



A LEGITIMAÇÃO DA TORTURA NOS REGIMES MILITARES¹

Uma abordagem do direito positivo e a moralidade vigente

Fabricio Augusto Aguiar Leme²

RESUMO: Em uma rápida reflexão do Direito podemos afirmar que a lei confere ao Estado legitimidade e legalidade para atuar na vida de seus súditos através da norma jurídica, ou seja, do direito positivo. Mas será toda norma jurídica moral? O presente trabalho tem como gênese justamente a reflexão do direito positivo como isento de qualquer ato de imoralidade. Afinal, a norma jurídica tem a chancela da sociedade, retratando e regulamento seus anseios. Daí a reflexão que se pretende provocar neste trabalho. Sendo o direito vigente, devidamente constituído pelo Estado, poderia então alegar que todos os atos amparados pela lei são legítimos e morais? O conflito entre o legal e moral enseja profunda reflexão no campo do Direito.

ABSTRACT: A quick reflection law can be said that the law gives the state legitimacy and legality to work in the lives of his subjects through the rule of law, ie, the positive law. But is all legal standard moral? The genesis of this work is just the reflection of the positive right to be free from any act of immorality. After all, the rule of law has the seal of the company, portraying their yearnings and regulation. Hence the reflection that is intended to lead this work. As the current law, duly constituted by the State could then claim that all acts protected by law are legitimate and moral? The conflict between the legal and moral entails profound reflection in the law field.

¹ Trabalho para conclusão do módulo do Curso Intensivo Preparatório para o Doutorado ministrado pela Dra. Professora Diana Cañal na Universidad de Buenos Aires.



INTRODUÇÃO

A abordagem sugerida neste estudo é justamente recordar que o holocausto nazista acarretou o genocídio de seis milhões de judeus na Europa. No tribunal de Nuremberg, os advogados dos oficiais nazistas alegaram que os mesmos estavam cumprindo ordens e que todo o procedimento estava devidamente instituído pelo Direito vigente, portanto, seria legal e legítimo o extermínio realizado.

Inacreditavelmente a Advocacia Geral da União, em inúmeros processos de indenização movidos por vítimas do regime militar no Brasil (1964 – 1988) utiliza-se da mesma tese dos advogados dos oficiais nazistas, ao alegar que as torturas e mortes eram decorrentes do Estado de Exceção, necessário pela manutenção da ordem pública.

Este artigo visa analisar o Acórdão oriundo proferido pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, através do Desembargador Cesar Augusto Bearsi, no julgamento do processo **0007576-55.2000.4.01.3500, ocorrido em 16 de maio de 2007, feito este que a Advocacia Geral da União buscou legitimar a tortura no período de regime militar.**³

Síntese processual

Referida ação visa indenização por danos morais gerados em razão de prisão e tortura praticados no período de ditadura militar. No pólo passivo da demanda figura a União (Poder Público Federal).

Em primeira instância a ação foi julgada procedente, ensejando a propositura de Apelação por parte da União.

São nas razões recursais da União e no respectivo voto do Desembargador que florescem importantes questões filosóficas, demonstrando que o Direito merece profunda reflexão.

² Advogado e Professor Universitário. Graduado em Direito pela Faculdade Católica de Santos. Especialista em Direito do Trabalho e em Direito Processual Civil. e Aluno do Curso Intensivo Preparatório para o Doutorado em Direito do Trabalho na Universidade de Buenos Aires/Argentina

³ Referida decisão foi motivo de explanação deste autor na aula ministrada pela Professora Diana Canal em julho de 2012, daí a inspiração para o aprofundamento sobre o tema.



Nas mencionadas razões recursais da União, o Procurador Geral “nega a existência de dano moral, justifica os atos praticados pelo regime militar como sendo derivados de estado de necessidade em razão do estado de exceção vivida (sic) e, por fim, defende os tenebrosos atos ocorrido sob o signo de que havia legislação vigente que o amparava (como aliás o fizeram os nazistas no julgamento de Nuremberg)”⁴.

Momento histórico

Primeiramente cumpre destacar que a Constituição de 1988 reestabeleceu o Estado Democrático no Brasil, eis que o golpe militar de 1964 suprimiu direitos e garantias fundamentais e instituiu a tortura e prisões ilegais como formas legítimas de manutenção do regime.

Com o Ato Institucional n.º 05, de 13 de dezembro de 1968, o regime militar alcançava o auge da repressão e instituía legalmente a ditadura no Brasil, iniciada com o golpe ocorrido em 31 de março de 1964.

A ironia do referido documento é flagrante.

