multa, e as penas agora podem chegar a 3 anos de prisão, com a possibilidade de prisão em flagrante ou prisão preventiva decretada quando houver riscos de integridade física ou psicológica da vítima. (MACEDO, 2010).

Conclusão

O avanço no reconhecimento e na proteção dos direitos humanos tem sido significativo nas últimas décadas. Contudo, ainda muitas violações vêm ocorrendo nas diversas regiões do mundo. Neste sentido o mais corriqueiro é o descaso dos Estados com alguns de seus deveres ou obrigações mais elementares em relação a sua população. Também é muito comum a morosidade judicial, no que diz respeito à resolução dos fatos denunciados.

Por isso, a existência de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos é fundamental: seja na proteção do ser humano em sua universalidade ou em sua especificidade. Além disso, é muito importante a existência dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. Neste sentido, destaca-se, no continente americano, a relevância da Convenção Americana de Direitos Humanos e seus mecanismos de supervisão e de acompanhamento. A existência destes sistemas regionais é uma segunda garantia de segundo nível na proteção dos direitos humanos, que inclusive se mostraram eficientes no caso ocorrido no Brasil, ora abordado. Através da elucidação deste caso, que este trabalho se propõe a deixar em evidência a importância e a grandeza do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Mostrar que, em havendo a morosidade judicial, ou o descaso da legislação pátria dos Estados, ainda existe uma alternativa. É uma segurança do cidadão de que ele não conta apenas com sua justiça nacional, pois se esta for falha, ele possui uma segunda opção. A opção de fazer valer sim os seus direitos, como o fez e provou que é possível Maria da Penha.

Assim, a proteção dos direitos humanos vai se consolidando no interior dos Estados e na sociedade internacional (mesmo com as violações que muitas vezes verificamos no dia a dia da vida). O importante, contudo, é não perder a esperança e continuar a lutar

pela proteção dos direitos humanos. Isto permitirá a construção de uma cultura da paz e da busca de solução pacífica dos conflitos. Nesse sentido, o respeito e a proteção dos direitos humanos representam uma conquista civilizatória e estabelecem um patamar diferenciado para a evolução humana.

Referências bibliográficas

ABREU, Ludmila Moura de. *A Lei Maria da Penha à luz da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/36483/1/A-LEI-MARIA-DA-PENHA-A-LUZ-DA-CONVENCAO-INTERAMERICANA-PARA-PREVINIR-PUNIR-E-ERRADICAR-A-VIOLENCIA-CONTRA-MULHER/pagina1.html>>. Acesso em 12 nov. 2010.

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>>. Acesso em: 30 mai. 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Editora Moderna, 2008.

DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MACEDO, Larissa. *Caso Maria da Penha*. Disponível em: <http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/Caso_Maria_da_Penha>. Acesso em 12 nov.2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8 ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

REZEK, Francisco. *Direito Público Internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à lei de Combate à Violência contra a Mulher*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volume III*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

Recebido em: março de 2012.

Aprovado em: maio de 2012.

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL, SELEÇÃO GENÉTICA E PODER: ANÁLISE DE CASO

*Cassiana Trentin Charnoski**

*Daniela Lippstein***

*Salete Oro Boff****

Resumo: Diante do avanço da biotecnologia vários questionamentos surgem em razão da sua abrangência, bem como dos impactos que podem resultar sobre o ser humano, que pode passar a figurar como objeto da técnica. Com essas considerações, o objetivo do presente trabalho é demonstrar possíveis conflitos entre a dinâmica das inovações biotecnológicas, especialmente vinculadas à inseminação artificial, e a (necessária e possível) regulamentação jurídica, a fim de garantir a observância dos princípios éticos no desenvolvimento das pesquisas, preservando o direito à vida digna e à diversidade. O método adotado é o dedutivo e estudo de caso. A técnica de pesquisa é a bibliográfica.

Palavras-chave: Biotecnologia. Reprodução Assistida. Bioética.

* Aluna do curso de graduação em Direito pela Faculdade IMED, bolsista grupo de estudos: Direitos Intersubjetivos na Civilização (Bio) Tecnológica: Dimensões do “Ser” e do “Dever” sob a Reflexão Ética de Hans Jonas – Faculdade IMED.

** Aluna do curso de graduação em Direito pela Faculdade IMED, voluntária grupo de estudos: Direitos Intersubjetivos na Civilização (Bio) Tecnológica: Dimensões do “Ser” e do “Dever” sob a Reflexão Ética de Hans Jonas – Faculdade IMED.

*** Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, pesquisadora, docente da Faculdade IMED, coordenadora do grupo de estudos: Direitos Intersubjetivos na Civilização (Bio) Tecnológica: Dimensões do “Ser” e do “Dever” sob a Reflexão Ética de Hans Jonas – Faculdade IMED.

Abstract: Amidst of the biotechnology advance many questions arise by reason of its includes, as well as of impacts that can result about human being, can to pass figure as technique object. These considerations, the goal of this work is to demonstrate conflicts possibles between the dynamics of biotechnologies innovation, especially linked to artificial insemination, and the (necessary and possible) juridical regulation, in order to ensure the observance of ethics elements in the search development, preserving the right to worthy life and diversity. Method adopted is the deductive and case study. Search technique is bibliographic.

Keywords: Biotechnology. Assisted Reproduction. Bioethics

Introdução

A biotecnologia avança significativamente buscando inovar técnicas medicinais para o tratamento e cura de enfermidades, na tentativa de garantir melhor qualidade de vida ao homem. Mas, juntamente com a discussão acerca do progresso biotecnológico, faz-se necessário analisar as consequências que tais inovações implicam, especialmente no sentido de se indagar os limites da intervenção científica na vida humana, como a utilização da técnica de inseminação artificial.

1. Consequências do desenvolvimento tecnológico para os países

A titularidade do desenvolvimento tecnológico constitui-se em poder para as nações que detêm o resultado do conhecimento. São visíveis os impactos do desenvolvimento da técnica na Revolução Industrial, bem como, recentemente, no século XX, as mudanças paradigmáticas provocadas pelas novas descobertas na área.

Entre os gregos, Aristóteles considerava que a ciência visava constituir um corpo organizado logicamente que se apoiasse em definições e em princípios, procedendo, a seguir dedutivamente. Já Descartes e Bacon, orientam a técnica por meio da matemática e da experimentação. Capra (1982) refere ao enraizamento da visão cartesiana mecanicista do mundo no pensamento ocidental e como consequência dessa fragmentação surge o desequilíbrio cultural que pode gerar consequências para nocivas para a condição humana.

As marcas da evolução da tecnologia passam a desprezar aquilo que não é comprovado cientificamente em detrimento das relações humanas, mesmo que o “moderno não coincida com o que é humano” (ROSSI, 2000, p. 97). Para Rossi (1982, p. 97), há o entendimento de que a sociedade tende a colocar em pontos opostos, de concorrência, o progresso tecnológico e a sustentabilidade. Desse modo, há a compreensão de que não se pode redirecionar, ou até mesmo, suspender o progresso, quando esse passa a atingir principalmente, a biosfera. Segundo Capra, é necessária uma nova percepção da realidade através da “transferência da concepção mecanicista para a holística da realidade”.¹

A partir do pensamento de Habermas (1980), há o destaque para a relação de dominação dos países detentores das tecnologias sobre os demais que delas dependem. A sociedade ratifica essa postura de dominação ao impossibilitar ao homem a autonomia de determinar sua própria vida tornando-o dependente das tecnologias. Nesse sentido, a ciência e a técnica são tendências de dominação, pois a partir do momento que se detém o conhecimento, detém-se juntamente a possibilidade de utilizá-lo da forma que convier.

1 CAPRA, 1982, op. cit., p. 14 e 39. Nosso progresso, portanto, foi uma questão predominantemente racional e intelectual, e essa evolução unilateral atingiu agora um estágio alarmante, uma situação tão paradoxal que beira a insanidade. Podemos controlar os pousos suaves de espaçonaves em planetas distantes, mas somos incapazes de controlar a fumaça poluente expelida por nossos automóveis e nossas fábricas.

Como apresenta Capra (1982, p. 41-42)², a tecnologia “tem por meta o controle, a produção em massa e a padronização e, está sujeita a maior parte do tempo, a uma administração centralizada que busca a ilusão de um crescimento ilimitado”. As novas técnicas são vistas apenas como um progresso, sempre positivas. Pela análise de Jonas, é necessária a percepção das consequências e efeitos dessas técnicas ao longo o tempo. E, o entendimento que as ações terão abrangência universal. Assim, para o autor (1995), a técnica modifica o mundo e determina as formas e condições reais de vida humana: a ambivalência presente aponta para a transformação dos hábitos e condições de vida pela técnica.

Os seres humanos têm a “tarefa de uma responsabilidade solidária pelos efeitos de suas ações” (OLIVEIRA, 2001, p. 175). Tomando-se a responsabilidade como própria do ser humano, demonstrada pela capacidade de escolha entre alternativas de ação e pela avaliação dos resultados que possam causar em outros seres, percebe-se que a responsabilidade está para o ‘ser’ que “é algo portador de valor” e o valor constitui um direito em relação às ações. Nessa concepção, a responsabilidade é entendida como “a mediação entre os dois pólos constitutivos de toda ação: a liberdade e o caráter valorativo do ser” (OLIVEIRA, 2001, p. 204).

Tendo em vista as considerações sobre o princípio da responsabilidade de Jonas, a aplicação da engenharia genética é cercada de incertezas, pois, deve-se considerar que este é um campo, relativamente, novo e muitos resultados dessas alterações ainda estão por desvendar. Outro fator é a aplicação dessa técnica por seres humanos, que podem se equivocar, e, usá-la tanto para em benefício da sociedade quanto para a sua destruição. Os parâmetros utilizados devem basear-se nos enfoques holísticos e na preservação dos gêneros existentes.

2 CAPRA, op. cit., p. 41. Essa concepção, segundo Capra apoia-se na teoria darwinista, do século XIX, que julgam ser a vida em sociedade uma constante luta pela existência. P. 41-42.

Um ponto importante a destacar é que os resultados da ciência são seletivos, atendem prontamente aos abastados financeiramente, e, por consequência, distanciam os que não têm o poder financeiro de arcar com esses serviços e/ou ter acesso aos resultados das inovações. Cabe destacar que as pesquisas na área da biotecnologia dependem de recursos, isso explica o fato de empresas privadas e países desenvolvidos estarem no topo do avanço biotecnológico em função dos investimentos públicos e privados na área.

Portanto, os resultados da implementação da biotecnologia repercutem diretamente na economia e garantem a competitividade internacional. Um exemplo disso acontece no setor da alimentação, com o desenvolvimento de sistema de diagnóstico e bioconservação de produtos fermentados, enzimas e leveduras híbridas. Existem, ainda, variedades modificadas geneticamente - tomates, batatas, algodão, soja, tabaco, entre outras - que apresentam resistência a herbicidas, a vírus e a insetos. Particularmente na medicina, a biotecnologia está revolucionando os métodos terapêuticos de tratamento das enfermidades hereditárias. Alguns produtos desenvolvidos, como a insulina humana, representaram o marco de uma nova geração de medicamentos naturais e artificiais (BOFF, 2005).

As inovações/invenções levam a necessidade de proteção (patente ou outra) com o fim de abarcar as novas tecnologias. Para Jeremy Rifkin (1999, pág. 9-10)³, a biotecnologia dá origem a uma nova matriz operacional, baseada na “localização, manipulação e exploração de recursos genéticos pelos cientistas e empresas, na

3 RIFKIN, Jeremy. O Século da biotecnologia. Trad. Arão Sapiro. São Paulo: MAKRON Books, 1999, p. 9-10. Complementa o autor: “O século biotecnológico traz uma nova base de recursos, um novo grupo de tecnologias transformadoras, novas formas de proteção comercial para estimular o comércio, um mercado global para ressemear a Terra com uma segunda Gênese artificial, uma ciência eugênica emergente, uma nova sociologia de apoio, uma nova ferramenta de comunicação para organizar e administrar a atividade econômica em nível genético e uma nova narrativa cosmológica para acompanhar a jornada. Juntos, genes, biotecnologias, patentes de vida, a indústria global de ciência da vida, a seleção de gene humano e cirurgia, as novas correntes culturais, computadores e as revisadas teorias da evolução estão começando a refazer nosso mundo.”

concessão de patentes de genes, linhas de células, tecido geneticamente desenvolvido, órgãos e organismos”. Além disso, realiza um recenseamento da biosfera da Terra, mapeia “aproximadamente cem mil genes que compõem o genoma humano”, utiliza o computador para “decifrar, trocar, catalogar e organizar informação genética”, e, sugere para o futuro um novo modo de reorganizar a economia e a sociedade (BOFF, 2005).

Resta claro que os desafios resultantes dos avanços biotecnológicos deverão estabelecer parâmetros que não se constituam somente em concentração de poder e em medida de lucro, mas que estejam voltados a mensurar os riscos desse progresso, especialmente voltados para o ser humano.

2. Possibilidades da inseminação artificial

Os novos conhecimentos intervêm nos processos naturais, assim como na vida dos seres humanos. Considerando as implicações da utilização de novas técnicas e de mecanismos inovadores surge a necessidade de ‘adequar’ o direito para regular essas novas relações, assim como considerar concomitantemente as questões ética, que conforme Wolkmer (2010, p.19), resultariam nos direitos da bioética que tratam dos “direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. Trata dos direitos que têm vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial) (...)”

Por certo, o direito não possui a mesma celeridade das inovações biotecnológicas, não acompanhando e amparando todos os fatos que advenham delas. Nesse contexto, pode-se identificar que vários casos apresentados pela biotecnologia não possuem definição

e amparo jurídico, levando a reflexão sobre a licitude ou ilicitude, moralidade ou imoralidade do conteúdo com que se apresentam.

Em meio às várias possibilidades desenvolvidas a partir da biotecnologia, a presente análise atem-se à questão da inseminação artificial e da reprodução assistida como técnicas médicas com potencial de salvar vidas e solucionar doenças sem cura aparente. Tais métodos são distintos conforme conceitua Oliveira (2009):

A inseminação artificial ou inseminação intra-uterina (IIU) é a injeção de espermatozoides do marido dentro do útero da mulher. Espera-se que os espermatozoides injetados “nadem” livremente pelo sistema genital feminino e cheguem às tubas uterinas onde vão fecundar o óvulo. Os espermatozoides usados na IIU são preparados em um meio de cultura especial que aumenta sua energia e sua motilidade, num processo chamado capacitação. A chance de gravidez por tentativa de IIU fica em torno dos 20%. A taxa de bebê em casa em ciclos de IIU varia de 13 a 15%. As técnicas de fertilização assistida são mais complexas e envolvem a manipulação tanto dos espermatozoides quanto do óvulo.

Uma das mais conhecidas é a fertilização in vitro convencional (FIV). Nesse processo vários óvulos são coletados da mulher. Cada óvulo é imerso num recipiente de plástico inerte especial contendo meio de cultura e 50 a 100 mil espermatozoides. Somente um desses espermatozoides irá fecundar o óvulo. Uma vez fecundado o óvulo inicia seu crescimento e divisão originando o que chamamos de pré-embrião. Com 24 horas teremos 2 células, com 48 h teremos 4 células, com 72 h – 8 células, e assim por diante. Nesse estágio (8 células), outras vezes até mais tarde (16 ou mais células), transferimos os pré-embriões para o interior do útero da mulher. Após 12 dias da transferência fazemos o teste de gravidez. Um outro tipo de fertilização assistida é a ICSI – injeção intra-citoplasmática de espermatozoide – caso em que um único espermatozoide é injetado em cada óvulo disponível sob visão de um microscópio especial e através da utilização de microagulhas (micromanipulação dos gametas).

Esses procedimentos tiveram sua finalidade concebida inicialmente ampliada. Em um primeiro momento tinha-se tais métodos como procedimentos que visavam solucionar os problemas de infertilidade, porém, essa concepção foi ultrapassada pela ideia da

possibilidade de solucionar doenças, a partir da seleção de embriões saudáveis e compatíveis, com a finalidade de transplantar um elemento necessário a cura de determinada doença.

Isto posto, atualmente há como considerar a concepção de um filho, pela engenharia genética, como forma meio de salvar a vida do outro já concebido e possuidor de enfermidade passível de cura com a utilização de material do novo ser. Diante disso, abrem-se indagações se esses procedimentos de criação de um 'novo ser', nos moldes ideais para servir de material e/ou cura para outro ser, encontra no direito proibição ou amparo.

Em verificação preliminar, constata-se, como apresenta Wolkmer (2010, p. 20), que esses direitos conflitos entre normas e princípios com a necessidade social e humana da era contemporânea, onde se tem possibilidades ofertadas da biotecnologia de solucionar os impasses da natureza, mas que não possuem regulamentação no plano jurídico. Conforme Wolkmer (2010, pág.20):

[...] esses direitos emergiram no final do século XX e projetam grandes e desafiadoras discussões nos primórdios do novo milênio. Tal fato explica o descompasso e os limites da Ciência Jurídica convencional para regulamentar e proteger com efetividade esses procedimentos. Daí a prioridade de se redefinirem as regras, os limites e as formas de controle que conduzam a uma prática normativa objetivada para o bem-estar e não a ameaça ao ser humano.

Assim, o progresso biotecnológico causa uma verdadeira convergência para discussão inter e transdisciplinar, envolvendo diversas áreas e questões éticas, morais e científicas. A partir disso, tem-se a necessidade da criação de regulamentação capaz de absorver o conteúdo das inovações e garantir os direitos do ser a partir de uma concepção valorativa, principiológica, com fundamento nos direitos humanos. Nesta linha Antoniuk (2001, p. 134) contextualiza:

Diante da cientificidade e modernização da biopolítica, colocamo-nos perante a questão dos limites éticos da ciência. As concepções variam não somente de cultura para cultura, mas também de geração a geração. Na Alemanha tornou-se normal abortar fetos deficientes, assim como na Índia se abortam embriões do sexo feminino. Nas clínicas de reprodução nos Estados Unidos já existe um catálogo em que os pais podem escolher sua criança desejada. Muitas posições divergem entre si e sobretudo: atingidos pensam diferente daqueles cujo destino não está em questão. Aqui se trata de uma ponderação de interesses: a proteção de vida em desenvolvimento por um lado, a cura de doentes graves de outro.

A partir deste entendimento identifica-se o conflito entre o avanço da técnica médica e os princípios de direito, pontuando-se limites para a atuação da ciência. Discute-se, portanto, o início da vida e seus institutos jurídicos, indagando-se sobre os limites da intervenção científica com suas beneficências e, de outro lado, a sua metódica invasiva da dignidade humana. Neri (2004, pág. 165) reflete sobre o conceito de dignidade humana no contexto bioético:

Dignidade humana é o conceito típico, capaz de sustentar muitas concepções. De modo geral, dignidade indica o status de uma entidade que, dadas suas qualidades intrínsecas ou seus méritos adquiridos, tem direito a, e merece, respeito. Há uma intuição moral fundamental e, suponho, universal que une dignidade e respeito, sendo no entanto muito difícil articular discursivamente o conteúdo dessa intuição moral. No caso dos seres humanos, há muitas tradições filosóficas e religiosas diferentes que explicam por que esses seres humanos têm dignidade e merecem respeito. Permanecendo na tradição cultural ocidental [...], há uma antropologia cristã dos seres humanos esteja vinculada com seu lugar especial no universo, e distintos de outros seres vivos. O mesmo se poderia dizer de outras tradições, por exemplo, a kantiana, que vincula a dignidade humana à autonomia do sujeito moral em sua dimensão numérica, enquanto o respeito à dignidade advém da representação formal da lei moral: ideal magnífico, mas talvez um pouco abstrato e restritivo. Poder-se-ia quem sabe dizer que cada tradição contribuiu para a construção do conceito, mas é provável que nenhuma delas, considerada em separado, tenha a pretensão de exauri-lo.