Nas considerações preliminares do referido Ato, o então presidente Marechal Artur da Costa e Silva lembrou do texto presente no Preâmbulo do Ato Institucional n.º 1, de 9 de abril de 1964 (primeiro ato dos militares após o golpe), ressaltando que a “intervenção militar” era necessária e que era o momento de medidas que “assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana”⁵.

No entanto, no mesmo parágrafo da dita liberdade, frisava que tal ato era para o efetivo “combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria”

Ainda o preâmbulo do Ato institucional n.º 5 destacava:

CONSIDERANDO que o Governo da República, responsável pela execução daqueles objetivos e pela ordem e segurança internas, não só não pode permitir que pessoas ou grupos anti-revolucionários contra ela trabalhem, tramem ou

⁴ Parte do Relatório do Desembargador Cesar Augusto Bearsi no referido Julgado.

⁵ In http://www.acervoditadura.rs.gov.br/legislacao_6.html. Acesso em 12.02.2013.



ajam, sob pena de estar faltando a compromissos que assumiu com o povo brasileiro, bem como porque o Poder Revolucionário, ao editar o Ato Institucional n° 2, afirmou, categoricamente, que "não se disse que a Resolução foi, mas que é e continuará" e, portanto, o processo revolucionário em desenvolvimento não pode ser detido;

CONSIDERANDO que esse mesmo Poder Revolucionário, exercido pelo Presidente da República, ao convocar o Congresso Nacional para discutir, votar e promulgar a nova Constituição, estabeleceu que esta, além de representar "a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução", deveria "assegurar a continuidade da obra revolucionária" (Ato Institucional n° 4, de 7 de dezembro de 1966);

CONSIDERANDO, no entanto, que atos nitidamente subversivos, oriundos dos mais distintos setores políticos e culturais, comprovam que os instrumentos jurídicos, que a Revolução vitoriosa outorgou à Nação para sua defesa, desenvolvimento e bem-estar de seu povo, estão servindo de meios para combatê-la e destruí-la;

CONSIDERANDO que, assim, se torna imperiosa a adoção de medidas que impeçam sejam frustrados os ideais superiores da Revolução, preservando a ordem, a segurança, a tranquilidade, o desenvolvimento econômico e cultural e a harmonia política e social do País comprometidos por processos subversivos e de guerra revolucionária;

CONSIDERANDO que todos esses fatos perturbadores, da ordem são contrários aos ideais e à consolidação do Movimento de março de 1964, obrigando os que por ele se responsabilizaram e juraram defendê-lo, a adotarem as providências necessárias, que evitem sua destruição,

Através da leitura do preâmbulo do referido ato institucional n.º 05 verifica-se a única intensão do regime militar em legitimar e legalizar um estado ditatorial.

A Legitimidade é, segundo Weber, juntamente com a força, a condição necessária para a existência do Estado.⁶ Já a legalidade é o princípio jurídico em que verifica a existência de

⁶ Economia e Sociedade In Manual de Filosofia Jurídica. Rizzato Nunes. p. 108.



um sistema político democrático, sendo que o poder estatal esta limitado ao total respeito as regras jurídicas vigentes.

A legalidade é um conceito absoluto: ou é legal ou é ilegal. Não se pode dizer que determinada decisão é mais ou menos legal do que outra. A legitimidade é um conceito relativo. Não se pode dizer que esta decisão é legítima e outra que se lhe contrapõe é ilegítima. Pode-se, sim, dizer que uma é dotada de maior grau de legitimidade do que outra, que teve menos aceitação.⁷

E neste sentido, o artigo 2º do referido Ato institucional, concedia poderes ao Presidente da República para decretar “recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.”

No artigo 3º ficava autorizada a intervenção federal nos Estados e Municípios, com a nomeação de interventor pelo regime militar, sem qualquer diferença daqueles efetivamente eleitos para o desempenho do cargo.

“No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais”, dizia o texto do artigo 4º.

O artigo 5º revelava o objetivo maior do ato do governo militar, que era justamente a suspensão dos direitos políticos, bem como dos demais direitos “*públicos ou privados*”:

Art 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em:

I - cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;

II - suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;

III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política;

IV - aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança:

a) liberdade vigiada;

b) proibição de freqüentar determinados lugares;

⁷ Conforme ensina o Presidente da República (1990/92) Fernando Collor de Mello, em publicação no Senado Federal <http://www.senado.gov.br/senadores/senador/FernandoCollor/artigo.asp?codigo=1161>. Acesso em 10.03.2013.



c) domicílio determinado,

Evidentemente, só há Democracia com a efetiva tripartição dos poderes, conforme prescreverá Montesquieu. Assim, o regime militar rompeu a separação e vilipendiou todas as garantias previstas ao poder judiciário para uma atuação independente, tornando-o subalterno e uma engrenagem vital para a legitimação do regime:

Art 6º - Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo.

§ 1º - O Presidente da República poderá mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregado de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço.

O artigo 10º do ato determinava a suspensão da garantia de “habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular”, sendo que todos os atos praticados sob a égide do AI-5 não estariam sujeitos a análise e competência do Poder Judiciário, conforme expressamente constava no artigo 11º:

Art 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

Daí nascerá o Estado que, sem qualquer limite moral, consolidando os poderes nas mãos apenas do poder executivo, anulando o legislativo e subjugando o judiciário, amparado sob o discurso de se evitar um golpe comunista, legalizou a tortura no Brasil.

Sem poder recorrer ao poder judiciário, inúmeros presos políticos permaneciam em cárcere por tempo indeterminado, sem qualquer acusação formal e recebendo diariamente tratamento degradante e cruel.



Hoje inclusive a chamada “tortura científica”, conforme narrada pela assistente social Ilda Brandle Siegl, de 26 anos, torturada pela Polícia no Rio de Janeiro, que, em depoimento relatou:

“... que disseram a ela que a tortura ali era científica, não deixava marca; que foi espancada e despiram a depoente e provocaram choques elétricos; que, enquanto um aplicava choque, o Dr. Mimoso abanava a depoente para que não desmaiasse; que havia pausa à critério médico; que aplicaram choques no seios, umbigo e parte interna das coxas; que, após, foi jogada em uma cadeira, que não podia ficar de pé”⁸

Note-se que a tortura foi amplamente difundida nos porões as polícias brasileiras, acentuando-se após o malfadado AI-5, eis que desnecessário qualquer procedimento judicial para anteceder uma prisão.

Da mesma forma ocorreu na Alemanha nazista.

Com a criação das Leis de Nuremberg iniciou o processo de erradicação da influência judia na Alemanha, que ao final, desaguaria no mais tenebroso capítulo da história contemporânea.

Com maestria o Professor Daniel Rafecas ensina:

El avance implacable sobre los derechos ciudadanos de los integrantes de la comunidad judía alemana era acompañado por un estridente coro de voces de juristas en el ámbito del derecho público, quienes avalaban las consignas del Estado racial y anticipaban, desde la doctrina, propuestas de medidas concretas para consagrar la más amplia discriminación, (...) ⁹.

Através de uma interpretação positivista caberia a conclusão de que, sendo o direito vigente, haveria legitimidade na conduta dos alemães nos campos de concentração.

Aqui o embrião da primeira reflexão. O momento histórico chancelava a conduta do estado? Sendo o direito positivo vigente, tal conduta lícita e legítima?

⁸ Arquidiocese de São Paulo. Brasil nunca mais: Petrópolis. Vozes. 1985.

⁹ Historia de la solución final: Una indagación de las etapas que llevaron al exterminio de los judíos europeos. p. 45 /46



*De sua natureza, existência e finalidade como ser é que derivam imediatamente feixes de direitos dos quais depende esta mesma existência e finalidade, sem os quais o ser humano perde sua dignidade e se torna animal, coisa, objeto.*¹⁰

Da Constituição de 1988 e a nova ordem jurídica.

Com a promulgação da Constituição é a gênese de uma nova ordem jurídica – sem precedentes – estabelecendo novos valores que devem nortear a sociedade.

Em seu voto, o Desembargador Cesar Augusto Bearsi destaca:

A Constituição cria uma nova Ordem Jurídica, incondicionada pelo Direito Positivo precedente, apesar de ser condicionada por valores culturais historicamente produzidos e aceitos pelo povo que se organizou em sociedade e esta em Estado .

Obtuso, por isso, falar em irretroatividade da Constituição, como se qualquer norma anterior ou mesmo a falta de previsão normativa de direitos no Ordenamento precedente lhe pudesse ser oposta.

Simplesmente não há direito adquirido contra a Constituição, nem situação jurídica que não possa ser modificada pela nova Ordem instituída por uma nova Constituição .

Nessa linha, tenho que o direito à indenização por danos morais não existe apenas para danos causados a partir da promulgação da Constituição, mas sim para danos causados em qualquer tempo.

A Constituição não é nem pode ser interpretada no mesmo nível de eficácia de uma norma comum, como se valesse do momento em que é promulgada para o futuro .