Embora considere-se, de modo geral, os avanços biotecnológicos como benéficos ao homem, em alguns casos surgem questionamentos sobre a forma de sua utilização. Como exemplo pode-se apresentar uma reprodução assistida de um embrião manipulado geneticamente, com a finalidade de transplantar componentes vitais à cura de doença de um irmão já concebido. Neste caso, de que forma podem ser considerados os princípios inerentes ao ser humano criado cientificamente com uma finalidade diversa da reprodução natural? E quanto ao princípio da autonomia, seria violado nos casos em que a criança tem poucos meses ou anos de vida e é submetida a procedimentos médicos em favor de outrem?

Utilizando-se do caso em tela pode-se identificar que não há legislação nacional que regule o caso em epígrafe. Para análise desta questão será necessário utilizar a legislação comparada e resoluções do Conselho Federal de Medicina como referência na discussão do assunto. Destaca-se que desde o ano de 2003 tramita na Câmara de Deputados o Projeto de Lei 1184/2003 que dispõe sobre a reprodução assistida, definindo normas para realização de inseminação artificial e fertilização “in vitro” dentre outros. A implementação dessas normas estabelecerá parâmetro concebido pela sociedade num plano coerente e capaz de absorver as inovações em conformidade com a base valorativa dos princípios fundantes da ordem jurídica.

3. Análise de caso: reprodução assistida a partir da seleção de genes

Com o fim exemplificativo, toma-se o caso noticiado pelo jornal Estadão, revistas IstoÉ e Veja, em fevereiro de 2012. Conforme divulgado na época, teria nascido o primeiro bebê geneticamente

modificado no Brasil com o fim de curar a irmã mais velha portadora de talassemia major, através da plena compatibilidade genética e ausência da doença.

O fato: o casal teve sua primeira filha – Maria Vitória – portadora da doença talassemia major que é “uma doença genética e se caracteriza pela diminuição da síntese de hemoglobinas, que são as responsáveis por carregar o oxigênio presente nos glóbulos vermelhos, um tipo de anemia que pode ser curado por transplante de medula de doador compatível e não portador do gene que provoca a doença” conforme a Revista Veja (2012).

O procedimento adotado consistiu em contato dos pais com médicos do Brasil e exterior a fim de encontrar um método mais célere e eficaz de obter a cura de sua filha. Sabendo que as células-tronco compatíveis encontradas no cordão umbilical de recém nascido poderiam trazer a cura, decidiram ter mais filha para produção de material. Com as altas probabilidades de naturalmente terem mais um filho portador da mesma doença, recorreram à reprodução assistida, que com uso da técnica de seleção genética, viram garantido o sucesso do procedimento.

Segundo o Jornal Estadão (2012) ocorreram duas tentativas para a consecução da pretensão. Na primeira, foram gerados seis embriões e todos restaram descartados porque tinham a doença ou porque eram incompatíveis com Maria Vitória. Na segunda tentativa, dez embriões foram gerados, desses, apenas dois foram selecionados, um compatível com a criança e sem a doença e, o outro compatível, mas com traços da doença, os dois foram implantados na mãe.

O processo de gestação foi bem sucedido, resultando no nascimento de Maria Clara, sem a doença e totalmente compatível com a irmã. Do cordão umbilical foram coletadas e congeladas 950 mil células-tronco para transplante em Maria Vitória. Caso esse transplante fracasse, serão coletadas células-tronco da medula óssea de Maria Clara para outro transplante.

3.1. A intervenção na pessoa e sua autonomia

O caso em estudo gera muitos questionamentos acerca do uso da técnica na intervenção sobre o ser humano, ainda mais, por se tratar de um inimputável e a decisão ser tomada por terceiros.

Aproximando a previsão constitucional da Constituição Federal de 1988, art. 1º, III, que a dignidade da pessoa humana é um de seus princípios fundantes, pode-se considerar que há afronta a este preceito quando o homem passa “a figurar entre os objetos da técnica [...], aplica sua arte sobre si mesmo e se habilita a refabricar inventivamente o inventor e confeccionador de todo o resto” (JONAS, 2006, p. 57).

Desse modo, em que pese a intenção nobre dos pais, qual seja a de curar a filha e receber mais um integrante saudável, perpassa a seguinte consideração de Hans Jonas (2006, p. 61):

O homem quer tomar em suas mãos a sua própria evolução, a fim não meramente de conservar a espécie em sua integridade, mas de melhorá-la e modificá-la segundo seu próprio projeto. Saber se temos o direito de fazê-lo, se somos qualificados para esse papel criador, tal é a pergunta mais séria que se pode fazer ao homem que se encontra subitamente de posse de um poder tão grande diante do destino.

Portanto, a relação de dignidade da pessoa humana com a autonomia da vontade proposta por Kant perpassa o caso e mostra-se relevante, a partir do questionamento suscitado, afinal, se o ser humano deve ser considerado como um fim em si mesmo e dotado de vontade que guia racionalmente os parâmetros universais. Daí o questionamento: esse ‘novo’ ser nasceu com o um fim sem si mesma, ou, como um meio para salvar a vida da irmã?

Sobre o caso em análise, salienta-se que não se está discutindo o mérito da questão relativo a um posicionamento, mas, sim, a sua relevância na sociedade em constante mutação e sedenta por uma

organização/regulamentação que a oriente. Pensando na proteção da dignidade da pessoa frente às tecnologias que manipulam a vida e a autonomia da vontade em realizar determinados experimentos que interferem nos aspectos físico e mental, componentes da essência humana, surgem tem-se algumas apreensões. Sobre a autonomia da vontade, a máxima dos imperativos kantianos é “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal” (KANT), verificando-se a ligação à ideia de responsabilidade e de racionalidade das ações que deverão estar voltadas para o bem próprio e do outro (alteridade), fazendo com que essa atitude possa ser reproduzida sem gerar danos no presente e nem no futuro.

Relativamente à Maria Clara, a bebê gerada para salvar a irmã, pode-se considerar ao mesmo tempo como meio e fim em si mesma. Pois, o casal desejava ter mais um filho e que este não sofresse como a irmã, podendo, também, com o seu nascimento funcionar como um meio para curar a saúde da menina. Neste caso, o fim e o meio, ambos foram atingidos.

Basicamente, Kant (2009, pág. 92) define a autonomia da vontade como:

A autonomia da vontade é a constituição da vontade, pela qual ela é para si mesma uma lei – independentemente de como forem constituídos os objetos do querer. – O princípio da autonomia é, pois, não escolher de outro modo mas sim deste: que as máximas da escolha, no próprio querer sejam ao mesmo tempo incluídas como lei universal. Que tal regra prática é um imperativo, digamos, que a vontade de todo ser racional está ligada necessariamente a ela como condição [...].

Essa autonomia, do ponto de vista moral e humano, nos autoriza a tomar este tipo de decisão? Visto que abre um precedente a idênticas ações e com fins os mais diversos, fazendo com que o

ser humano tenha sua autonomia relativizada. Estar-se-ia abrindo portas à criação de seres humanos destituídos de autonomia e, conseqüentemente, sem dignidade? Cabe, ao final, refletir sobre o direito que o ser humano tem em tomar decisões e/ou fazer escolhas, inclusive sobre a vida de outrem.

Conclusão

A biotecnologia tem oferecido inúmeras propostas de intervenção na vida humana com o intuito de cura de doenças. Entre os recursos mais utilizados destaca a possibilidade de inseminação artificial, bem como o estudo de caso de reprodução assistida com a manipulação de genes. São exemplos claros da atuação da biotecnologia com o intuito de assegurar uma melhor qualidade de vida ou a própria vida.

Considerando o avanço biotecnológico, especialmente relacionado à inseminação artificial, constata-se uma lacuna jurídica quanto à regulamentação desses novos direitos. Insurge, portanto, no plano jurídico a necessidade de adequação no direito na medida do possível com os avanços da ciência, a fim de que não se trave disparidades com estes campos da ciência.

Além de se propor normas e dispositivos que visem à legalidade da aplicação de técnicas novas, como às de inseminação artificial, há de se ressaltar a importância do direito principalmente na garantia de princípios inerentes ao ser humano, impondo limites na atuação da ciência.

Referências bibliográficas

ANTONIUK, Elisete. Clonagem humana: qual pessoa deve ser a medida da vida? Um estudo com base em artigos de periódicos e revista alemãs. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 37, p. 134 – 140, out/dez - 2001.

BASSETTE, Fernanda. *Nasce no Brasil 1º bebê selecionado geneticamente para curar irmã*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,nasce-no-brasil-1-bebe-selecionado-geneticamente-para-curar-irma,835877,0.htm>>. Acesso em: 26 mai. 2012.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O vaso de pandora da biotecnologia: impasses éticos e jurídicos*. [s.n.], 2004, p. 2. Trata-se de texto de artigo original, cedido pelo autor, ainda não publicado.

BOFF, Salete Oro. *Patentes de genes*. Tese de doutorado. UNISINOS, 2005. Não publicada. No prelo.

BORTOLANZA, Guilherme. *Dissertação de Mestrado*. Unisc, apresentação em 03.2012. No prelo.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. A ciência, a sociedade e a cultura emergente. São Paulo: Cultrix, 1982.

GARRAFA, Volnei; Pessini, Leocir. *Bioética: poder e injustiça*. 2.ed.. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência enquanto “ideologia”*. São Paulo: Abril, Coleção Os pensadores, 1980-b.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Bacarolla Ltda, 2009.

OLIVEIRA, Flávio Garcia. *A diferença entre inseminação artificial e fertilização assistida*. Disponível em: <<http://clinicafgo.com.br/posts/2009/01/a-diferenca-entre-inseminacao-artificial-e-fertilizacao-assistida>>. Acesso em: 4 de junho de 2012.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Desafios éticos da globalização*. São Paulo: Paulinas, 2001.

PEREIRA, Cilene, TARANTINO, Mônica. *A bebê planejada para curar*. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/191077_A+BEBE+PLANEJADA+PARA+CURAR>. Acesso em: 26 mai. 2012.

RIFKIN, Jeremy. *O Século da biotecnologia*. Trad. Arão Sapiro. São Paulo: MAKRON Books, 1999.

ROSSI, Paolo. *Naufrágios sem espectador. A idéia de progresso*. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 2000.

ROSTAND, Jean. *Peut-on modifier l'homme?* Paris: Gallimard, 1956. p. 95-96, *apud* ANDORNO, Roberto. El derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones *in vitro*. *Revista Chilena de Derecho*. v. 21, n. 2, 1994, p. 321. disponível em www.cuadernos.bioetica.org, acessado em 07.02.2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. In RÚBIO, David Sánchez, FLORES, Joaquín Herrera, CARVALHO, Salo de (org.). *Direitos humanos e globalização: Fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2010. 578 p. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/>> Acesso em: 4 de junho de 2012.

ZATZ, Mayana. *Casal brasileiro gera filha selecionada geneticamente para curar a irmã*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/casal-brasileiro-gera-filha-selecionada-geneticamente-para-curar-a-irma>>. Acesso em: 26 mai. 2012.

Recebido em: março de 2012.

Aprovado em: abril de 2012.

ATIVISMO JUDICIAL E PROCESSO CIVIL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

*Luciano de Araujo Migliavacca**

Resumo: A compreensão histórica e evolutiva do Estado e por conseguinte da Constituição relega ao Poder Judiciário função de assegurar a concretização dos direitos fundamentais ainda que sua extensão seja imprecisa. Nesse norte, exatamente para atender a concretização dos direitos fundamentais, especificamente o acesso à justiça e a razoável duração do processo, faz-se necessário o ativismo judicial de forma a superar o formalismo do processo, encarando-o não mais como mera técnica mas como meio de assegurar a realização dos valores constitucionais.

Palavras-Chave: Constituição. Ativismo judicial. Processo civil. Efetividade.

Abstract: The evolutionary and historical understanding of the state and therefore the Constitution relegates the judiciary function to ensure the realization of fundamental rights even though their extent is unclear. In the north, just to meet the realization of fundamental rights, namely access to justice and the reasonable duration

* Mestrando do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Pós-graduado *latu sensu* em Direito Tributário - UPF. Professor de Direito Processual Civil - IMED. Coordenador do Curso de Pós Graduação *latu sensu* em Direito Processual Civil da IMED Advogado. E-mail: <lucmig@imed.edu.br>.

of the process, it is necessary judicial activism in order to overcome the formality of the process, viewing it not as mere technique but as a means to ensure the achievement of constitutional values

Keywords: Constitution. Judicial activism. Civil suit. Effectiveness.

Introdução

A evolução do Estado notadamente repercutiu na evolução da compreensão e interpretação da constituição desde o Estado Liberal até sua conformação contemporânea.

Nesse contexto, verifica-se que o surgimento da constituição, “enquanto documento jurídico de organização do poder” vem promover a tentativa de conciliação do poder à concepção de Estado como forma de consolidação das conquistas da revolução francesa (ideais iluministas) emergindo a discussão acerca da jurisdição constitucional e sua legitimidade conforme o contexto histórico, sobretudo no pós-guerra (LEAL, 2007, P.5-6).

Evidencia-se, nesse aspecto, a ruptura do modelo feudal assentado “sobre o fundamento teórico do direito divino dos reis”(MALUF, 1993, p. 119) com o surgimento de uma nova forma de organização estatal: o Estado Liberal, “movido e gerido pelos interesses da burguesia, segundo os princípios iluministas do racionalismo e do antropocentrismo” (LEAL, 2003, p. 3-4).

A evolução do Estado de Direito Liberal decorreu ante o surgimento de desigualdades sociais bem como a situação do pós-guerra, surgindo a necessidade de atuação do Estado com o escopo de reduzir os efeitos da guerra além de fortalecer a democracia após o notável autoritarismo. Sob essa nova ótica, obriga-se o Estado a reconhecer os direitos fundamentais previstos no texto constitucional

mas igualmente através de sua efetivação pela interpretação extensiva dos seus conteúdos, adquirindo a Constituição a concepção de ordem objetiva de valores e não apenas limitadora da atuação estatal (BÖCKENFÖRDE, 2007, p. 17).

Evolutivamente,

Na passagem para o Estado Democrático de Direito, por sua vez, especialmente em face do recrudescimento da idéia dos direitos fundamentais e da noção de dignidade humana, a Constituição acaba, mais do que nunca, assumindo uma função principiológica, assentada em dispositivos de textura aberta, numa estrutura que permite uma aferição ampla de seus conteúdos na realidade cotidiana, isto é, em face da vida constitucional propriamente dita.(LEAL, 2007, p. 40).

Ante o surgimento do Estado Democrático de Direito – WelfareState, as questões constitucionais, sob o temor de que estas ficassem sob o manto da discricionariedade do Legislativo, passam ao Judiciário. O Judiciário passa a ter função de assegurar a concretização dos direitos – deslocando o pólo de tensão agora ao Judiciário, “provocando um redimensionamento na clássica relação entre os poderes”, passando a adotar um controle abstrato das normas (LEAL, 2007, p. 41-42).

Explicita Mônia Clarissa Hennig Leal:

Diante de tal quadro, o Estado não pode mais ser tido como mero espectador, devendo intervir diretamente nas questões sociais e passando de ente de postura negativa (com o simples dever de não invadir as esferas dos direitos individuais constitucionalmente assegurados) a promotor de bens e serviços – devedor de uma prestação positiva – como forma de assegurá-los a uma parcela mais abrangente da sociedade, sendo que as categorias sociais desfavorecidas passam a ser beneficiárias de um tratamento diverso (discriminação positiva), de acordo com a idéia de que devem ser tratadas desigualmente situações desiguais (2003, p. 14).

Segundo Luciane Moessa de Souza “o fortalecimento do papel do Poder Judiciário no Estado Social de Direito deve corresponder

também o aumento de sua responsabilidade e a abertura à participação e a controle social [...]” (2009, p. 449).

Nesse contexto, verifica-se a codificação dos direitos fundamentais que, segundo Robert Alexy (1999, *passim*), vem a acrescentar uma validade jurídico-positivo aliando a já existente validade moral, extraindo-se a sua obrigatoriedade da sua institucionalização.

Dentre os direitos fundamentais reconhecidos, verifica-se o acesso à Justiça, assim compreendido não apenas o direito de ação mas igualmente a efetividade na prestação jurisdicional decorrente da observância da razoável duração do processo, o qual Capelletti (1988, p. 18) erige ao mais elevado e digno dos valores a cultivar no trato das coisas do processo.

1. Do direito constitucional ao acesso à justiça e a razoável duração do processo

Como direito fundamental assegurado constitucionalmente através do advento da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, anteriormente previsto no Pacto de San José, o acesso à justiça se caracteriza pela efetividade da prestação jurisdicional pela possibilidade de submeter o conflito à apreciação judicial através de um “devido processo legal” e sobretudo da razoável duração deste processo.

O efetivo acesso à justiça, preconizado por Capelletti (1988, p. 18), adquire contorno relevante e extraordinário justamente em face da previsão constitucional até mesmo porque eventualmente descumpridos os demais direitos e garantias asseguradas pelo texto constitucional caberá ao Poder Judiciário a resolução de tal lide.

Tal preceito veio ao encontro dos anseios da sociedade como forma de afastar a morosidade da prestação jurisdicional, aliada às inúmeras reformas processuais tendentes à agilizar a resposta judicial aos casos propostos. Tal movimento representa a aproximação da Constituição ao Direito Processual Civil como forma de concretizar os direitos fundamentais como expressamente referido na exposição de motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil.

Estabelece o artigo 4º do Anteprojeto do Código de Processo Civil que “As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.”² Evidente que tal dispositivo apenas vem a confortar o que já se encontrava assegurado pelo texto constitucional, em nada inovando o que já, em tese, vigorava.

Ocorre, entretanto, que a concretização do direito fundamental à razoável duração do processo esbarra inicialmente na vagueza e imprecisão de tal princípio e somente evidenciado de acordo com o caso em concreto conforme posição de Ademar Nitschke Júnior e Ana Paula Pavelski:

[...] a definição de razoável duração do processo dependerá de cada situação concreta: da matéria envolvida; de quem são as partes; do convencimento do juiz sobre os fatos e fundamentos; das provas a serem produzidas. Deve-se pautar também pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a que se possa avaliar, na prática, o que é melhor, mais adequado para o caso concreto, a fim de que o tempo de duração do processo esteja dentro do aceitável e sua resolução seja ainda útil às partes (2009, p. 15)

Embora a busca na conceituação de “razoável” vincule-se à concretude do caso proposto, persiste a indefinição quanto aos seus limites, impondo-se ao próprio Judiciário estabelecer a estrita observância de tal direito fundamental.

1 Brasil. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>

2 Ibidem

Nesse aspecto, José Rogério Cruz e Tucci revela a indefinição da expressão:

Todavia, torna-se impossível fixar a priori uma regra específica, determinante das violações à garantia da tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável.

[...]

O reconhecimento desses critérios traz como imediata conseqüência a visualização das dilações indevidas como um conceito indeterminado e aberto, que impede de considerá-las como o simples desprezo aos prazos processuais pré-fixados (1999, p. 239).

Da mesma forma, Samuel Meira Brasil Júnior refere que a conceituação de “razoável duração do processo” não se revela tarefa fácil: “como estamos diante de um conceito jurídico aberto (open texture), o alcance do princípio será fixado considerando as circunstâncias concretas de cada caso.” (2007, p. 129).

Além da imprecisão na definição de razoável duração do processo, a concretização de tal princípio esbarra principalmente no rigor formal e legal do Direito Processual Civil além do inevitável conflito em relação aos princípios processuais como o devido processo legal.

Nesse contexto, Dinamarco, pugnando pela quebra de dogmas, propõe a releitura do processo civil com renúncia de postulados tradicionais “com o declarado objetivo de propiciar uma justiça mais ágil, mais rápida e capaz de oferecer uma efetiva tutela jurisdicional em tempo razoável – e, para tanto, descompromissada dos preconceitos que envolvem todos esses dogmas” (2009, p. 29).

O mesmo autor atribui à imperfeição das leis o fundamento central da releitura de princípios e a renúncia a dogmas ilegítimos, a qual deve “ser superada pela atuação inteligente e ativa do juiz empenhado em fazer com que prevaleçam os verdadeiros princípios da ordem jurídica sobre o que aparentemente poderia resultar dos textos” (DINAMARCO, 2009, p. 30).

O Poder Judiciário, assim, deve estabelecer no caso concreto a delimitação da razoável duração do processo, como forma de concretização desse direito fundamental e da efetividade da prestação jurisdicional, superando, de certa forma, eventuais entraves (burocráticos) vinculados às formalidades do processo.

2. Do formalismo x efetividade da prestação jurisdicional

Estabelecido o embate entre o formalismo e a efetividade da prestação jurisdicional, evidencia-se que o Estado, na sua atual conformação, possui como objetivo, dentre outros, a realização da igualdade e da justiça material.³

O confronto entre o formalismo e a efetividade da prestação jurisdicional deve ser resolvido através da interpretação constitucional de modo a sopesar os princípios e as normas como, aliás, preconizado por Alexy (1999, *passim*) ao sustentar que os direitos fundamentais tutelados são todos de extrema relevância, porém sopesados quanto à sua aplicação ante a possibilidade de contraposição de mais de um direito fundamental, hipótese em que somente a interpretação da Constituição por órgãos por ela previstos será capaz de garantir a aplicação moral, ética, justa e segura dos direitos constitucionais para cada caso concreto.

Evidente que, a partir de tal situação, verifica-se o conflito interno entre a concretização de qualquer direito assegurado pela Constituição pela inobservância de outro direito igualmente asse-

3 Constituição Federal de 1988, artigo 5º, caput e inciso XXXV: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

gurado pelo mesmo texto, qual seja, a efetividade do acesso à justiça pela razoável duração do processo. Desconsiderar a razoável duração do processo na prestação jurisdicional representa ofensa ainda maior quando o direito objeto da lide vem amparado na própria Constituição.

Franciso José Borges Motta ao enfrentar tal confronto afirma que “não há “valor” importante bastante, num ambiente democrático, para que se negue o direito de quem efetivamente o tem”(2010, p. 220).

Tal análise perpassa necessariamente pela compreensão do processo como além do formalismo ou instrumentalismo – assim entendido a idéia do procedimento como devido processo legal – previsão seqüencial dos atos processuais – e que de acordo com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2003), tal formalismo deve se revestir de um conteúdo eminentemente valorativo, atendendo às perspectivas axiológicas da ciência processual.

Evidente que admitir o processo sem tal conteúdo finalístico representa a observância da forma como atendimento estrito do devido processo legal sem atentar à real prioridade inerente à prestação jurisdicional: promover a resolução do conflito em tempo hábil e por conseguinte, de forma efetiva.

O pragmatismo com que a instrumentalidade vem sendo observada pelo Poder Judiciário traz repercussão imediata quanto à “credibilidade” porquanto se tem como valor maior a forma – com apego e sob a justificativa do princípio do devido processo legal - em detrimento da finalidade.

A conseqüência disso é notória: forte crítica a Judiciário exatamente porquanto se revela incapaz de promover a resolução dos conflitos em tempo hábil, questionando-se, inclusive a sua credibilidade.

A ineficácia como órgão de resolução de conflitos exsurge “pela incapacidade de compreensão por parte dos magistrados no que tange à aplicação do direito, do significado e implicações da força normativa da Constituição” (HESSE, 1991, p. 88), sugerindo a partir daí a paulatina perda de sua legitimidade.

Adalberto Hommerding elenca também como causa da perda de legitimação do Poder Judiciário distanciamento da realidade material e dos mecanismos existentes para dar efetividade à tutela jurisdicional (2007, p. 119).

Ora, evidentemente, que a partir dessa concepção do Judiciário e sob a ótica da separação dos poderes, este se revela inábil a promover a concretização dos direitos fundamentais considerando a crise institucional e democrática que se instaurou.

A superação do formalismo excessivo exige a atuação do Judiciário de modo a concretizar o direito fundamental à razoável duração do processo, fazendo com que o julgador atue quebrando o paradigma da forma exatamente para a concretização do direito pleiteado, evidenciando-se, assim a necessária proatividade do juiz.

3. Do ativismo judicial, politização da justiça e proatividade do juiz

Nesse contexto, há forte crítica e resistência em permitir ao Judiciário a sua atuação nas lacunas deixadas pelos demais poderes exatamente tendente à concretização dos direitos fundamentais, como externa Gisele Citadino:

A indagação é se o Poder Judiciário, para não violar a deliberação pública de uma comunidade política que atua autonomamente orientada pelos valores que compartilha, deve ou atuar como regente republicano da cidadania ou abdicar de garantir direitos constitucionalmente assegurados (2004, p. 108).

Contraponto que surge dessa análise é exatamente a atribuição do Poder Judiciário, como preconizado por Ingeborg Maus (2000, p. 185), como balizador moral (“mais alta instância moral da socieda-

de”) de uma sociedade órfã pela perda da consciência individual e ausência de posição crítica frente a norma.

Tal perspectiva encontra relativa solução através da hermenêutica constitucional aberta preconizada por Peter Häberle:

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerusclausus* de intérpretes da Constituição.

[...]

Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade (1997, p. 13).

A partir da lição de Haberle o juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente (1997, p. 41).

O referido autor preconiza “que o processo de interpretação constitucional é infinito” no qual o constitucionalista é mero mediador:

O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos “intérpretes da Constituição aberta”. Eles são os participantes fundamentais no processo de “*trialanderror*”, de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional.

A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidadeda esfera pública e da realidade (*die pluralistischeÖffentlichkeitund Wirklichkeit*), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles (HABERLE, 1997, p. 42-43).

Evidente que, de acordo com Gisele Citadino (2002, P. 17) com assunção de um espaço maior pelo Poder Judiciário (expansão judicial), ampliando-se as possibilidades interpretativas com escopo de efetivação dos direitos fundamentais, as tomadas de decisões ad-

quirem contorno político uma vez que os tribunais são chamados a pronunciar onde os demais poderes se mostram falhos.

Inexistindo precisão quanto à norma, compreende-se a ampliação do poder judicial em matérias que seriam reservadas às competências dos demais poderes como judicialização da política, servindo como um instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais (CITTADINO, 2002, p. 37-38), especificamente na efetividade na prestação jurisdicional, sem que isso represente uma quebra na harmonia na ordem democrática.

Deve-se, entretanto, proceder à concretização do constitucionalismo consoante uma interpretação da Constituição como um ordenamento aberto, possibilitando-se a integração dessa hermenêutica às formas democráticas de participação dos grupos nos assuntos públicos.

Nessa linha, Luís Antonio Barroso identifica e diferencia a judicialização e o ativismo:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (2009, p. 12-13).

Revela-se evidente a preocupação do autor quanto à legitimação democrática dos julgadores em relação ao seu poder interpretativo da norma constitucional vez que não eleitos, porém tal situação

resta atenuada considerando serem representantes indiretos da vontade popular, devendo, entretanto, ser prevalente, caso divergente, a interpretação de acordo com a escolha do legislador dada a sua legitimação democrática pelo voto popular (BARROSO, 2009, p. 14)

Percebe-se na lição do autor seu posicionamento favorável ao ativismo judicial como forma de concretização de direitos fundamentais (sobretudo como forma de impedir resultados danosos a estes decorrentes da interpretação constitucional, denominando-o de “antibiótico poderoso”), porém igualmente se verifica o receio de que tal atividade venha a promover inversão de papéis na democracia, não cabendo ao judiciário a promoção da reforma política quanto à crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Legislativo.

Destaque-se, outrossim, que

Nesse modelo procedimentalista, a participação cidadã e o diálogo são fundamentais para a formação e justificação do Direito, sendo intolerável um protagonismo judicial que interfira na livre construção da discursividade e que evoque para si a tarefa de legislador político, limitando, desse modo, as potencialidades da sociedade civil de fazer chegar as suas demandas ao sistema político (HOMMERDING, 2007, p. 29-30).

Nesse contexto e ante a análise inicial dos referidos autores, busca-se a concretização de direito fundamental à razoável duração do processo, através de uma necessária interpretação hermenêutica constitucional aberta, realizada através da conduta proatividade do julgador porém atenta e compatível com a democracia.

Esclarece Francisco José Borges Motta, encarando a Constituição, em sua materialidade, como topo normativo e interpretativo, que:

[...] a integralidade das suas disposições e instituições (não raro, de inspiração liberal-individual-normativista) devem ser submetidas a uma

sincera (e radical) *filtragem constitucional*, de molde a permitir que o processo “atue” como aquilo que é: direito e garantias fundamentais, condição de possibilidade de acesso a uma ordem jurídica justa (constitucional e principiologicamente íntegra). É por intermédio do processo, pois, que o cidadão não só “pede jurisdição” (sic), mas verdadeiramente dela participa, concorrendo efetivamente para a adequada concretização dos seus próprios direitos (tomados em conjunto, repita-se, com a integridade do ordenamento jurídico) [...] (2010, p. 130)

A atuação judicial não deve se restringir, portanto, ao cumprimento da lei em seu significado formal, mas interpretação de princípios constitucionais de modo a concretizar os direitos fundamentais – dentre eles o acesso à justiça pela efetiva prestação jurisdicional em um prazo razoável.

Cite-se a respeito a lição de Dworkin:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...]. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim, por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso (2002, p. 215).

A proatividade judicial comporta, portanto, limites, justamente para que ante a percepção de um conceito vago e impreciso, possa o julgador encará-lo de forma arbitrária. Especificamente no processo, isso não significa suprimir toda e qualquer formalidade tendente a imprimir ritmo à prestação jurisdicional até mesmo porque tal conduta encontra óbice noutro princípio constitucional, qual seja, o do devido processo legal.

Conclusão

Consoante a evolução histórica do Estado e, obviamente, por via reflexa a evolução da Constituição, restaram positivados direitos fundamentais dentre os quais ressalta-se o acesso à justiça.

Tal princípio, destaque-se, deve ser compreendido não apenas quanto à possibilidade de busca do Poder Judiciário para solução dos conflitos mas igualmente na efetiva prestação jurisdicional pela rápida resposta à lide posta em juízo.

Ocorre, entretanto, que o Poder Judiciário se revela incapaz de atender à tal anseio sobretudo em face da morosidade na prestação jurisdicional impondo-se às partes duplo prejuízo: a não concretização de seu direito e a não concretização do direito fundamental de acesso à justiça e à razoável duração do processo.

Questiona-se, a partir, daí a legitimação do Poder Judiciário sobretudo em face da sua incapacidade – espera-se temporária – em promover à prestação jurisdicional efetiva.

Advém, assim, a necessária interpretação do texto constitucional em relação à previsão de razoável duração do processo como forma de suprimir formalismos excessivos, observando essencialmente o conteúdo finalístico na norma processual (formalismo valorativo) exatamente como meio de concretização de tal direito fundamental.

Evidentemente que tal conduta proativa do Poder Judiciário não pode desconsiderar ou suprimir o princípio do devido processo legal, impondo-se limites ao ativismo judicial no sentido de compatibilizar tais questões, evitando-se tornar o processo obsoleto, compreendendo-o não mais como simples técnica mas como instrumento de concretização de valores e direitos constitucionais.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Tradução de Luís Afonso Heck. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, Rio de Janeiro, jul./set. 1999. pp. 55-66.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. In *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 18, abr./jun. 2009.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Beira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 17-46.

CAPPELLETTI, Mauro e Bryant Garth. *Acesso à justiça. tradução de Ellen Gracie Northfleet*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

_____. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. AL-CEU - v.5 - n.9 - p. 105 a 113 - jul./dez. 2004 p. 108

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: _____ (Coord.) *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1999. p. 239.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 3ª. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. Título Original: *Die Normativa Kraft der Verfassung*.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta- Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *A. Constituição como princípio: os limites da Jurisdição Constitucional brasileira*. São Paulo: Manole, 2003.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: *Novos Estudos*, n. 58. São Paulo: CEBRAP, novembro de 2000.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis: Conceito, 2010.

NITSCHKE JÚNIOR, Ademar; PAVELSKI, Ana Paula. Razoável duração do processo e responsabilidade do Estado. . In: GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional*. 1ª. Ed (ano 2008), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. p. 11-31.

SOUZA, Luciane Moessa de. Acesso à Justiça e o papel do Judiciário no Estado de Bem-estar social: o problema da omissão na concretização de direitos fundamentais. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional*. 1ª. Ed (ano 2008), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. p. 449-486.

Recebido em: fevereiro de 2012.

Aprovado em: abril de 2012.

ATIVISMO JUDICIAL: UMA FORMA DE CONTROLE SOCIAL?

*Janriê Rodrigues Reck**

*Jacson Bacin Vicente***

Resumo: O presente estudo aborda de forma sistemática e objetiva, os principais aspectos do ativismo judicial, sua origem e desenvolvimento, seus reflexos e influência na vida cotidiana da sociedade, bem como se esta “interferência” direta em questões que deveriam ser decididas por parlamentares constituídos pelo povo, para os administrarem, diligenciarem, refletirem e manifestarem-se a respeito de demandas, gerando e editando leis que rejam suas vidas, acabam por serem resolvidas pelo poder Judiciário - que em que pese ser o guardião e aplicador de nossas leis - decide de forma unilateral e sem a constituição popular de seus membros, muitas vezes sem a consulta de seus pares e, vez por outra, decidindo de forma temerária. Assim, buscará descortinar se o ativismo judicial contemporâneo está se desenvolvendo como uma forma de controle social “ditatorial”, ou em uma maneira mais célere e benéfica de resolver situações polêmicas e complexas.

Palavras chaves: Ativismo Social, Constituição, Controle Social, Judiciário e Sociedade.

* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor da Universidade Federal de Pelotas. <janriereck@ibest.com.br>.

** Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Rio Grande do Sul, Brasil; Especialista em Processo Civil e Processo Constitucional; Bacharel em Direito; Advogado; e-mail: <jacsonbacin@hotmail.com>.

Abstract: The present study boards in systematic and objective form, the principal aspects of the judicial activism, his origin and development, his reflexes and influence in the daily life of the society, as well as if in questions that should be decided by parliamentarians constituted by the people to administer them, to strive, to consider and to be shown as to demands, producing and publishing laws that govern his lives, they are resolved this straight “interference” again by the judiciary, which in what it weighs to be the guardian and applicator of our laws, decides in the unilateral form and without the popular constitution of his members, very often without the consultation of his couples and, sometimes, deciding in the reckless form. So, it will look to unveil if the judicial contemporary activism is if developing like the form of social “dictatorial” control, or a faster and beneficial way of resolving controversial and complex situations.

Keywords: Social Activism, Constitution, Social, Judicial Control and Society.

Introdução

O ativismo judicial nos dias atuais, apesar de desconhecido da maioria dos indivíduos da sociedade brasileira, atinge a cada um de forma indistinta, seja por resolver questões polêmicas – por um clamor público – seja por decidir pleitos que simplesmente por incompetência ou inércia dos políticos/legisladores, em resolver a situação, são dirigidas ao poder Judiciário para solução, em abrangência individual e coletiva. Logo, o questionamento que surge é de que forma adveio sua força na sociedade contemporânea - a partir da alvorada do século XX - e de como tais fatos se desenvolveram e culminaram no que hoje se define por decisões políticas em âmbito

judicial – *Ativismo Judicial* – e de que forma esse ativo agir do Judiciário, delimita ou expande nossos direitos e deveres, “faz lei”, quando somente deveria resolver contendas. O presente ensaio, focado na origem, desenvolvimento e implicações do ativismo judicial, irá perquirir os aspectos relevantes do tópico hodierno, bem como tentar contribuir para uma melhor compreensão dos desdobramentos da matéria em epígrafe.

1. A origem do ativismo judicial: Segunda Guerra

No deslinde do tema proposto, busca-se de maneira prática, explicar de que forma originou-se o ativismo judicial e de que modo galgou os patamares que hoje alcança. Assim, nas palavras de Brasil¹, pode-se vislumbrar uma imagem de como o “germe” do ativismo judicial surgiu, por qual razão e de como, posteriormente, veio a desenvolver-se e difundir-se, tendo sua ascensão nos Estados Unidos da América, uma vez que o fenômeno encontrou um ambiente válido e fértil com o fim da Segunda Guerra Mundial, e a nova característica do poder Judiciário frente à hegemonia da Constituição e o início do pós-positivismo demonstrando a validade e importância dos direitos fundamentais, bem como os que embasam a Carta Magna, frente ao declínio do constitucionalismo liberal. Refere ainda, que o ativismo judicial conecta-se diretamente com a participação ativa dos magistrados no controle da constitucionalidade, haja vista a necessidade de uma defesa quanto às possíveis ações danosas no processo político majoritário. Ao final, relata que o ativismo judicial demonstrou a ampliação dos poderes dos tribunais sobre os demais poderes, auxiliado pelo viés constitucional.

1 BRASIL, Carlos. *Ativismo judicial*. Disponível em <<http://www.carlosbrasil.com.br/?q=node/148>>. Acesso em: 28/11/2011. p. 01.

Destarte, averigua-se que o ativismo judicial possui uma fagulha de seu início nos atos e fatos gerados pela Segunda Guerra Mundial, bem como pelo emergir do pós-positivismo, pela supremacia da Constituição e pelo consolidar dos direitos fundamentais, existindo, também, conexão direta de seu surgimento, com o declínio do constitucionalismo liberal, buscando através dos magistrados, a defesa contra atos danosos ao processo político. Na lição de Barroso², visualiza-se que ao final da Segunda Guerra, observou-se nos países ocidentais, um grande progresso na chamada justiça constitucional acerca da política majoritária – *política exercida pelo Legislativo e Executivo* – originária do sufrágio universal.

Desse modo, as decisões de vários assuntos e temas condizentes a sociedade, começaram a ser decididos pelos tribunais, uma vez que o progresso na justiça constitucional propiciava – e iniciava – tal inovação na esfera constitucional, abrangendo o controle dos demais poderes (Legislativo e Executivo), a parte do voto, sendo que os membros do Judiciário não são escolhidos pela sociedade, a exemplo dos políticos.

Todavia, em âmbito nacional, possui-se o Estado Democrático de Direito e não ao contrário (Estado de Direito Democrático). Como exposto por Reverbel³, que avalia o poder Judiciário atual, como um detentor de poder moderador, na busca de compensar a tripartição dos poderes, através de um controle de constitucionalidade abstrato, pelo qual vem decidindo questões das mais distintas origens e naturezas. Reverbel destaca ainda, que o ativismo judicial está intimamente conectado com o declínio do constitucionalismo liberal, bem como, com o da política neoliberal, tendo tanto os julgadores,

2 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 01/12/2011. p. 01.