O que se dá é que a Constituição instaura nova Ordem Jurídica e sob o prisma desta nova Ordem é que devem ser reinterpretados todos os fatos, direitos, relações e situações jurídicas anteriores⁹.

¹⁰ Trecho do voto objeto de estudo.



Com tal posicionamento o magistrado afastou a tese defensiva da União quanto a não aplicação da Constituição Federal de 1988 aos eventos ocorridos durante o regime militar.

Evidente que não há como se aplicar o direito vigente à época dos acontecimentos (leia-se tortura), eis que era o direito positivado.

Com o surgimento da Carta Cidadão de 1988, que missão era justamente a redemocratização do Brasil, houve a restauração de princípios exigidos em qualquer democracia, tais como da dignidade da pessoa humana, liberdade, da decisão judicial devidamente fundamentada, etc.

Aplicar o direito vigente na época de exceção é cancelar a conduta de seus malfeitores.

Da alegada legalidade dos atos promovidos pelos agentes públicos durante o regime militar no Brasil.

Totalmente alheia aos acontecimentos históricos, a União alega em sua defesa que não é devida indenização para a vítima de tortura no período do regime militar, alegando, em síntese, que era justamente o direito vigente e portanto legítima a conduta do torturador.

Tal tese defensiva é expressamente questionada pelo magistrado:

Os advogados públicos, incluindo o subscritor da apelação, são todos profissionais de alto gabarito, cujos conhecimentos inclusive foram testados em severo concurso público no qual só profissionais de bom nível conseguem aprovação .

É de abismar, por isso mesmo, que se veja em uma apelação da União a defesa dos pavorosos atos praticados pela ditadura militar com os mesmos argumentos utilizados pelos nazistas no julgamento de Nuremberg .

Francamente !

Dizer que os atos escabrosos praticados se justificam em razão da lei então vigente e da situação de exceção vivida é o mesmo que dizer que a lei justifica a lei, que o Direito se resume à lei, algo que não só não pode ser aceito, como ainda deve ser rebatido de forma veemente, pois nos



tempos em que tal tipo de pensamento prevaleceu, algumas das piores páginas da humanidade foram produzidas.

Foi assim quando por influência do pensamento de Kant e sob o raciocínio de não se poder conhecer o mundo real (numênico), mas só o modo como ele se apresenta para nós (fenômeno), surgiram teorias estapafúrdias como a de Kelsen em sua primeira fase, ou ainda as de Radbruch.

Kelsen em sua primeira fase de construção da Teoria Pura do Direito defendeu um direito limitado ao Direito Positivo e qualificou a justiça como um ideal irracional. Dizia ele que todo Direito é moral, em sentido relativo (sic)¹¹

Ainda, segundo o magistrado, tal tese defensiva fere o direito natural, eis que não seria possível imaginar um direito positivo em contradição com o próprio direito natural.

Logo, o direito positivo vigente no período de exceção decorreria apenas de força e não de legitimidade (lembramos de Weber), eis que as manifestações de vontade do Estado apresentam apenas os sinais de força, no entanto, sem natureza jurídica, sem legitimidade.

Assim, as disposições emanadas do governo que, por exemplo, reneguem deliberadamente a natureza do Direito ou não pretendam fazer Justiça, serão emanações de poder, mas não autênticas normas jurídicas.

Ora, prefiro não esperar até perder um filho para um Estado ditatorial, sob justificativa de que alguém está cumprindo a lei.

Prefiro de pronto lembrar-me que em Antígone, tragédia escrita pelo grego Sófocles mais de 400 anos antes de Cristo, um rei grego proibiu o enterro de uma pessoa. A irmã de tal pessoa desobedeceu a ordem e fez o sepultamento. Foi presa e o rei Creon lhe perguntou se ela conhecia a lei que havia baixado proibindo o enterro, ao que ela respondeu que conhecia a lei, mas obedeceu às leis que os deuses inscreveram no seu coração .

¹¹ Parte do voto do Desembargador Cesar Augusto Bearsi no referido Julgado.



Portanto, desde ali, já naqueles tempos primitivos, havia uma sensação de que há algo além e acima do Direito Positivo e que lhe condiciona a existência, sem que isto seja necessariamente um direito natural superior, muito menos de fundamento divino, podendo, como muitos defenderam na história da filosofia do direito, haver apenas a dedução racional do que é justo a partir da natureza das coisas e da finalidade dos seres e suas relações entre si. Outros ainda buscaram no sentimento de justiça (psicologismo) o fundamento e explicação da justiça, como razão e essência do direito.