3 REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Ativismo judicial e estado de direito*. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/40977/ativismo_judicial_estado.pdf?sequence=1>. Acesso em 29/12/2011. p. 8.

legisladores e a própria sociedade, voltado sua visão para um observar mais humanista e social, prevalecendo os princípios representados na Constituição e ressaltando os direitos fundamentais, condizentes com a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, o ativismo judicial age como um moderador entre os três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), por meio do próprio Judiciário, consubstanciando os direitos fundamentais dos cidadãos. Tal proceder, também se deve à crescente falta de confiança que se visualiza nos dias atuais - em escala global - quanto aos poderes Legislativo e Executivo. Ainda segundo Reverbel⁴, o ativismo judicial está envolto na questão primordial de o juiz transpassar a seara do direito e penetrar no da política, solucionando contendas políticas com critérios jurídicos, citando como causa, o desprestígio da lei até a própria má utilização dos recursos públicos.

Em um parâmetro, para melhor compreensão da contenda existente nos poderes - ainda que nos bastidores -, verifica-se na docência de Kelsen⁵, um exemplo claro da justificativa do ativismo judicial, posto que em sua visão, na medida em que o legislador permite a um magistrado ponderar interesses contraditórios e julgar as desavenças, decidindo por um ou por outro, confere-lhe um tipo de poder de concepção do direito, exercendo assim um caráter Judiciário na instância política.

Portanto, compreende-se que o Judiciário exerce um poder “político” ainda que este não lhe seja inerente. Porém, mediante o exposto por Kelsen, percebe-se de forma tangente, que o Judiciário – como um todo – exerce um poder de inovação legislativa e criação do direito, compilando-se, assim, em um poder político, mesmo que a Lei possua a força maior. Por conseguinte, observa-se a crescente demanda no Judiciário, acerca de questões que os poderes Legislativo e Executivo deveriam ponderar e resolver. No entanto, pela

4 Ibidem, p. 9.

5 KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 251.

desconfiança da sociedade naqueles, o Judiciário tem se tornado o último paladino, com certa margem de idoneidade, em que a sociedade já exausta de escândalos e corrupção, pode se socorrer.

2. A origem do ativismo judicial: jurisprudência norte-americana

Conforme visto, o ativismo judicial teve seus primeiros passos delineados nos acontecimentos do pós-guerra de 1945, quando se iniciou o movimento constitucional de decisões que buscavam trazer maior segurança a população. Entretanto, tais intenções não se nomeavam com a natureza etimológica do ativismo judicial, fato que somente seria “inaugurado” com a jurisprudência norte-americana.

Dentro desse delineamento, principiou no sistema jurídico norte-americano, uma participação mais ampla e intensa na concretização de valores e fins constitucionais, implicando uma maior interferência nas esferas de atuação dos demais poderes da federação⁶, destacando seu início na década de cinquenta, com o então presidente Warren. Nesse sentido, Baracho⁷ elucida que o ativismo judicial possui sua origem efetiva com a jurisprudência norte-americana, sendo que o mesmo foi concebido, primeiramente, de forma conservadora, eis que a atuação da Suprema Corte estadunidense tinha na propulsão das esferas de maior domínio na sociedade, um amplo suporte para a segregação racial e para a invalidação de leis

6 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 335.

7 BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal, in: SAMPAIO, José Adércio (coord. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. 1º Ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2003. pag. 315/345, in: DA COSTA, Andréia Elias. Estado de Direito e Ativismo Judicial. pag. 53 Ed. Quarter Latin.

sociais, tendo o quadro se modificado a partir da década de cinquenta, quando a Suprema Corte norte-americana estava regida sob a presidência de Warren (1953-1969) e pela Corte de Burger (até 1973), período em que fora produzida uma jurisprudência progressista no que tange aos direitos fundamentais dos negros.

Desse modo, leciona De Paula⁸, que o exercício do ativismo judicial no sistema jurídico norte-americano, destoa, pela busca dos direitos individuais e sociais que não estariam expressos na Constituição, permitindo aos julgadores, uma interpretação além dos primados pela Carta Magna. No mesmo aspecto, Appio⁹ refere que os julgadores podem ultrapassar o texto constitucional, com o fim maior da procura de valores morais substantivos de sua comunidade.

A judicialização política – ativismo – era então inaugurada pela Suprema Corte Americana, tendo como principal foco, a fiscalização em relação à Carta Política.

Contudo, não há que se falar em ativismo judicial, sem referir o Tribunal Constitucional Alemão – *Bundesverfassungsgericht* – que ao final da Segunda Guerra Mundial, já enfatizava as questões da Constituição como ordem objetiva de valores. Mediante o ensino de Leal¹⁰, verifica-se que a atuação do Tribunal Constitucional Alemão, destaca-se pela competência de erigir a fortificação e consolidação dos direitos fundamentais, tornando-se uma referência no que tange a dignidade da pessoa humana, servindo de exemplo e norte para todas as nações regidas pelo Estado Democrático de Direito.

8 DE PAULA, Daniel Giotti. *Intranqüilidades, Positivismo Jurisprudencial e Ativismo Jurisdicional na Prática Constitucional Brasileira*. In. NOVELINO, Macerlo (Org.) *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Editora Podivm, 2009. p. 336.

9 APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 307.

10 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma Abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007, p. 62.

Baseando-se nos princípios supracitados e na necessidade cada vez maior de interferência do Judiciário – ou pela própria contenda ser levada ao mesmo – o Judiciário brasileiro tem se valido do ativismo judicial, para decidir e resolver impasses de diversos setores da sociedade, calcado no exemplo norte-americano.

3. Ativismo judicial brasileiro

Delimitadas algumas linhas acerca da origem e desenvolvimento do ativismo judicial, pode-se remeter o mesmo para as paragens brasileiras, bem como balizar sua atuação no domínio nacional. Neste intento, cogente entabular que o ativismo judicial também possui raízes de sua origem na judicialização. Neste aspecto, expressa Barroso¹¹ que a diferenciação que deve permanecer entre o ativismo judicial e a judicialização, é que esta constitui em certas questões de extensa repercussão política ou social, decididas pelo Judiciário e não por instâncias políticas tradicionais, movimento que engloba uma transferência de poder para juízes e tribunais, modificando vários aspectos da argumentação e na participação da sociedade nestas decisões.

Logo, visualiza-se que a judicialização - na esfera nacional brasileira - seria o sinônimo do ativismo judicial mundial, tendo como características as alterações na linguagem, interpretação e argumentação na participação da sociedade. Na mesma esteira do pensamento exposto, o deslindar de Silva Ramos¹² mostra que a

11 Ibidem. p. 03.

12 SILVA RAMOS, Elival da. *Parâmetros Dogmáticos do Ativismo Judicial em Matéria Constitucional*. São Paulo: Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para inscrição em concurso público visando ao provimento de cargo de professor titular, junto ao Departamento de Direito do Estado, área de Direito Constitucional, Disponível em: <<http://www.editorasaraiva.com.br/repositorioAmostra/9788502085800.pdf>>. Acesso em 02/12/2011. p. 12.

primeira característica marcante da judicialização, a redemocratização do Brasil, possui seu ápice na promulgação da Constituição de 1988, decorrendo deste fato, até os dias atuais, a recuperação das garantias da magistratura, munido de solidez suficiente pra erigir e validar os preceitos constitucionais, ainda que em embate com os outros poderes (Legislativos e Executivo), ocorrendo, como uma conseqüência positiva, a consciência da coletividade de cidadania, levando informação de direitos a população, que em resposta, iniciou uma procura e proteção de seus direitos e interesses perante o Judiciário.

Portanto, no caso brasileiro, a sociedade também busca o Judiciário para resolver questões de repercussão geral, bem como nos casos em que os poderes Legislativos e Executivos furtam-se a resolver, ou de forma morosa e displicente, não legislam ou executam as normas que deveriam, desaguando do mesmo modo, as questões no Judiciário. Outrossim, a sociedade já não mais tolera a inércia de seus políticos – em que pese mantê-los no poder a cada eleição – buscando, cada vez mais, o Judiciário para um parecer definitivo e efetivo, eis que este disponibiliza da força executiva necessária para que medicamentos sejam disponibilizados, leitos hospitalares providenciados e uma gama de direitos que o Estado, através de seus legisladores deveria fornecer, conforme previsto no artigo 5º, da Constituição Federal. Mediante a lição de Brasil¹³: “Encontramo-nos em posição complicada pela inércia ou incompetência de nosso legislativo e o ativismo Judiciário onde está presente o déficit democrático a abalar-lhe a legitimidade [...]”.

Na sequência da reflexão exposta, pode-se constatar nas palavras de Barroso, o seguimento do ativismo judicial no País, posto que o mesmo caracteriza-se por uma escolha de interpretar a Constituição, de forma específica e proativa, buscando assim, uma expansão e abrangência maior para sua eficácia e efetividade. O autor

13 Ibidem, p. 04.

destaca ainda, que o ativismo, geralmente, emerge quando existe uma retração do Poder Legislativo e um separar da classe política da sociedade civil, episódio que bloquearia a realização das demandas sociais.

Assim, vê-se que o ativismo judicial interpreta e aplica a Constituição de forma direta – e por muitas vezes, sem a manifestação, materialização, do legislador ordinário – criando de forma consciente, novas “leis” ou interpretações diversas do que a Lei realmente tipifica. Ainda, o ativismo judicial declara a inconstitucionalidade de atos normativos, entendidos díspares dos entabulados na Constituição, ou aplicados de forma mais amena, fatos de clara contração dos poderes Legislativo e Executivo.

Ainda na reflexão de Barroso¹⁴, mesmo que salutar o ativismo judicial, esse não pode ser constituído como regra, mas sim, como uma exceção, haja vista que sua “interferência” em questões que dizem respeito aos poderes Legislativo e Executivo, pode agravar a descrença e receio com que a sociedade encara nos tempos atuais os poderes Legislativo e Executivo, e por que não, em algumas ocasiões, o próprio poder Judiciário.

O autor refere com propriedade, que o País deve reformar seu atual modelo político e reaproximar a sociedade dos partidos e da discussão política, sendo que tal proceder, tornaria os meios de eleição, conhecimento e exercer dos direitos políticos, uma ferramenta poderosa para a população e suas necessidades, indicando políticos com maior responsabilidade e, estes, conscientes de que os eleitores/cidadãos possuem um discernimento claro e objetivo de suas prerrogativas e direitos, podendo a qualquer momento exercê-los. Assim sendo, o ativismo judicial poderia manter-se em segundo plano, uma exceção, para eventuais e raros casos, quando de forma clara os poderes Legislativo e Executivo, não conseguissem por seus próprios meios e recursos, elucidar e administrar a questão, sendo então, entregue ao Judiciário para a solução da lide.

14 Ibidem, p. 09.

No mesmo ínterim, Silva Ramos¹⁵ apregoa que no Brasil, todo Juiz, Desembargador e Ministro, possuem poderes para declarar a inconstitucionalidade de uma Lei, pelo poder discricionário que lhes é outorgado. Logo, o ativismo judicial também se reveste dessa característica intrínseca, dos julgadores que decidem as leis, como uma forma simbiote.

Em uma última análise do tema proposto, através da lição de Barroso¹⁶, elencam-se algumas críticas ao ativismo judicial no Brasil, bem como, o porquê de atentar-se para uma possível restrição do alargamento dessa prática, sendo que o não observar de tais objeções pode acarretar sérios riscos à legitimidade democrática do País, a politização errônea e indevida da justiça e o transbordar dos limites da capacidade institucional do poder Judiciário. Assim, em seguimento ao pensamento do autor, os riscos para a legitimidade democrática podem se originar no ativismo judicial, pela presunção dos julgadores, uma vez que poderão impor suas preferências, escolhas e vontade, posto que, o que deveria ocorrer seria suas decisões estarem fundamentadas e baseadas, racionalmente, na Constituição. Outra crítica refere-se ao risco da politização da justiça, que se traduz na cultura pós-positivista, em inferir-se que uma decisão é política e não jurídica, decidida por fatores extrínsecos ao mundo jurídico e favoráveis a determinados grupos. E por fim, o risco da capacidade institucional do Judiciário, ultrapassar seus limites, eis que o mesmo quase sempre pode interferir em qualquer questão do cotidiano social, porém, não se consubstancia sua função essencial, devendo preceder a tal interferência, a uma criteriosa avaliação da própria capacidade institucional e do caso e suas consequências em epígrafe.

15 Op. cit. p. 15.

16 Ibidem. p. 10-17.

Deste modo, o ativismo judicial não pode ser utilizado de forma a caracterizar-se um risco a sociedade, a legitimidade democrática a politização da justiça, bem como revestir-se de um poder ilimitado, utilizado por quem deveria empregar as leis como balizadoras da sociedade, legitimando o Estado Democrático de Direito e compilando dessas, da forma mais nítida possível, a justiça esperada.

Mediante o exposto por Häberle¹⁷ “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la”, devendo a constituição - por sua formação e princípios - ser voltada para a sociedade e para o público, atualizando-se através de seus legisladores, para um melhor servir”. Ainda, “os critérios de interpretação não devem ser mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.”¹⁸. Por este viés, Häberle elucida que o pluralismo não se trata de algo negativo, e sim, que o mesmo serve de fomentador para a busca da verdade em si, dado a variedade das realidades existentes na sociedade, bem como a multiplicidade de soluções a serem encontradas.

Como refletiram as colocações e ponderações entabuladas no presente artigo, o ativismo judicial pode e deve ser utilizado pelo poder Judiciário brasileiro. Todavia, de modo esporádico e especial, quando em último recurso falharem as conversações, ponderações e diligência dos poderes Legislativo e Executivo, quando os eleitos pela sociedade, não mais puderem ou conseguirem refletir os anseios e necessidades desses indivíduos, ou que em suas decisões, corrompam, maculem ou interrompam os direitos a eles pertencentes. Nestes episódios, o Judiciário deve tomar as rédeas para si, e conduzir novamente a nação aos seus trilhos, observando de forma justa e imparcial o direito a ser analisado e julgado, para que dessa

17 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Uma Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor: 1997, p. 11.

18 HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 105.

forma não haja o oprimir, restringir ou favorecer determinados grupos sociais, constituindo-se, então, um Estado coeso e justo, com poderes separados em sua formação e função, mas unidos pelo fim maior de prosperidade da nação e o garantir de seus direitos, tanto internos quanto externos.

Conclusão

Pelo presente trabalho, conclui-se que o ativismo judicial é tanto benéfico, uma vez que o Judiciário resolve e delimita algumas questões originadas de situações de cunho especial (à exemplo da união homo afetiva), pelas questões envolvidas e por seu alcance, quanto maléfico. Mediante os autores consultados, o ativismo judicial é uma excepcionalidade que deve ser usada com parcimônia, eis que seu contínuo exercer pode distorcer e converter o Judiciário em um poder totalmente político, tomando para si questões que invariavelmente deveriam ser ponderadas e decididas pelo poder Legislativo e Executivo. De outro modo, guarda o seu uso excessivo, o risco de para a legitimidade democrática, bem como de vetar ou ampliar direitos ou deveres da sociedade, aplicando e deixando de aplicar a Constituição, com o viés e legitimidade de “interpretar” a Lei ao favor da política e não da justiça. Pelas avaliações dos textos e pela realidade observada, o ativismo judicial demonstra-se um tema de considerável preocupação para a sociedade brasileira, posto que, em não sendo usado com a devida cautela e excepcionalidade, possui todas as características de um poder “ditatorial” camuflado, decidindo e executando questões que por muitas vezes não teria a competência e a capacidade necessárias para impingir um juízo. Logo, o ativismo demonstra-se passível de ser, claramente, uma for-

ma de controle social e estatal, determinando e gerindo fatos e atos da vida social, bem como podendo ser utilizado como ferramenta de manobra nos bastidores políticos do País.

Referências bibliográficas

APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal, in: SAMPAIO, José Adércio (coord. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. 1º Ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2003. pag. 315/345, in: DA COSTA, Andréia Elias. Estado de Direito e Ativismo Judicial. pag. 53 Ed. Quarter Latin.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 01/12/2011.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Carlos. *Ativismo judicial*. Disponível em <<http://www.carlosbrasil.com.br/?q=node/148>>. Acesso em: 28/11/2011.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.

DE PAULA, Daniel Giotti. Intranqüilidades, Positivismo Jurisprudencial e Ativismo Jurisdicional na Prática Constitucional Brasileira. In. NOVELINO, Macerlo (Org.) *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Editora Podivm, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Uma Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor: 1997.

_____. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma Abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica*. MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A Força dos Precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Salvador: Editora PODIVM, 2010.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Ativismo judicial e estado de direito*. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/40977/ativismo_judicial_estado.pdf?sequence=1>. Acesso em: 29/12/2011.

KAHN, Paul. *Comparative constitutionalism in a new key*, Michigan Law Review 101: 2677, 2002-3.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SILVA RAMOS, Elival da. *Parâmetros Dogmáticos do Ativismo Judicial em Matéria Constitucional*. São Paulo: Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para inscrição em concurso público visando ao provimento de cargo de professor titular, junto ao Departamento de Direito do Estado, área de Direito Constitucional, 2009. Disponível em: <<http://www.editora-saraiva.com.br/repositorioAmostra/9788502085800.pdf>>. Acesso em 02/12/2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. Crise de representação e cidadania participativa na Constituição de 1988. In. (Org.) SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

Recebido em: maio de 2012.

Aprovado em: junho de 2012.

A MEMÓRIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL CIVIL E POLÍTICO: ABORDAGEM PRELIMINAR

*Rogério Gesta Leal**

*Tais Ramos***

Resumo: O presente ensaio faz uma abordagem preliminar da Memória como Direito Fundamental civil e político e pretende assim, explorar os possíveis significados do que se pode chamar de Direito à Memória, e como ele se aplica ao período do regime militar brasileiro, verificando quais as lições e perspectivas decorrentes daí. Para tanto, num primeiro momento se analisará a Memória como Direito Fundamental e em seguida sua legitimidade democrática contra-majoritária como Direito Fundamental Social. A Memória, tratada como uma política pública, contribui no processo didático-

* Rogério Gesta Leal é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito, Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul, Professor da UNOESC. Professor Visitante da Università Tullio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Coordenador Executivo do Comitê de Gestão da Rede dos Observatórios do Direito à Verdade, à Memória e à Justiça das Universidades Brasileiras. E-mail: rleal@unisc.br.

** Tais Ramos é Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ). Integrante e pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Estado, Administração Pública e Sociedade” coordenado pelo Professor Dr. Rogério Gesta Leal. Graduada em Direito e Especialista em Direito Processual Civil pela mesma Instituição. Advogada. E-mail: taisramos@gmail.com.

-pedagógico de ensino/aprendizagem da Cidadania e da República, para que se possa compreender o ocorrido no período do regime militar, formatando assim opinião pública pró-ativa em favor de práticas sociais civilizatórias e emancipacionistas de todos, inclusive para que aqueles tempos não voltem mais.

Palavras-Chaves: Direito à Memória. Direito Fundamental. Regime Militar - Cidadania

Abstract: The present essay make a preliminary approach of Memory which Constitutional Right civil and politic and intended explore means possible than can to call Right to memory, and as it put in Brazilian military regime, checking what lessons and perspectives to learn it. For both, first going to examine the Memory like Constitutional Right and then its democratic authenticity against-majority as Social Constitutional Right. Memory, managed as a public politic, contribute in didactic-educational process of teaching Citizenship and Republic, so that can to understand the occurred in military regime, formatting public opinion proactive in behalf of civilizational and emancipates practices social of all, including those times not returned.