Separaram-se na filosofia do direito os que consideraram possível atingir o justo pelo método intuitivo emotivo, dos que a ele chegam pelo método discursivo racional, não faltando aqueles que propõe que o método intuitivo seja o princípio de raciocínio a ser confirmado ou não pelo método discursivo .

Conclui-se que justificar uma ação por meio de obediência a uma lei que só tem a forma de direito, mas não passa de manifestação troglodítica de força bruta, é inaceitável, é transformar o direito em conceito relativo e derivado da vontade do poderoso e de sua interpretação subjetiva sobre o certo e errado.

Permitir que o direito se reduza a isso é o mesmo que o condenar a ser mero instrumento de controle social, instrumento de imposição da vontade dos poderes dominantes sobre os dominados, algo que repugna a inteligência .¹²

Esclarecedor o voto, eis que remete a profunda reflexão sobre o direito, especialmente uma dura crítica ao positivismo.

Como bem ressaltou em seu voto, “poucos foram os que durante a História humana duvidaram da sua existência e superioridade em relação ao reles Direito Positivo e os que assim fizeram geraram as piores ditaduras, as mais asquerosas páginas vividas pelo homem”.

¹² Reportamos ao voto objeto do presente estudo



De fato, em nome da lei, muitos bons homens corromperam todos os limites impostos pelo direito natural, e através da mesma lei, testemunharam os atos mais bárbaros da humanidade.

O Estado algum pode assim agir, nem seus asseclas, pois antes de o ser humano ser brasileiro, chileno ou alemão, antes de ele estar submetido a um delimitado direito positivo, ele é parte do gênero humano e as características básicas do ser são comuns a todo o gênero.

A ditadura militar no Brasil e a consequente tortura difundida entre seus agentes não pode receber a chancela legalista. Não há como legitimar uma defesa em que simplesmente alega estar cumprindo leis ou ordens ou ambas, dentro de uma situação excepcional de guerra.

Em nome da revolução ocorreram as maiores atrocidades humanas, ou seja, a excepcionalidade nos leva sempre aos piores caminhos, onde a moral deixa de existir e dá lugar ao sistema imoral.

Na verdade, na hipótese da ditadura há uma inversão do sistema acima representado. O direito se moldou não através da moralidade, após percorrer longo período de uma realidade.

O direito é imposto, sem legitimidade, sem observar os preceitos da moralidade, e pior, distante de uma realidade social e ética.

Assim, ao positivista cabe refletir se o direito é justo mesmo afrontando todos os princípios humanos (leia-se jusnaturalistas).

O Tribunal de Nuremberg, em tese não poderia julgar os alemães, pelo fato dos mesmos não serem súditos dos Estados vencedores da guerra.

Reconheceu-se que todo ser humano tem certos direitos mínimos que posteriormente foram cristalizados em declarações de direito, tanto a universal quanto a constante em constituições como a nossa, não sendo dado a nenhum país violar tais direitos mínimos.

Esse conteúdo mínimo nada mais é do que o conjunto de direitos que se deduz da existência do ser humano e da necessidade de preservar sua dignidade, preservar o mínimo que o separa dos demais seres na existência.

Uma lei de um país qualquer que venha a violar esse conteúdo mínimo, que invada o ser humano no que tem de mais íntimo em suas



características existenciais, é pura e simples manifestação da força, mas não é direito, é mera imposição de vontade, não realização do justo, pelo que não serve de justificativa para conduta de ninguém.

Mas a grande lição do Tribunal de Nuremberg é justamente pelo reconhecimento da existência de um conjunto de regras superiores decorrentes da própria natureza humana, independente de nacionalidade e direito vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBAROSCH, Eduardo. Teoria de La Justicia y La Metaética Contemporánea. Buenos Aires: La Ley, 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005

CAÑAL, Diana Regina. Decisiones judiciales. La relación entre normas de fondo y de forma. Una mirada desde el Derecho del Trabajo, Buenos Aires: Quorum, 2006

COMTE-SPONVILLE, André. Pequeno Tratado das Grandes Virtudes. 2ªEd. São Paulo: Positivo. 2009.

NUNES, Rizzatto. Manual de Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 2004.



REVISTA DON DOMÊNICO

Revista Eletrônica de Divulgação Científica da Faculdade Don Domênico
7ª Edição – Junho de 2015 - ISSN 2177-4641

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20ª ed. São Paulo: Saraiva: 2002.

Revistas:

Arquidiocese de São Paulo. Brasil nunca mais: Petrópolis. Vozes. 1985.