Keywords: Right to memory. Constitutional Right. Military Regime. Citizenship.

Introdução

O tema da memória no âmbito da história é um dos mais agudos em nível de demarcação sobre atores sociais e suas práticas no tempo e espaço, pois opera não só no âmbito dos efeitos e consequências materiais, mas também imateriais, simbólicas e morais, com impactos incisivos nas gerações do passado, presente e futuro.

Quando ele se refere ainda a questões atinentes a regimes ditatoriais e de força, implementados em particular em algumas experiências ocidentais na segunda metade do século XX, que geraram violações as mais horrendas e predadoras possíveis – em especial contra os chamados movimentos de resistência ou subversivos da ordem imposta –, torna-se mais problemático o seu tratamento, haja vista os interesses corporativos e pessoais vinculados a muitos detratadores dos Direitos Humanos e Fundamentais violados que temem represálias ou responsabilidades pelos atos que praticaram.

Daí a importância da memória ser tratada como política pública de gestão da história passada, presente e futura, contribuindo no processo didático-pedagógico de ensino/aprendizagem da Cidadania e da República, assim como suas instituições democráticas e representativas, para que se possa compreender o ocorrido, e com tal esclarecimento, formatar opinião pública pró-ativa em favor de práticas sociais civilizatórias e emancipacionistas de todos, inclusive para que aqueles tempos não voltem mais.

Esta é a pretensão deste trabalho! Perscrutar sobre os possíveis significados do que se pode chamar de Direito à Memória, e como ele se aplica ao período do regime militar brasileiro, verificando quais as lições e perspectivas decorrentes daí.

1. A Memória como Direito Fundamental

Junto com Hannah Arendt¹, penso que o presente não esquece nem domestica o passado, isto porque a relação entre estes períodos de tempo é de transversalidade e circularidade, na medida mesmo de uma perspectiva filosófica, operando aqui com a lógica de que o

1 ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1997.

sujeito que compreende não parte do zero, mas, ao contrário, conta com toda a história que lhe caracteriza e mesmo o define como sujeito: a tradição.

Existe uma forma de autoridade que foi particularmente defendida pelo romantismo: a tradição. O que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre essa base....E nossa dívida para com o romantismo é justamente essa correção do Aufklärung (Iluminismo), no sentido de reconhecer que, à margem dos fundamentos da razão, a tradição conserva algum direito e determina amplamente as nossas instituições e comportamentos.²

Isto significa que passado e presente se condicionam constantemente. Assim, em todo o processo histórico e sua compreensão há uma antecipação de sentido que abrange a tradição, impondo-se o reconhecimento de que as próprias partes determinam o todo.

É neste sentido que o tema da Memória se afigura de extrema importância à apuração da Verdade e da Justiça envolvendo a violação de Direitos Humanos e Fundamentais por regimes militares, em especial quando se pergunta como pode o Estado interagir com a Sociedade Civil na constituição das melhores políticas públicas de Memória, ou como quer Bickford, ao insistir com as seguintes perguntas que fomentam tais medidas: *How can memorials support truth commissions, tribunals, police reform, schools, community centers, watchdog groups, and other democracy-building projects? How can the state and civil society collaborate best on controversial projects to ease tensions over who "owns" the past and find mutually satisfying solutions?*³

2 In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000, p.421 (285 do original).

3 BICKFORD, Louis. *Memorialization and Democracy: State Policy and Civic Action*. New York: Hamburg Institute for Social Research, June 2006, p.38. Pergunta-se o autor e ao mesmo tempo responde: *Should memorials be restricted to dignifying and commemorating victims, or should they have a wider function of creating awareness and fortifying democratic institutions? Memorialization, it became clear, is not a monolithic practice with a monolithic result. Thus the choice facing participants was not whether to remember their most difficult past, but how and to what end.*

Em verdade, o envolvimento integrado institucional público e privado, mais o social, no âmbito das estratégias que promovam a compreensão dos fatos ocorridos no passado – e quiçá presente –, suas conseqüências e soluções, estão associadas ao trabalho de memória coletiva e fortalecimento comunitário.

Vêja-se que os traumas decorrentes de situações como estas não se manifestam somente de forma física, sob o ponto de vista médico, mas envolvem, dentre outras, questões coletivas que têm causas sociais e políticas. Nesse sentido, políticas públicas psicossociais, por exemplo, ajudam na reconstrução do tecido social através do enfrentamento do impacto psicológico individual ou familiar, minorando o modo de afrontar as causas de estresse presentes na raiz do acontecimento traumático, restaurando a cotidianidade e o sentido de controle sobre a própria vida no contexto cultural.⁴

A Memória aqui opera como condição de possibilidade à superação destes problemas, compreendendo contextualmente o ocorrido, já que as feridas se dão em determinado marco histórico. A par disto, estratégias e políticas de memória usam de recursos locais e mecanismos de enfrentamento destas questões, associados a programas com estratégias de reconstrução identitária e democrática dos vínculos societais. Dentre as ações possíveis, pode-se destacar:

(1) Reconstrução do **âmbito** social e cultural, com a utilização de atividades artesanais, artísticas, educativas, promoção de grupos de auto-ajuda, grupos de apoio, etc.;

(2) Apoio individual e familiar centrado no trabalho em grupo, terapia individual e familiar, abrindo espaços para que as pessoas possam compartilhar suas experiências, o que pode ser útil para romper o silêncio;

(3) Treinamento de pessoas locais em capacidades de apoio psicossocial para encarar e tratar o impacto traumático, com apoio e seguimento institucional;

4 BERISTAIN, Martín. *Reconstruir el tejido social. Un enfoque crítico de la ayuda humanitaria*. Barcelona: Icaria, 1999, p.29.

(4) Grupos de auto-ajuda, formados por sobreviventes de conflitos violentos e por familiares dos que morreram ou desapareceram, gerando espaços seguros e amistosos em que pode haver o compartilhamento de experiências.

(5) Importância das formas simbólicas de expressão do reconhecimento do ocorrido, como cerimônias e rituais, evidenciando ícones sociais que mantenham vivas as lições dolorosas do passado (memoriais, parques, placas nas ruas, celebração de aniversários, etc.).⁵

Como diz Joinet:

El problema no es que la memoria nos lleve a vivir mirando hacia atrás. Es precisamente al revés, el presente es inmutable y está atado por el pasado porque se teme el cambio. Y cuando no se deja que se conozca la verdad es porque el sistema no está muerto. Si se dejase, sería un indicador de su muerte, como esos personajes de quienes se empieza a conocer una historia veraz cuando han desaparecido.

El pasado no es una carga de la que librarse, de cuyo peso muerto los vivos pueden o incluso deben deshacerse en su marcha hacia el futuro. El pasado no tira hacia atrás sino que nos presiona hacia delante. Para Hannah Arendt hay tiempos históricos, raros periodos intermedios, en los que el tiempo está determinado tanto por cosas que ya no son como por cosas que todavía no son. En la historia estos intervalos han demostrado en más de una ocasión que pueden contener el momento de la verdad. El intervalo entre el pasado y el futuro no es un continuum, sino un punto de fractura en el que luchamos para hacernos un lugar propio. En esos momentos la memoria de la violencia puede convertirse en una realidad tangible y en una perplejidad para todos, pasando a ser un hecho políticamente relevante.⁶

Em verdade, a elaboração dos traumas causados pelos acontecimentos sob comento demanda reconhecer a necessidade de se

5 INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. *Verdad, justicia y reparación: Desafíos para la democracia y la convivencia social*. Disponível em: www.iidh.ed.cr. Acesso em: 27/05/2011.

6 JOINET, Louis. *Los Derechos Civiles y Políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención*. In Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Presidente-Relator: Sr. Louis JOINET, E/CN.4/2003/8. Na mesma direção o texto de BERGER, Juan. *Y nuestros rostros, mi vida, breves como fotos*. Madrid: Hermann Blume, 2006.

substituir a simultaneidade psicológica do ocorrido (e suas memórias negativas e hegemônicas) por seqüências de passado/presente com vista a superação, fazendo com que se desalojem lastros de agravos e ressentimentos que mantêm as pessoas ligadas demasiadamente a um tempo pretérito interminável. Decorre disto a necessidade daquilo que Jodelet chama de recordação coletiva, enquanto forma de reconhecer que os atos ocorridos foram injustos e que não podem voltar a acontecer.⁷

Veja-se que, na percepção de Alexandra de Brito, enquanto a justiça transicional se encontra localizada e focada mais no que se pode nominar de *transitologia*, ou da política comparativa, dentro da família da ciência política, os estudos de memória emergem da sociologia e dos estudos culturais. Em razão disto, sustenta a autora e com isto concordo, a divisão de trabalho se explica até certo ponto, pois os pactos transitórios são temporariamente limitados, enquanto que o trabalho de memória não tem começo ou fim natural, sendo imperioso que se combine estas perspectivas para compreender melhor os fenômenos de que se ocupam.⁸ Em verdade:

Para aprofundar mais nosso conhecimento sobre a justiça transicional e a política da memória, precisamos combinar várias perspectivas analíticas. Análises de 'equilíbrio de poder' próprias da ciência política, ou a visão de escolha racional que funciona bem ao analisar opções políticas, e análises de custo-benefício, perdem força explanatória quando come-

7 JODELET, Dominique. *Memoire de Masse: le cote moral et affectif de l'histoire*. Paris: Dalloz, 2008, p.27 e seguintes. Vale a advertência de Alexandra de Brito: *memória é uma luta sobre o poder e sobre quem decide o futuro, já que aquilo que as sociedades lembram e esquecem determina suas opções futuras. Mitos e memórias definem o âmbito e a natureza da ação, reordenam a realidade e legitimam o exercício do poder. A política da memória se torna parte do processo de socialização política, ensinando às pessoas como perceber a realidade política e as ajudando a assimilar idéias e opiniões..... Memórias históricas e lembranças coletivas podem ser instrumentos para legitimar discursos, criar fidelidade e justificar ações políticas*. BRITO, Alexandra Barahona de. *A justiça transicional e a política da memória: uma visão global*. In Revista Anistia, vol.I. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p.72.

8 Idem, p.76. Por tais razões é que se entende porque *memórias reprimidas e ignoradas podem 'irromper' décadas depois que a transição de um regime tenha supostamente 'acabado' com essa questão. Um doloroso processo de redescoberta do passado e de reavaliação pode permanecer latente até que algum evento desencadeie a 'irrupção' da memória*.

çamos a examinar a produção de memória social. Devemos combinar as perspectivas da ciência jurídica e ciência política com outras vertentes.⁹

Para os especialistas que trabalham com o tema da memória em circunstâncias como as que estou me referindo, existem ao menos dois tipos de compreensões que se precisa ter sobre os fatos passados, uma fatural e outra moral; a verdade das narrações que contam o que ocorreu e das narrações que buscam explicar por quê isto ocorreu. A primeira supõe um processo de investigação do passado e o conhecimento dos fatos, identificando quem foram os atores que participaram disto e de que forma o fizeram, as conseqüências e as medidas que foram tomadas a respeito. Já a segunda requer todo um processo de envolvimento e interlocução social, político e educativo, a partir do que se criam as condições à superação e aprendizado comprometido à democracia.¹⁰

Quando se fala em sociedades fraturadas por processos de violações de Direitos Humanos e Fundamentais que permanecem alienadas do que passou com seus pares, familiares, amigos, afetos, etc., por ausência de políticas públicas restauradoras da verdade e da justiça, não se está focando em especial o âmbito penal e indenizatório, mas aquele que diz com direitos e garantias majoritários e contra-majoritários da Sociedade Civil em saber sobre os fatos que macularam a República e a Democracia. A fratura aqui é cívica e de Direitos, não importa se afetando diretamente algumas centenas de pessoas, sendo que milhões sequer se interessam pelo tema.

Negar a informação e a formação a quem quer que seja envolvendo estas questões implica por si só violação de Direito Fundamental à Informação e ao Conhecimento, condição de possibilidade para o exercício autônomo e crítico da cidadania, isto porque

9 Idem, p.80.

10 ARENDT Hannah. *De la historia a la acción*. Barcelona: Paidós ICE/UAB, 2002. Por tais razões é que diz que a memória se apresenta como requalificação das referências que compõem a identidade de uma República.

a Memória *compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.*¹¹

Por certo que iniciada a abertura dos dados e documentos condizentes com o período de exceção, o manejo e estudo de tão rico material podem gerar uma profusão incontrolada de outras descobertas de desrespeito aos direitos de que se está falando e outros que sequer se imaginava, isto porque, rompido o silêncio dos poderes instituídos e o segredo de documentos, é muito provável que outros fatos e provas venham a ser conhecidos, ampliando o espectro da memória e da verdade inicialmente demarcada. Mas este é o chamado risco presumido de políticas comprometidas como as que estou defendendo.

Sin embargo, en muchas sociedades fracturadas por hechos traumáticos recientes, el compartir sobre el pasado provoca una polarización en las actitudes hacia la sociedad, o al menos una actitud más negativa de la situación actual, dado que no puede obviarse el impacto de los hechos vividos y las exigencias de justicia y reparación que no han sido escuchadas. La memoria puede entonces hacer explícito un conflicto subyacente para lograr un nuevo equilibrio social.¹²

Assim é que, se a verdade se afigura como necessária na elucidação dos temas em discussão, a reconciliação do Estado e da República para com este tempo passado que se conecta com o presente e futuro de sua gente demanda mais passos e avanços, evitando que esta verdade se transforme tão somente em resultado mercantil de

11 Conforme as disposições dos arts.13 e 19, da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica.

12 GALEANO, Eduardo. *La memoria subversiva. En Tiempo: reencuentro y esperanza. Guatemala: ODHAG, no.96, 1996, p.32. Ainda adverte o autor que: La distorsión de la memoria colectiva, y el no reconocimiento social de los hechos, tiene también efectos en los supervivientes como una privatización del daño, una falta de dignificación de las víctimas y una pérdida de apoyo por parte de las personas más afectadas, que se encuentran así sin marco social para darle un significado positivo a su experiencia.*

ressarcimentos legítimos, mas afiance a função racionalizadora da história comprometida com o desvelamento das fissuras perpetradas à Democracia, ou seja, *resgatar a memória com verdade também é fundamental para elucidar o que é inconsciente e irracional, passando-os à consciência para transcendê-los*.¹³

Por outro lado, não se pode aceitar a manipulação de dados parciais para impor responsabilidades unilaterais pelos fatos ocorridos envolvendo estas questões, porque isto constrói uma memória distorcida e indutora de erros muito graves. Tais situações ocorreram de certa forma na experiência do nazismo alemão, do fascismo italiano, no período posterior à ditadura salazarista em Portugal e franquista na Espanha, só para ficar com a história de países da Europa central, eis que o silêncio e o fomento para o esquecimento forçado geraram profundos equívocos de percepção de vários segmentos sociais, inclusive vitimizado sujeitos que não estiveram envolvidos naqueles atos.¹⁴

Até praticamente a queda do Muro de Berlim a Alemanha oriental não possuía memoriais sobre os judeus mortos, seqüestrados, torturados e desaparecidos no terceiro Reich, a despeito de possuir referências aos movimentos anti-facistas, como diz Sybille Quack, ex-diretor administrativo do Memorial aos Judeus Mortos na Europa:

13 BARBOSA, Marco Antônio Rodrigues. *Direito à Memória e à Verdade*. In *Revista de Direitos Humanos*, vol.1. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República do Brasil. Dezembro de 2008, p.29.

14 Ver o texto de BICKFORD, Louis. *Memorialization and Democracy: State Policy and Civic Action*. Op.cit., p.28. Aqui o autor lembra que: *Jan Munk, director of the Terezín Memorial in the Czech Republic, bore witness to how the communist Czech state controlled public memory as part of its broader program of control. The Czech government established the Terezín Memorial in 1947 to remember the Nazi occupation at the site of the Holocaust ghetto and transport station. Under the communist regime the state controlled the story that was told at the site, describing a struggle against fascism with no mention of the persecution of Jews. In the early 1990s the museum was reconceived and redesigned to address the Jewish Holocaust for the first time. Today the site is officially independent of the state, although the majority of its budget comes from the Ministry of Culture.*

There were no memorials to the victims of the Holocaust in East Germany until the collapse of the Berlin Wall. Official dogma dictated what “conversations about the past” were possible. All over the country there were memorials and plaques remembering the anti-fascist resistance, as well as presenting historical role models for the current society. But the fate of different victims’ groups, and especially of the murdered Jews, was not or almost not remembered.¹⁵

Mas não foi só na experiência europeia que tal ocorreu, basta ver, a título exemplificativo, o caso argentino, em especial pela circunstância das leis conhecidas como Ponto Final e Obediência Devida, as quais criaram condições normativas para que os responsáveis pela perpetração de atos violatórios de Direitos Humanos e Fundamentais fossem isentos de qualquer responsabilidade, a ponto de Bickford sustentar que *During the 1990s, while the state provided economic compensation for the victims of political imprisonment, forced disappearance, and summary execution, it also promoted the impunity of the perpetrators and appealed to those well-worn euphemisms of national reconciliation and the need to leave the painful past behind.*¹⁶

No governo Nestor Kirchner, em especial de 2003 a 2007, aquelas legislações foram revistas pelo Congresso e foram implementadas várias políticas públicas de Verdade e Memória no país, inclusive transformando antigos centros de repressão em memoriais de visitação pública, como é o caso da Escola de Mecânica do Exército – ESMA, um dos locais em que a repressão política era realizada, com torturas e mortes de pessoas.

Estima-se que neste centro clandestino de tortura, onde desapareceram mais de 5.000 pessoas. Os opositores que eram presos na ESMA eram torturados e 90% deles assassinados, sendo fuzilados ou até mesmo jogados vivos de um despenhadeiro para dentro do Rio da Prata. Ainda sim existiam os mortos sob tortura, os quais

15 Idem, p.28.

16 Idem.

eram enterrados no próprio pátio da Escola. Esses fosséis encontrados serviram de ponto inicial para que estudos mais aprofundados fossem feitos sobre a barbárie Argentina, além do próprio prédio da ESMA ainda manter as salas de tortura intactas, com algemas e correntes usadas pelos torturados.¹⁷

No Brasil, a forma como alguns importantes meios de comunicação de massa trataram, na época do Golpe Militar brasileiro, estes temas, evidencia o registro histórico unilateral das complexas variáveis e causas do ocorrido, impondo-se também por isto a problematização desta memória fragmentada.

Esta preocupação com a memória é recorrente inclusive por parte de grupos e indivíduos que participaram como agentes das forças de segurança pública, exemplificando-se aqui com a formação da chamada Fundação Augusto Pinochet, que constitui um Instituto de História do Chile, com vinte e sete (27) centros de estudos e investigação espalhados em todo o país, exatamente para elaborar uma versão da histórica contemporânea chilena de acordo com seus próprios interesses. Estes processos de distorção da memória contam com vários mecanismos de manipulação da verdade, como culpar outros sujeitos sociais pelos fatos e atos ocorridos durante os regimes de força, manipular as associações dos acontecimentos, responsabilizar circunstâncias alheias a vontade dos envolvidos, dentre outros.¹⁸

17 FUNARI, Pedro Paulo A., ZARANKIN, Andrés e REIS, José Alberioni dos (Org.) *Arqueologia da repressão e da resistência na América Latina na era das ditaduras*. São Paulo: Anablume/Fapesp, 2008. Veja-se que, em 1998, o Presidente Carlos Menen tentou destruir este prédio em nome da construção de um outro denominado Monumento da Unidade Nacional, tentando apagar os vestígios do regime de exceção, não conseguindo o intento graças aos movimentos de Direitos Humanos que lutaram contra a idéia.

18 PÁEZ, Diego, VALENCIA, Jesús, PENNEBAKER, Jaime, RIMÉ, Bartolomeu & JODELET, Davi. (EDS). *Memoria Colectiva de Procesos Culturales y Politicos*. Leioa: Editorial de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 1997. Ver também o texto de WILDE, Alexander. *Chile's Memory and Santiago's General Cemetery*. Trabalho apresentado no Latin American Studies Association Congress. September 5–8. Montreal: Canadá, 2007. Entregue impresso no Congresso.

Apesar de difícil e por vezes dolorosa, a memória das atrocidades cometidas se afigura também como uma parte de políticas públicas de prevenção à violência no futuro, assim como contribuem para o desmantelamento dos mecanismos que fizeram possíveis os horrores perpetrados em face dos Direitos Humanos e Fundamentais, reconstruindo algumas relações sociais atingidas por tais processos.

Na Guatemala, por exemplo, há paradigmático relato da constituição da memória a partir da provocação social de base:

Quando en el proyecto REMHI (Guatemala) se empezaron a recoger testimonios en Chicoj, mucha gente quiso dar a conocer su historia de forma pública, pero también compartirla con otras comunidades con las que se encontraban enfrentadas o distantes a consecuencia de la guerra, como una forma de hacer un proceso de reconciliación local. En otros lugares, hablar de lo que pasó llevó también a denunciar cementerios clandestinos, a realizar ceremonias como en Sahakok (Alta Verapaz), en donde los/las ancianos/as soñaron con una cruz en lo alto del cerro donde habían quedado sin enterrar tantas de sus hermanas. Veintiocho comunidades se organizaron para llevar a cabo ese sueño. En la montaña, además de sus restos, quedaron escritos entonces los nombres de novecientas dieciséis personas que la gente había ido recogiendo. La cruz en lo alto de la montaña no es sólo un recuerdo de los muertos, sino una sanción moral contra las atrocidades.¹⁹

Por outro lado, tem-se igualmente várias iniciativas não necessariamente governamentais que operam com informações desta natureza, tais como os chamados *arquivos de documentação repressiva*: o *Arquivo Edgard Leuenroth/UNICAMP*; *Archivo Nacional de la Memoria, CEDINCI, Memoria Abierta, Centro de Documentación de la Comisión Provincial por la Memoria/La Plata, CELS (AR)*; o *Archivo del Horror (PY)*; *Ministério Relações Exteriores e SERPAJ (UY)*.²⁰

19 ODHAG - Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala. *Informe Proyecto InterDiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica: Guatemala: Nunca Más*. Vol. I, Impactos de la Violencia. Tibás, LIL/Arzobispado de Guatemala, Costa Rica, 1998, p.113.

20 <http://www.historiaoraluba.org/index.php?option=com_content&view=article&id=10:simposio-ditaduras-de-seguranca-nacional-no-cone-sul>, acesso em 25/07/2011.

Estas formas de recordação e memória proporcionam também certa consciência social e estímulos à vida das pessoas que foram atingidas direta ou indiretamente pelos acontecimentos violentos, conquistando espaços para os fins de constituir a opinião pública no sentido de se romper definitivamente as espirais de violência que marcaram o tratamento da política e da divergência em tempos passados. Como bem lembra Carmen Pérez:

Rememorar é um ato político. Nos fragmentos da memória encontramos atravessamentos históricos e culturais, fios e franjas que compõem o tecido social, o que nos permite ressignificar o trabalho com a memória como uma prática de resistência. (...) São nas ausências, vazios e silêncios, produzidos pelas múltiplas formas de dominação, que se produzem as múltiplas formas de resistência (...) que, fundadas no inconformismo e na indignação perante o que existe, expressam as lutas dos diferentes agentes (pessoas e grupos) pela superação e transformação de suas condições de existência.²¹

Lembro, no particular, que este discernimento social de que falo pode operar enquanto instrumento capaz de servir como *metro di legittimità delle leggi pubbliche, che si giustificano in ultima istanza solo grazie alla forza dell'argomento migliore*.²² Com tais premissas habermasianas chego à de que a opinião pública racional não se resume – como queriam os liberais – a uma forma de limitação do poder, mas apresenta-se como a superação do domínio arbitrário do poder, a dissolução deste poder e da própria soberania em pura racionalidade argumentativa e inclusiva.

A busca pela memória tem também impactos no âmbito da emoção das pessoas envolvidas ou não, pois os testemunhos, documentos e informações condizentes com estes períodos tocam de for-

21 PÉREZ, Carmen Lúcia Vidal. O lugar da memória e a memória do lugar na formação de professores: a reinvenção da escola como uma comunidade investigativa. In: *Reunião Anual da Anped*, 26, 2003, p. 5. Disponível em: <<http://www.anped.org.br/reunioes/26/trabalhos>>.

22 HABERMAS, Jürgen. *Sul concetto di partecipazione politica*. Roma: Einaudi, p.29.

ma diferenciada na sensibilidade de cada qual, desejando inclusive algumas vítimas, por vezes, esquecer o ocorrido, eis que *el recuerdo produce dolor*.²³ Como diz Thompson:

Por parte de quienes recogen esos testimonios y memorias, se necesitan aptitudes y actitudes de escucha y respeto, así como tener en cuenta un tiempo posterior de apoyo y no sólo los criterios formales de tipo organizativo. Las actitudes y trabas burocráticas forman parte también de la impunidad. Hay que poner atención a los procesos locales y respetar el ritmo de las comunidades para que los procesos legales y técnicos no se conviertan en un obstáculo más.²⁴

Destaca-se aqui o valor da memória coletiva que transmite às gerações presentes e futuras aprendizagens – a partir da experiência de seus antecessores – que evitem a repetição da violência que estes e o país como um todo sofreram.

Não é de se esquecer os efeitos que a ausência da memória causa em qualquer ambiente social – mesmo nos mais desenvolvidos econômica e culturalmente, basta ver o retorno ao poder de alguns repressores ou regimes de força por todo o Ocidente, o aumento dos movimentos de direitas fundamentalistas, o racismo na Europa, o fato de que líderes que no passado colaboraram com o nazismo e a repressão stalinista estejam se erigindo hoje como representantes de novos nacionalismos, dentre outras situações.

De acordo com Pennebaker, Páez & Rime, para possibilitar que a memória cumpra o papel que se está desenhando aqui é preciso que: (a) os fatos sejam recordados de forma compartilhada e expressos em rituais e monumentos; (b) deve esta memória tratar do passado, presente e futuro das gerações envolvidas; (c) deve explicar e esclarecer o ocorrido dentro do possível; (d) deve extrair lições e

23 THOMPSON, Paul. *La voz del pasado*. Valência: Alfons el Magnanim, 2008, p.62.

24 Idem. Ademais, lembra o autor que: *La participación de las poblaciones afectadas, su capacidad de decisión, la claridad en los criterios y la equidad de los mismos, así como su reconocimiento como contribución -no sustitución- a la necesidad de justicia, suponen un conjunto de aspectos básicos que las acciones de reparación deberían tener en cuenta.*

conclusões para o presente e futuro, ordenada e sistematicamente, gerando políticas públicas de ação pró-ativa em face dos Direitos Humanos e Fundamentais; (e) evitar a fixação no passado deste processo e de suas conclusões, assim como a repetição obsessiva e a estigmatização dos sobreviventes como vítimas; (f) cuidar para que não haja distorções ideológicas e corporativas dos fatos e atos recordados, isto porque *las naciones no se reconcilian como pueden hacerlo las personas, pero se necesitan gestos públicos y creíbles que ayuden a dignificar a las víctimas, enterrar a los muertos y separarse del pasado.*²⁵

É óbvio que para se trilhar este caminho da memória responsável é necessária vontade política por parte de governo e Sociedade Civil, com coerência no sentido de superar estereótipos e atitudes excludentes entre distintos grupos sociais ou forças políticas de oposição (e mesmo interesses de outras forças aliadas ao regime militar), haja vista que *sin un cambio de cultura política no sólo disminuyen las posibilidades de unir fuerzas que provoquen cambios sociales, sino que se corre el riesgo de nuevos procesos de confrontación y división que pueden afectar seriamente al tejido social.*²⁶

A memória, assim, tem por finalidade romper as tendências de vingança intergeracional, substituir vícios e crescente risco da violência pela virtuosidade do respeito mútuo. Sem a recordação emancipadora de que estou tratando, o passado não volta ao seu posto paradigmático de diretriz e experiência para todos, mantendo-se como um fantasma insepulto que mais fomenta a discórdia do que a reconciliação.

Veja-se que, por inexistir esta memória, ainda há compreensões equivocadas – porque parciais também – dos fatos ocorridos no regime militar brasileiro, o que acaba influenciando a retroalimentação da própria formação dos presentes e futuros agentes das forças públicas, como bem refere Leandro Fortes:

25 PÁEZ, Diego, VALENCIA, Jesús, PENNEBAKER, Jaime, RIMÉ, Bartolomeu & JODELET, Davi. (EDS). *Memoria Colectiva de Procesos Culturales y Politicos*. Op.cit., p.40.

26 BERGER Juan. *Y nuestros rostros, mi vida, breves como fotos*. Op.cit., p.33.

Ainda não surgiu, infelizmente, um ministro da Defesa capaz de tomar para si a única e urgente responsabilidade do titular da pasta sobre as forças armadas brasileiras: desconectar uma dúzia de gerações de militares, sobretudo as mais novas, da história da ditadura militar brasileira. A omissão de sucessivos governos civis, de José Sarney a Luiz Inácio Lula da Silva, em relação à formação dos militares brasileiros tem garantido a perpetuação, quase intacta, da doutrina de segurança nacional dentro dos quartéis nacionais, de forma que é possível notar uma triste sintonia de discurso – anticomunista, reacionário e conservador – do tenente ao general, obrigados, sabe-se lá por que, a defender o indefensável. Trata-se de uma lógica histórica perversa que se alimenta de factóides e interpretações de má fé, como essa de que, ao instituir uma Comissão Nacional da Verdade, o governo pretende rever a Lei de Anistia, de 1979.²⁷

Ter esta memória significa, pois, poder chorar os mortos e compartilhar seus ensinamentos com honra e respeito, extraíndo daí a consciência de que violência não devolve suas vidas, mas sim homenageia a causa de luta por uma vida democrática e livre.

As formas possíveis de densificação material de tais demandas podem ser as mais diversas, desde a criação de sítios virtuais históricos²⁸, monumentos e museus temáticos, projetos conceituais de exposições de arte, fotografia²⁹, música, literatura, filmes, etc., even-

27 <<http://brasiliaeuvl.wordpress.com/2010/01/02/a-longa-despedida-da-ditadura/>>, acessado em 28/06/2011.

28 Veja-se a experiência do International Coalition of Historic Site Museums of Conscience, in <<http://www.sitesofconscience.org/>>, em especial o vídeo de apresentação de seu trabalho no <http://www.youtube.com/watch?v=_hNnSGflpAE&feature=player_embedded>, acesso em 12/07/2011. Neste ponto, é muito consciente para os editores dos Sítios da Consciência que: *These are places of memory that take deliberate steps both to remember the past and open public dialogue about confronting contemporary legacies. Sites of Conscience share the goal of "Never Again": of preventing past abuses from recurring. They also recognize that simply creating a public memorial to that past abuse in no way guarantees that it will not reoccur. Instead they work from the premise that the best bulwark against human rights abuse is an active, engaged citizenry with the awareness, freedom, and inspiration to stop abuse before it starts.*

29 É muito interessante a afirmação de DE PAULA, 1988, apud ROCHA, in Revista Anistia Política e Justiça de Transição, p.101, 2009, ao sustentar que *em certas ocasiões, a fotografia pode auxiliar o trabalho de um historiador não pela presença de informações, mas pela sua ausência. Nesse caso, ao invés de uma resposta, a imagem fornece uma pergunta que leva à procura de outras fontes complementares, quase sempre alterando a direção dos estudos e induzindo a novas interpretações.*

tos comemorativos, dentre outras. Todavia, para tanto, mister é que se criem mecanismos de sensibilização pública da Sociedade Civil como um todo, sob pena das políticas públicas citadas não surtirem os efeitos necessários.³⁰ Neste ponto, experiências internacionais têm ensinado muito sobre a matéria, como diz Louis Bickford:

Morocco, where debates about how to memorialize former torture centers are playing out regularly in the press; Chile, where President Bachelet's proposed "Museum of Memory" has launched vigorous debate; and Cambodia, where two of the top four tourist sites in the capital city are sites related to genocide. Recognizing the power and potential of memorialization, NGOs, victims' groups, and truth commissions from Peru to Sierra Leone have advocated for memorialization as a key component of reform and transitional justice³¹

A verdade é que, usando de estratégias adequadas e democraticamente consensuadas, as inúmeras formas de memoriais públicos referidas podem contribuir à construção ampla de perspectivas culturais envolvendo diálogos geracionais entre diferentes comunidades, engajando novas pessoas e grupos a partir das lições do passado, o que se afigura definitivo na delimitação de identidades democráticas compromissadas à proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais.

Assim, para além de prevenir a repetição dos abusos cometidos contra direitos e garantias fundamentais, os memoriais estabelecem outro tipo de interlocução simbólica com a Sociedade (que

30 Questionam KIZA, Ernesto, RATHGEBER, Corene, and ROHNE, Holger-C. *Victims of War: An Empirical Study on War-Victimization and Victims' Attitudes Toward Addressing Atrocities*. London: Oxford, University Press, 2010, p.79: *Who should be involved and how? Monolithic state projects with insufficient community involvement can be resented by the very people they ostensibly honor... A memorial can awaken this consciousness and return the person to their beginnings, to their intuition and connect them to this quality which Andean spiritual teachers call munay, which means the ability to cure the heart. From this source introspection and dialogue can begin.*

31 BICKFORD, Louis. *Memorialization and Democracy: State Policy and Civic Action*. Op.cit.,p.61. Diz anda o autor que: *Deliberate local, national, and international strategies are required to ensure that memorials do not undermine other democracy-building efforts but rather complement such initiatives. One of the key actors is government, which can play an important role in helping support initiatives through public policy.*

não exclusivamente a de honrar os que tombaram), provocando certo olhar para dentro de cada geração e experiência, fazendo pensar criticamente sobre a história e que forças poderosas intestinais da Comunidade fomentaram e mesmo deixaram surgir o gérmen da violência e da opressão política.³²

E por que é tão importante a participação social aqui? Quem responde acertadamente e pela perspectiva dos atos de tortura perpetrados no regime militar é Arantes e Pontual:

(...)...a tortura envolve três atores – o torturado, o torturador e a sociedade que a permite –, podemos dizer que todos estão silenciados. O torturador, porque não irá dizer de sua prática, se não for exigido; o torturado não revelará, porque ainda muito raramente lhe é dada a palavra, a não ser em situações protegidas e particulares, mesmo assim, trata-se sempre de uma experiência dolorosa; e a sociedade, como corolário, não a repudia porque tem pouco acesso às informações, e é permanentemente estimulada à convivência e à banalização da tortura através da contundente propaganda midiática a favor de sua prática.³³

Em face de sua natureza política controvertida, quaisquer projetos de Memória envolvendo regimes de força pública ditatoriais sempre apresentam riscos associados as suas promessas, pois dependem dos processos que vão sustentar seus desenvolvimentos e administrações – basta lembrar-se dos projetos envolvendo questões étnicas, como na Jugoslávia e Ruanda, países em que as profundas divisões sociais provocaram índices de violência tremendos.

32 É interessante, neste sentido, a advertência de HAYDEN, Dolores. *The Power of Place: Urban Landscapes as Public History*. Cambridge, MA: MIT Press, 2007, p.31: *Although this linkage with moral or collective reparations is important, it would be wrong to see memorials and Sites of Conscience only as symbolic reparations. This classification does not adequately capture memorials' potential to provide spaces for civic engagement that can support a wide range of democracy-building strategies over the long term.*

33 ARANTES, Maria Auxiliadora de Almeida Cunha e PONTUAL, Pedro. *Tortura, desaparecidos políticos e direitos humanos. In Brasil. Direitos Humanos: percepções da opinião pública: análises de pesquisa nacional/org. Gustavo Venturi. – Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010, p.17. Mais adiante ainda refere que: o torturado se apresenta como testemunha encarnada de uma ferida que concerne a humanidade inteira. Seu corpo ferido se oferece como símbolo, como bandeira onde se inscreve o que nele foi atingido.*

Mas persiste a pergunta: Que setores da sociedade e qual o leque de temas deveriam estar envolvidos para garantir que a memorização dê suporte mais do que fragilize a justiça e a democracia? A resposta é simples, todos devem se sentir envolvidos e participantes deste processo, pelo simples fato de que o bem da vida que se busca preservar é a liberdade e a igualdade, em todas as suas formas, bem como a democracia enquanto valor universal. Sobre os temas, todos os que possam ampliar a sensibilização pública à formação de uma cidadania ativa em prol dos Direitos e Garantias Fundamentais – o que envolve as ações que referi mais acima.³⁴

Por estas razões é que a Memória não pode permanecer inerte em face dos fatos ocorridos, e com certeza isto tem ocorrido em decorrência dela ser compreendida como campo fora do processo político-institucional, relegada ao âmbito *soft da esfera cultural, como objeto de sofisticação artística que circula em ambiências mais privadas do que públicas (exposições de fotos, pinturas, concertos, shows, manifestações literárias isoladas), deixando de constituir políticas de Estado e Governo – e, portanto, assistemáticas, sem mensuração de alcance social e conscientização comunitária.*³⁵ Como diz Theodore Jennings Jr.:

34 Bickford ainda lembra de outras ações específicas nesta direção: *Activating a former detention center as an ongoing space for citizen engagement on current human rights issues should include human rights activists to connect the site and its stories to ongoing prosecutions; urban planners to help guide its physical development and public access; educators to integrate its history into school curricula; historic preservationists, artists, and exhibit designers to preserve the site as a museum; and tourism managers to promote visitation.*

35 Só para lembrar RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2007, p.451 e seguintes, pode-se conceber vários tipos de Memória, dentre as quais: (a) *memória impedida* (p.452), equivalente à de Freud (o passado é esquecido intencionalmente por causa do trauma, mas reaparece de forma cíclica, exatamente porque ficou reprimida, sendo que no âmbito coletivo ela toma proporções gigantescas; (b) *memória manipulada* (p.455), associada à distorção da memorialização pública; (c) *esquecimento comandado* (p.459) é o esquecimento “imposto” pela autoridade política, por diversas estratégias, inclusive ditatoriais.

Whereas truth commissions, judicial processes, police reform, and other mechanisms for addressing the past are subject to public scrutiny, few nations or communities have developed analogous expectations, let alone standards of accountability, for memorialization. Yet millions of people mobilize around memorials as important spaces for expressing personal connections to political issues.³⁶

Decorre daqui também a necessidade de reconhecer a interdisciplinariedade dos multifacetados temas que trata esta questão da Memória, a ponto de, inclusive internacionalmente, reunir teóricos, práticos e militantes de Direitos Humanos, setores públicos e privados que se envolvem com políticas públicas individuais e sociais nesta área, nem tanto preocupados em desenvolver prescrições ou fórmulas definitivas no sentido do que projetos envolvendo deveriam perseguir, mas mais preocupados em criar estratégias inovadoras de sensibilização e consciência social, a partir do que se pode constituir opinião pública qualificada para fins de compromisso e integração social.

A literatura internacional tem feito muitas referências à experiência chilena neste âmbito, em especial envolvendo a chamada Villa Grimaldi Peace Park³⁷, onde se construiu memoriais muito significativos, tais quais os de Pisagua e Lonquén, dando conta da heterogeneidade regional e social dos períodos de repressão, gerando, por sua vez, importante proliferação de memorializações no restan-

36 JENNINGS JR., Theodore. *Reading Derrida / Thinking Paul: On Justice (Cultural Memory in the Present)*. New York: Macmillan, 2010, p.22. Diz ainda o autor que: *At worst, excluding memorials from political analysis and public accountability can undermine peace-building and reconstruction processes, providing zones of "symbolic" politics where both national governments and local constituents may promote divisive or repressive messages in ways they could not in other spheres.*

37 Lembra o *Informe de la Comision de Verdad y Reconciliacion*, publicado pela Corporacion Nacional de Verdad y Reconciliación, Santiago, 1996, que esta localidade servira antes de espaço para detenções do regime militar, onde inclusive ficaram detidas a Presidente Bachelet e sua mãe por longo tempo, agora transformada em espaço de memória democrático e aberto ao público.

te do país, com formação de novos movimentos sociais (*Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos y de Ejecutados Políticos; Mujeres de Memória, dentre outros*).³⁸

Uma das iniciativas desenvolvidas na Villa Grimaldi que merece destaque em todo o mundo é o chamado Arquivo Oral, financiado pela Fundação Ford e que consiste na formatação de um banco de dados de testemunhas de experiências pessoais envolvendo os regimes de exceção perpetrados pelos regimes militares no Chile. Em 2010, já com financiamento da União Européia, este projeto iniciou suas atividades de expansão expositiva, no sentido de abrir ao público com mais recursos virtuais (infra-estrutura, catalogação e equipamentos) os dados destes arquivos, contando hoje com cerca de 120 testemunhos passíveis de divulgação.

Ao longo deste processo, conseguiram desenvolver ainda um sistema de consultas baseado em programa de busca e catálogo que permite acessar os testemunhos da coleção a partir de registros simples e avançados, sendo orientado por resumos de cada um, com palavras chaves associadas. Tais dados e informações oportunizaram recentemente a criação de 03 documentários educativos desenvolvidos em conjunto com o sistema de educação chileno, nominados de *Archivos orales, pedagogía y comunicaci3n, os quais podem ser encontrados, ao menos em parte, em sítio eletrônico específico*.³⁹

Só para se ter uma idéia dos aspectos simbólicos da Memória, que podem ser viabilizados por estratégias e políticas públicas objetivas, cito o exemplo da África do Sul, quando construiu o novo prédio da sua Corte Constitucional ao lado *do Old Fort Prision, uma*

38 BICKFORD, Louis. *Memorialization and Democracy: State Policy and Civic Action*. Op.cit., p.74. O autor chega a afirmar que: *In the wake of Pinochet's death Chile serves as a productive starting point to explore how and whether nations should construct policies for preserving sites with controversial histories*.

39 In <<http://www.villagrimaldi.cl/archivo-oral/videos-y-documentos.html>>, acessado em 12/07/2011. Ver também o excelente texto de BRETT, Sebastian; BICKFORD, Louis; SEVCENKO, Liz e RIOS, Marcela. In *Memorialization and Democracy: State Policy and Civic Action*. June 20-22. Santiago: Gobierno de Chile, 2007.

*casa de detenção de presos políticos do Estado. Outro importante ícone sul-africano é o Freedom Park, localizado em uma área de 52ha, na localidade de Salvokop Hill, na entrada de Tswane – Pretória, Johannesburg.*⁴⁰Vai na mesma linha a iniciativa da cidade de Lima, Peru, construindo o espaço urbano que chama O Olho que Chora:

Este é um trabalho que os Observatórios da Verdade, Memória e Justiça, a serem instalados em Universidades brasileiras, conforme o Plano Nacional de Direitos Humanos – 3 (PNDH-3), em seu Eixo VI, diretriz 24, poderia desenvolver, juntamente com outros organismos sociais, como os Comitês Estaduais de Direito à Verdade, Memória e Justiça. A partir dele, poder-se-ia implantar políticas públicas de educação no ensino básico, fundamental e até o universitário, assim como produzir material à sensibilização pública dos movimentos sociais organizados e da comunidade em geral sob os temas em comento.

Ganha força o argumento de Bickford, no sentido de que: *The duty to establish the truth can be a form of symbolic reparation for the victims and their families; and memorials, if developed as inclusive spaces for dialogue on contemporary issues, can help strengthen democratic values and a culture of respect for human rights.*⁴¹

Penso que aquele conceito do mesmo autor atinente à Memória como uma chave-componente de reformas e justiça transicional – referido antes - é muito rico, pois dá o exato sentido da intenção pacificadora e de reconciliação das ações públicas voltadas para tanto com grupos e bens jurídicos violados contra-majoritários. E é isto que quero tratar agora: da legitimidade democrática da memória contra-majoritária enquanto Direito Fundamental Social, para depois verificar algumas maneiras de se dar efetividade a ela.

40 <http://www.places.co.za/html/freedom_park.html>, acesso em 22/08/2011.

41 BICKFORD, Louis. *Unofficial Truth Projects*. In *Human Rights Quarterly* 29, no. 4 (November 2007), 994–1035, p. 997.

1.1. A legitimidade democrática da memória contra-majoritária como Direito Fundamental Social

De pronto quero reconhecer que a teoria política tem discutido desde há muito a relação sempre tensa entre soberania popular, democracia e Direitos Humanos, perguntando se cidadãos livres e iguais devem se conceder reciprocamente Direitos Fundamentais se quiserem regulamentar a sua vida em comum por meio do direito positivo, quais seriam estes direitos?⁴² Parte-se aqui do princípio segundo o qual devem almejar legitimidade exatamente aquelas regulamentações com as quais todos os possivelmente atingidos poderiam concordar como participantes dos discursos racionais, destacando que, *nos discursos os participantes, à medida que procuram convencer uns aos outros com argumentos, querem atingir visões comuns, enquanto nas negociações [Verhandlungen] visam equacionar os seus interesses diferentes.*⁴³

Neste quadro de idéias, o nexó interno entre os Direitos Humanos e a soberania popular consiste no fato de que os primeiros apresentam-se, ao mesmo tempo, como resultado da comunicação política na história, e institucionalizam as condições de comunicação para a formação da vontade política racional. Tais direitos –

42 Vale aqui a referência de Jessé Souza, no sentido de que na análise da relação entre autonomia privada e autonomia pública, Habermas segue a interpretação predominante do pensamento de Kant e Rousseau, no sentido de que, neles, os Direitos Humanos moralmente fundamentados e o princípio da soberania do povo estariam em uma relação inconfessada de concorrência. Assim sendo, sem desconhecer a tensão entre autonomia privada e autonomia pública, enfatiza, no seu estilo reconstrutivo, “a unidade de soberania do povo e Direitos Humanos e, portanto, a origem comum da autonomia política e privada” ou a “relação de pressuposição recíproca” entre ambas. SOUZA, Jessé. *Democracia hoje: novos desafios para a teoria contemporânea*. Brasília: UnB, 2001, p.120.

43 Idem, p.148. Registre-se que já se pode perceber desde aqui, ao menos sob o ponto de vista interno, a indicação de existência de uma tensão entre validade e faticidade dos comandos normativos que regulam a vida social, manifestada inicialmente na relação entre positividade e legitimidade, ou seja, o direito vale não apenas porque é posto, e sim enquanto é posto de acordo com um procedimento democrático, no qual se expressa intersubjetivamente a autonomia dos cidadãos.

que devem garantir a todos chances iguais para conquistarem os seus objetivos privados na vida e uma proteção jurídica individual abrangente – possuem evidentemente um valor intrínseco, construído historicamente pela sociedade, e não são como que absorvidos no seu valor instrumental para a formação democrática da vontade, razão pela qual mantém um fundamento de validade axiológico, travestido pelos códigos lingüísticos do direito (notadamente constitucional).⁴⁴

A conclusão fática e operacional daquele nexos é a de que as autonomias privada e pública pressupõem-se reciprocamente, isto é, o nexos interno da democracia com o Estado de Direito consiste no fato de que, por um lado, os cidadãos só poderão utilizar condizentemente a sua autonomia pública se forem suficientemente independentes graças a uma autonomia privada assegurada de modo igualitário. Por outro lado, só poderão usufruir de modo igualitário da autonomia privada se eles, como cidadãos, fizerem uso adequado de sua autonomia política.

No plano da elaboração constitucional, por sua vez, a decisão majoritária irradia sua vontade por toda a organização sociopolítica do Estado, cumprindo aos poderes da República e seus integrantes conduzirem-se em acordo com os ditames constitucionais. Ao mesmo tempo, estas prescrições constitucionais passam a contemplar também os direitos de natureza individual, isto é, aqueles que garantem o pleno exercício da autonomia privada dos indivíduos. A legitimidade do Estado Constitucional de Direito é haurida, portanto, simultaneamente da soberania popular e da *rule of Law*.

De qualquer sorte, pode-se dizer que o modelo de práxis que gera a Constituição Moderna, e nela os Direitos Fundamentais, é compreendido de tal modo que os Direitos Humanos não são encontrados como dados morais, mas afiguram-se como verdadeiros constructos

44 HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, p.132.

societais, os quais, por serem positivos, não podem ter um *status político facultativo como a moral*⁴⁵. Como direito subjetivo que se transformam (por exemplo, em Direitos Fundamentais transportados para tratados internacionais e para as constituições dos Estados Nacionais), apontam para uma positivação com base em entidades legislativas, pela via da representação parlamentar, bem como contam com toda a estrutura do Estado Moderno (Poder Executivo e Judiciário) à sua efetividade.

Daqui a rica assertiva de Habermas no sentido de que a idéia dos Direitos Humanos, vertida em Direitos Fundamentais, não pode ser imposta ao legislador soberano a partir de fora, como se fora uma limitação, nem ser simplesmente instrumentalizada como um requisito funcional necessário aos seus fins, considerando-se, assim, que *Direitos Humanos e soberania popular, em verdade, afiguram-se como co-originários, ou seja, um não é possível sem o outro*.⁴⁶

Ocorre que, a partir desta nova plasticidade normativa que aqueles Direitos imprimem nos sistemas jurídicos ocidentais, impõe-se a superação do conceito de direitos subjetivos enraizada na tradição lockiana, renovada pelo neoliberalismo, calcada num individualismo possessivo que ignora o fato de que reivindicações de direito individuais só podem ser derivadas de normas *preexistentes*, e a bem da verdade reconhecidas de modo intersubjetivo por uma comunidade jurídica.⁴⁷

Por isso, deve-se livrar a compreensão dos Direitos Humanos do fardo metafísico da suposição de um indivíduo existente antes de qualquer socialização e que como que vem ao mundo com direitos naturais. Junta-

45 Aliás, Habermas deixa claro que *direitos subjetivos são uma espécie de capa protetora para a condução da vida privada das pessoas individuais, mas em um duplo sentido: eles protegem não apenas a perseguição escrupulosa de um modelo de vida ético, mas também uma orientação pelas preferências próprias de cada um, livre de considerações morais*. Op.cit., p.156.

46 HABERMAS, Jürgen. *O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios*. In *A Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.155.

47 Op.cit., 158.

mente com essa tese “ocidental” é descartada também a necessidade de uma antítese “oriental” segundo a qual as reivindicações da comunidade merecem precedência diante das reivindicações de direito individuais. A alternativa “individualistas” versus “coletivistas” torna-se vazia quando se incorpora aos conceitos fundamentais do direito a unidade dos processos opostos de individualização e de socialização. Porque também as pessoas jurídicas individuais só são individuadas no caminho da socialização, a integridade da pessoa particular só pode ser protegida juntamente com o acesso livre àquelas relações interpessoais e às tradições culturais nas quais ela pode manter sua identidade. O individualismo compreendido de modo correto permanece incompleto sem essa dose de “comunitarismo”.⁴⁸

Em outras palavras, quer-se com isto elevar a Sociedade a níveis de descentralização amplos, que diferencia e autonomiza com a opinião pública qualificada cenários propícios à constatação, identificação e tratamento de problemas pertinentes à comunidade como um todo. Por outro lado, e é importante deixar isto claro aqui, não há dúvidas de que se impõe a necessidade de conversão desta opinião pública autonomamente constituída em decisões tomadas por corpos deliberativos também democraticamente constituídos e regulados (sufrágio, partidos políticos, parlamento, processo legislativo, administração pública, etc.), dentre eles, na espécie, a necessária aprovação da Comissão da Verdade que se encontra no Congresso Brasileiro nesta quadra histórica (julho de 2011).⁴⁹

48 Idem, p.159. Importa lembrar que o autor alemão está consciente, novamente, de que a concepção dos Direitos Humanos construída pela Modernidade Ocidental foi a resposta europeia às conseqüências políticas da cisão confessional, problema este diante do qual outras culturas encontram-se de modo semelhante hoje em dia. Além disso, o conflito das culturas dá-se dentro da moldura de uma sociedade mundial na qual os atores coletivos, independentemente das suas diferentes tradições culturais, devem concordar, quer queiram quer não, quanto às normas da vida em comum.

49 Como lembra Habermas, a responsabilidade pela formação da vontade deve, pois, ser assentada numa instituição burocrática, uma vez que os discursos apenas geram um *communicative power that cannot take the place of administration but can only influence it*; uma influência limitada *to the procurement and withdrawal of legitimation*. HABERMAS, Jürgen. *Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State*. In BERGUER, Samuel. (ed.) *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. New York: Sendell Editors, 2006, p.82.

O problema é que toda e qualquer decisão política não pode se sustentar somente na lógica da vontade das maiorias – mesmo que por amostragem parlamentar e representativa –, eis que para aquém ou além delas há interesses e vontades de minorias, igualmente protegidas pelo sistema jurídico internacional (através, por exemplo, da Declaração dos Direitos das Minorias), e nacional – ex vi a Constituição Brasileira que garante o Direito Fundamental à Igualdade e a não discriminação –, decorrendo daí o reconhecimento do que posso chamar de Direito à Identidade, no sentido de ser reconhecido como diferente e ter direito à diferença.

É interessante a posição da Embaixada Americana no Brasil sobre o tema:

Superficialmente, os princípios da maioria e a proteção dos direitos individuais e das minorias podem parecer contraditórios. Na realidade, contudo, estes princípios são pilares gêmeos que sustentam a mesma base daquilo que designamos por governo democrático:

- Governo da maioria é um meio para organizar o governo e decidir sobre assuntos públicos; não é uma outra via para a opressão. Assim como um grupo auto-nomeado não tem o direito de oprimir os outros, também nenhuma maioria, mesmo numa democracia, deve tirar os direitos e as liberdades fundamentais de um grupo minoritário ou de um indivíduo.
- As minorias — seja devido à sua origem étnica, convicção religiosa, localização geográfica, nível de renda ou simplesmente por ter perdido as eleições ou o debate político — desfrutam de direitos humanos fundamentais garantidos que nenhum governo e nenhuma maioria, eleita ou não, podem tirar.
- As minorias devem acreditar que o governo vai proteger os seus direitos e a sua identidade própria. Feito isto, esses grupos podem participar e contribuir para as instituições democráticas do seu país.
- Entre os direitos humanos fundamentais que qualquer governo democrático deve proteger estão a liberdade de expressão; a liberdade de religião e de crença; julgamento justo e igual proteção legal; e liberdade de organizar, denunciar, discordar e participar plenamente na vida pública da sua sociedade.
- As democracias entendem que proteger os direitos das minorias para apoiar a identidade cultural, práticas sociais, consciências individuais e atividades religiosas é uma de suas tarefas principais.

- A aceitação de grupos étnicos e culturais, que parecem estranhos e mesmo esquisitos para a maioria, pode ser um dos maiores desafios que um governo democrático tem que enfrentar. Mas as democracias reconhecem que a diversidade pode ser uma vantagem enorme. Tratam estas diferenças na identidade, na cultura e nos valores como um desafio que pode reforçar e enriquecê-los e não como uma ameaça.
- Pode não haver uma resposta única a como são resolvidas as diferenças das minorias em termos de opiniões e valores — apenas a certeza de que só através do processo democrático de tolerância, debate e disposição para negociar é que as sociedades livres podem chegar a acordos que abranjam os pilares gêmeos do governo da maioria e dos direitos das minorias.

Por certo que a diferença que trato aqui não é a tradicionalmente enfrentada pelos movimentos de minorias sociais (étnicas, sexuais, religiosas, culturais, etc.), mas o atinente a um segmento da Sociedade brasileira em menor número que sofreu violações de origem e fundamento comuns, praticada por agentes públicos encarregados da *Segurança do Estado*. Pelo fato deles não representarem a maior parte quantitativa da Nação brasileira – pelo contrário -, não merecem o reconhecimento da República sobre os Direitos Civis e Políticos que lhes foram violados? Em face do desconforto vergonhoso que o tema eventualmente possa trazer à maior parte quantitativa da população – exatamente por desconhecer o ocorrido (dentre outras causas) -, pode-se impor silêncio e segredo ao que se passou?

Afigura-se-me óbvia a resposta negativa às perguntas enunciadas, exatamente por reconhecer a natureza de fundamentalidade dos Direitos sob comento, indisponíveis em face de interesses privados ou públicos que venham de encontro ao que buscam proteger, ou seja, mesmo que alguma Administração Pública em particular ou pessoas físicas e jurídicas de direito privado – envolvidos direta ou indiretamente - não desejem dar conhecimento ao ocorrido, tal pretensão não se mostra legítima diante das demandas democráticas de uma República que quer a Verdade enquanto condição de possibilidade da sua própria história. Por tais razões que Bickford

insiste com a tese de que: *All memorials have both a private side (often, their designers are seeking to create a space for mourning, healing, solemnity, and personal reflection) as well as a public side. This distinction may be seen in sociological terms as the difference between so-called “sacred” and “profane” space.*⁵⁰

Os fundamentos de validade, pois, dos interesses e direitos – de minorias e maiorias – são os valores democráticos constituídos na história da civilização ocidental e suas conseqüências formatativas normativas (Direitos Humanos e Fundamentais), notadamente constitucionais, razão pela qual não se apresentam legítimas as pretensões, a meu juízo, de minorias que propugnam *viewpoints and historical perspectives defended by Holocaust deniers, apologists for race discrimination, nostalgic Stalinists, or champions of the anticommunist crusade that led to tens of thousands of deaths.*⁵¹

Vai nesta direção a postura de um ex-Diretor da Faculdade Latinoamericana de Ciências Sociais - FLACSO, no Chile, Dr. Claudio Fuentes, ao dizer que:

For some the state's job is to reflect a plural memory, the memory of all sides, of society as a whole. Public policies must make it their business to reflect diversity, they say. A central question that must be addressed is whether there is room for all memories in defining a public policy. In my

50 BICKFORD, Louis. *Memorialization and Democracy: State Policy and Civic Action*. Op.cit., p.89. Ver também o texto de LIFTON, Robert Jay and OLSON, Eric. *Symbolic Immortality*. In ROBEN, Antonius C.G.M. (Editor). *Death, Mourning, and Burial: a Cross-cultural Reader*. Malden, MA: Blackwell, 2006. Para além disto, o autor ainda sustenta que é preciso se perguntar sobre este tema: *Who and what should be remembered? Must all stories be included? For whom are we remembering? Are all memorials open to everyone? Should our memorials focus on serving our immediate needs or take the long view?*

51 DMITRIJEVI, Nenad. *Justice beyond blame: moral justification of (the idea of) a truth*. In *Journal of Conflict Resolution*, vol. 50, nº 3, jun. 2006, pp. 368-382. Lembra o autor que: Numerous speakers stressed that the desire for reconciliation and inclusion must never compromise human rights principles and that the promotion of dialogue should never degenerate into an all-permissive relativism. Ver também o texto de HUNTINGTON, Samuel. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. Norman, Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1991.

opinion it's a mistake to approach this question from the kind of pluralism which says that any vision is legitimate.... The state has an essential role in defending and promoting human rights. Public policy must embrace the ideal of "Never Again." So public policy can never be neutral in the face of unjustified violence or flagrant violation of human rights.⁵²

Efetivamente não se pode aceitar, com base nos argumentos do multiculturalismo e da tolerância, somados à idéia de respeito às diferenças, que sejam fomentadas na discussão pública destes temas posições que, por si só, são violadoras dos Direitos e Garantias que se quer proteger e efetivar nos diálogos e ações constituidores da Democracia.

Aliás, há várias diretrizes internacionais bem claras neste sentido, basta fazer-se referência aos termos da Resolução 60/147, da Assembléia Geral da ONU, de 16/12/2005, sobre Princípios e diretrizes básicos sobre o direito das vítimas de violações manifestas de normas internacionais e de violações graves do direito internacional humanitário a interpor recursos e obter reparações, bem como os princípios reitores das Nações Unidas para Migrações Forçadas Internas, nos termos do seu documento E/CN. 4/1998/53/Add.2; Resolução nº2175 (XXXVI-0/06), da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, denominada *O direito à verdade, de 6 de junho de 2006*⁵³.

A própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos, nos termos do seu Informe n.37/00, de 13 de abril de 2000⁵⁴, reconhece

52 In BRITO, Alexandra Barahona de. et al (eds). *The Politics of Memory and Democratization*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p.71.

53 Que reconhece o direito que assiste às vítimas de violações manifestas aos Direitos Humanos e violações graves ao direito internacional humanitário, assim como às suas famílias e à sociedade, em seu conjunto, de conhecer a verdade sobre tais violações da maneira mais completa possível, em particular a identidade dos autores e as causas, os fatos e as circunstâncias em que se produziram. Registre-se igualmente que na 28ª Conferência de Chefes de Estado, os Estados-membros e associados do MERCOSUL adotaram declaração reafirmando o direito à verdade de que são titulares as vítimas de violações de Direitos Humanos e seus familiares.

54 Caso 11.481, Monsenhor Oscar Romero,

o Direito à Verdade e mesmo à Memória, sustentando que tais direitos implicam conhecer, completa e publicamente, os fatos ocorridos, suas circunstâncias específicas e quem participou deles.

Conclusão

São nestes espaços públicos e privados que se vai erigir a constituição da Memória de fatos, atos e documentos que envolvem períodos do tempo e da vida de uma Nação que precisa radicalizar sua identidade democrática, dando oportunidades para que todos tenham assegurada a manifestação e participação, pois em tais episódios inexistem dois lados, mas apenas um: o da violência violadora.

O governo federal, desde a gestão do Presidente Lula (2003/2010), tem gerado algumas políticas públicas envolvendo a matéria, dentre as quais se podem destacar: (a) o Projeto Direito à Memória e à Verdade, levando a cabo o registro de mortes e desaparecidos no período militar; (b) as Caravanas da Anistia, realizando julgamentos públicos de violações cometidas contra pessoas no mesmo regime e apresentando pedidos de desculpas oficiais; (d) Projeto de Lei ao Congresso Nacional (nº 7.376/2010) à criação de uma Comissão Nacional da Verdade; (e) Projeto de Lei Complementar ao Congresso Nacional (nº41/2010), regulamentando o direito de acesso à informação pública; (f) proposta de criação do Memorial da Anistia.⁵⁵

55 Conforme informações do texto ABRÃO, Paulo e TORELLY, Marcelo D. *As razões da eficácia da Lei de Anistia no Brasil e as alternativas para a Verdade e Justiça em relação às graves violações de Direitos Humanos ocorridas durante a ditadura militar (1964-1985)*. In PRADO, Alessandra Martins; BATISTA, Cláudia Karina Ladeia e SANTANA, Isael José. *Direito à Memória e à Verdade e Justiça de Transição no Brasil: Uma história inacabada! Uma República inacabada!* Curitiba: CRV, 2011, p.197.

É claro que outras medidas de gestão pública tomadas há mais tempo igualmente têm contribuído para o resgate desta Memória, fundamentalmente porque eliminando em parte resistências históricas neste sentido. Estou falando, por exemplo, (1) da extinção do Serviço Nacional de Informações – SNI; (2) a criação do Ministério da Defesa, adequando os comandos militares ao civil; (3) a extinção dos DOI-CODI e DOPS; (4) a criação da Secretaria Especial de Direitos Humanos; (5) a criação do Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil (1964-1985) – Memórias Reveladas⁵⁶, coordenado pelo Arquivo Nacional da Casa Civil da Presidência da República, organizando e difundindo documentos, produzindo estudos e pesquisas sobre o regime político que vigeu entre 01/04/1964 até 15/03/1985, associando entidades públicas e privadas, mais pessoas físicas que possuam documentos relativos à história política do país durante o regime militar; dentre outros.

Ao lado destas, ainda se tem como registro exemplificativo iniciativas internacionais de instituições públicas e privadas (Estado, ONGs, Movimentos Sociais, Atividades de Voluntariado, Universidades, etc.) envolvendo:

(a) Medidas de atendimento individual e familiar centrado no apoio psicológico através de trabalho em grupo, terapia individual e familiar, abrindo espaços para que as pessoas ou grupos atingidos direta ou indiretamente por atos de violência possam compartilhar suas experiências, o que pode ser útil para romper o silêncio e aumentar os níveis de consciência social;

(b) Treinamento de pessoas locais em capacidades de apoio psicossocial para encarar e tratar o impacto traumático causado por regimes militares, com apoio e seguimento institucional;

(c) Formação de grupos de auto-ajuda, constituído por sobreviventes de conflitos violentos e por familiares dos que morreram ou desapareceram nos regimes militares, gerando espaços seguros e

56 Ver o site <www.memoriasreveladas.gov.br>.

amistosos em que pode haver o compartilhamento de experiências;

(d) Constituição de formas simbólicas de expressão do reconhecimento do ocorrido, como cerimônias e rituais, evidenciando ícones sociais que mantenham vivas as lições dolorosas do passado (memoriais, parques, placas nas ruas, celebração de aniversários, etc.);

(e) Criação de sítios virtuais históricos, monumentos e museus temáticos, projetos conceituais de exposições de arte, fotografia, música, literatura, filmes, etc., eventos e performas comemorativas. Neste sentido, e muito original algumas experiências relatadas por Sebastian Brett e outros:

Memorial forms can encourage us to confront human cruelty by going on an inward journey. The “Eye that Cries” memorial in Lima manages to combine solemnity with introspection and truth-telling. The memorial is composed of a gravel path lined on both sides with smooth stones bearing the names of 27,000 victims of Peru’s 20-year civil conflict. The circling path leads to a large weeping rock, symbolizing the Inca earth goddess Pachamama. As described by its creator Lika Mutal, “The labyrinth extends for an 800-meter walk, in which the string of names [inscribed on smooth stones] with ages from 0 to 90 overwhelms the walker, who is faced by life and death. In front of the names of the victims resting one against another, our differences and truths become hollow; one basically comes up against one’s own life and one’s own conscience.”⁵⁷

Outras experiências ainda operam no sentido da chamada sensibilização de contrastes, no sentido de criar memoriais que exponham a história predadora de Direitos Humanos e Fundamentais associada a problemas do presente igualmente violadores da dignidade humana, como mostram os mesmos autores no caso do Líbano, em que um famoso arquiteto, Bernard Khoury, resolver realizar projetos sofisticados em áreas e sítios históricos e ainda utilizados por pessoas desamparadas, sem teto, com dificuldades econômicas, etc.:

57 BRETT, Sebastian; BICKFORD, Louis; SEVCENKO, Liz e RIOS, Marcela. In *Memorialization and Democracy: State Policy and Civic Action*. Op.cit., p.26. Ver também o texto de SOYINKA, Wole. *The Burden of Memory, The Muse of Forgiveness*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

The site of one of Khoury's projects, a luxurious sushi bar, is next-door to a derelict building still occupied by refugees who live without running water or even windows. His discotheque, built underneath the vacant site where a massacre of Palestinian refugees took place in 1976, emerges from underground only at night. Khoury's buildings celebrate these cruel contrasts. "My entertainment projects are about recognizing and confronting different social realities and try to make these issues visible".⁵⁸

Aliás, como bem lembrado por Alexandra de Brito, a autonomia institucional possibilita que as políticas continuem a se desenvolver, mesmo em contexto de indiferença ou adversidade social ou política, a exemplo das políticas de reparação que se ampliam para novas categorias de vítimas, com as equipes de investigação continuando a abastecer processos administrativos e criminais de novas informações.⁵⁹

No Brasil, têm-se notícias de eventos de formação e sensibilização da opinião pública sobre a matéria em discussão, com a participação do Ministério da Justiça, a saber: (1) III Semana Jurídica da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - Unidade Universitária de Paranaíba, discutindo exatamente o tema da Verdade, Memória e Justiça; (2) III Semana de Estudos Jurídicos das Faculdades Integradas de Paranaíba FIPAR/UEMS, tratando de temas correlatos; (3) Exposição Direito à Memória e à Verdade: a Ditadura no Brasil 1964-1985; (4) I Encontro Brasil - Argentina de Direito à Memória e à Verdade e Justiça de Transição, organizado pelo Curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - Unidade de Paranaíba e pela UMSA - Universidad del Museo Social Argentino; (5) I Feira de Livros do Encontro Internacional de Direitos Humanos: Livros da Resistência; (6) I Mostra de Cinema Nacional com ênfase em Direitos Humanos;

58 Idem.

59 BRITO, Alexandra Barahona de. *A justiça transicional e a política da memória: uma visão global*. Op.cit., p.71.

(7) I Concurso Estadual de Mato Grosso do Sul na área de Direitos Humanos em Homenagem à Ivan Akselrud de Seixas, Maurice Politi; (8) I Concurso FIPAR/UEMS/UFMS/UMSA de Pôsteres Científicos com a temática: Direito à Memória e à Verdade e Justiça de Transição.⁶⁰

Resta claro, pois, que a questão da Memória diz diretamente com a Democracia que se tem e se quer, sustentada na idéia de que qualquer concepção contemporânea dela *cannot exist without justice based on a single incontrovertible truth, free from corruption and denial. E mais, funcionando esta memória como verdadeira* irrupção, como no caso do Chile, ela pode eclodir como evento que desencadeia ativismos renovados em torno da questão de injustiça passada, gerando ciclos mais amplos de extensão, o que permite a cada geração interpretar o sentido das atrocidades do passado por si própria, de modo que os consensos sobre aquelas épocas eventualmente sejam alterados, modificados e revisados, para suprir as necessidades do novo.⁶¹ Entende-se, desta forma, a relevância do argumento de que: *the state's responsibility for memory initiatives should be transversal—shared and developed in different ways by different government departments, such as education, health, and gender equality. In Chile one example is the work undertaken by the Ministry of Public Property to create a map of public buildings used as detention centers during the dictatorship.*⁶²

60 Conforme informações colhidas no site <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ20BF8FDBPTBRIE.htm>>. acessado em 10/10/2011.

61 OLSON, Eric. *Symbolic Immortality*. Op.cit., p.41. *Sustenta o autor ainda que: Knowing the truth is a complex and difficult process, but it's indispensable if we are to build a space for encounter and consensus, a space that allows us to affirm that democracy belongs to all of us. E isto porque: Memory eruptions occur from time to time, suddenly re-opening wounds and putting the past back on the front pages of newspapers. A despeito disto, adverte com pertinência o autor que: When governments drive memorialization initiatives, therefore, they often seek to neutralize disagreements about the past and develop a unified national narrative. In contrast, when civil society drives memorialization efforts, the narrative may seek to challenge official truths.*

62 BRETT, Sebastian; BICKFORD, Louis; SEVCENKO, Liz e RIOS, Marcela. In *Memorialization and Democracy: State Policy and Civic Action*. Op.cit., p.31.

Por outro lado, como diz Imere Kértéz (...) *enquanto o homem sonhar – as coisas boas ou ruins –, enquanto o homem tiver histórias sobre as origens, lendas universais, mitos, haverá literatura, a despeito do que e do quanto falem da sua crise. A verdadeira crise é o completo esquecimento, a noite sem sonhos (...)*.⁶³

Há muito ainda o que fazer.

Referências bibliográficas

ABRÃO, Paulo e TORELLY, Marcelo D. As razões da eficácia da Lei de Anistia no Brasil e as alternativas para a Verdade e Justiça em relação às graves violações de Direitos Humanos ocorridas durante a ditadura militar (1964-1985). In PRADO, Alessandra Martins; BATISTA, Cláudia Karina Ladeia e SANTANA, Isael José. *Direito à Memória e à Verdade e Justiça de Transição no Brasil: Uma história inacabada! Uma República inacabada!* Curitiba: CRV, 2011.

ARANTES, Maria Auxiliadora de Almeida Cunha e PONTUAL, Pedro. Tortura, desaparecidos políticos e direitos humanos. In Brasil. *Direitos Humanos: percepções da opinião pública: análises de pesquisa nacional/org.* Gustavo Venturi. – Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

ARENDRT Hannah. *De la historia a la acción*. Barcelona: Paidós ICE/UAB, 2002.

_____. *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1997.

63 KERTÉZ, Imere. *A língua exilada*. In Jornal Folha de São Paulo, edição de 20/10/2002, p.12.

BARBOSA, Marco Antônio Rodrigues. Direito à Memória e à Verdade. In *Revista de Direitos Humanos*, vol.1. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República do Brasil. Dezembro de 2008.

BERGER, Juan. *Y nuestros rostros, mi vida, breves como fotos*. Madrid: Hermann Blume, 2006.

BERISTAIN, Martín. *Reconstruir el tejido social*. Un enfoque crítico de la ayuda humanitária. Barcelona: Icaria, 1999.

BICKFORD, Louis. Unofficial Truth Projects. In *Human Rights Quarterly* 29, no. 4 (November 2007), 994–1035.

BRETT, Sebastian; BICKFORD, Louis; SEVCENKO, Liz e RIOS, Marcela. In *Memorialization and Democracy: State Policy and Civic Action*. June 20–22. Santiago: Gobierno de Chile, 2007.

BRITO, Alexandra Barahona de. *A justiça transicional e a política da memória: uma visão global*. In *Revista Anistia*, vol.I. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

_____. *The Politics of Memory and Democratization*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

DMITRIJEVI, Nenad. *Justice beyond blame: moral justification of (the idea of) a truth*. In *Journal of Conflict Resolution*, vol. 50, nº 3, jun. 2006, pp. 368–382.

FUNARI, Pedro Paulo A., ZARANKIN, Andrés e REIS, José Alberioni dos (Org.) *Arqueologia da repressão e da resistência na América Latina na era das ditaduras*. São Paulo: Annablume/Fapesp, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000, p.421 (285 do original).

GALEANO, Eduardo. *La memoria subversiva*. En *Tiempo: reen-cuentro y esperanza*. Guatemala: ODHAG, no.96, 1996.

GIBNEY, Mark and HOWARD-HASSMANN, Rhoda E.(eds). *The Age of Apology*. Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios*. In *A Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State*. In BERGUER, Samuel. (ed.) *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. New York: Sendell Editors, 2006.

_____. *Sul concetto di partecipazione politica*. Roma: Einaudi, 2000.

HAMBER, Barbara and WILSON, Raymond. *Symbolic Closure through Memory, Reparation and Revenge in Post-conflict Societies*. London: Oxford University Press, 2001.

HAYDEN, Dolores. *The Power of Place: Urban Landscapes as Public History*. Cambridge, MA: MIT Press, 2007.

HERMAN, Judith. *Trauma and Recovery: the Aftermath of Violence: From Domestic Abuse to Political Terror*. New York: Basic Books, 1997.

<http://blogdabrhistoria.blog.uol.com.br/> acesso em 28/06/2011.

<http://brasiliaeuvi.wordpress.com/2010/01/02/a-longa-despedida-da-ditadura/>, acessado em 28/06/2011.

<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ20BF8FDBPTBRIE.htm>,
acessado em 10/10/2011.

<http://www.embaixada-americana.org.br/democracia/majority.htm>,
acessado em 10/10/2011.

<http://www.sitesofconscience.org/>, acessado em 10/10/2011.

<http://www.villagrimaldi.cl/archivo-oral/videos-y-documentos.html>,
acessado em 10/10/2011.

http://www.youtube.com/watch?v=_hNnSGflpAE&feature=player_embedded,
acessado em 10/10/2011.

http://www.censuseddiggins.com/prison_bellisle.html, acesso em
19/08/2011.

http://www.places.co.za/html/freedom_park.html, acesso em
22/08/2011.

HUNTINGON, Samuel. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. Norman, Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1991.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. *Verdad, justicia y reparación: Desafíos para la democracia y la convivencia social*. Disponível em: www.iidh.ed.cr. Acesso em: 27/05/2011.

JENNINGS JR., Theodore. *Reading Derrida / Thinking Paul: On Justice (Cultural Memory in the Present)*. New York: Macmillan, 2010.

JODELET, Dominique. *Memoire de Masse: le cote moral et affectif de l'histoire*. Paris: Dalloz, 2008.

JOINET, Louis. Los Derechos Civiles y Políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención. In *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*. Presidente-Relator: Sr. Louis JOINET, E/CN.4/2003/8.

KIZA, Ernesto, RATHGEBER, Corene, and ROHNE, Holger-C. *Victims of War: An Empirical Study on War-Victimization and Victims' Attitudes Toward Addressing Atrocities*. London: Oxford, University Press, 2010.

LIFTON, Robert Jay and OLSON, Eric. Symbolic Immortality. In ROBBEN, Antonius C.G.M. (Editor). *Death, Mourning, and Burial: a Cross-cultural Reader*. Malden, MA: Blackwell, 2006.

ODHAG - Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala. *Informe Proyecto InterDiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica: Guatemala: Nunca Más. Vol. I, Impactos de la Violencia*. Tibás, LIL/Arzobispado de Guatemala, Costa Rica, 1998.

PÁEZ, Diego, VALENCIA, Jesús, PENNEBAKER, Jaime, RIMÉ, Bartolomeu & JODELET, Davi. (EDS). *Memoria Colectiva de Procesos Culturales y Políticos*. Leioa: Editorial de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 1997.

PÉREZ, Carmen Lúcia Vidal. *O lugar da memória e a memória do lugar na formação de professores: a reinvenção da escola como uma comunidade investigativa*. In: Reunión Anual da Anped, 26, 2003, p. 5. Disponível em: <<http://www.anped.org.br/reunioes/26/trabalhos>>.

RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2007.

SOUZA, Jessé. *Democracia hoje: novos desafios para a teoria contemporânea*. Brasília: UnB, 2001.

SOYINKA, Wole. *The Burden of Memory, The Muse of Forgiveness*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

THOMPSON, Paul. *La voz del pasado*. Valência: Alfons el Magnanim, 2008.

<www.memoriasreveladas.gov.br>.

WILDE, Alexander. Chile's Memory and Santiago's General Cemetery. *Trabalho apresentado no Latin American Studies Association Congress*. September 5–8. Montreal: Canadá, 2007. Entregue impresso no Congresso

Recebido em: fevereiro de 2012.

Aprovado em: maio de 2012.

