

# **(DES)ORDEM CONSTITUCIONAL: ENGRENAGENS DA MÁQUINA DITATORIAL NO BRASIL PÓS-64**

Vera Karam de Chueiri

*Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR – Brasil. <vkchueiri@uol.com.br >*

Heloísa Fernandes Câmara

*Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR – Brasil. <heloisafcamara@yahoo.com.br>*

<http://dx.doi.org/10.1590/0102-6445259-288/95>

Elaborar uma narrativa sobre a recente democracia no Brasil implica, necessariamente, conhecer as práticas constitucionais autoritárias pós-64. Esse aparente paradoxo desfaz-se ao pensarmos que as práticas autoritárias desvelam a construção de um tempo de arbítrios que, de certa maneira, ainda permanece. É a partir da identificação das engrenagens ditatoriais que podemos verificar alguns dos maiores desafios e riscos à consolidação do constitucionalismo democrático brasileiro.

O primeiro passo para construir uma memória constitucionalmente adequada e comprometida com os direitos humanos está na identificação do papel desempenhado pelo direito na consolidação da ditadura militar, no desenvolvimento de suas práticas repressivas. Isso significa que o papel do direito na construção do regime autoritário e em que medida este mesmo direito permanece são partes essenciais da retomada do passado na ordem da construção de um futuro comprometido com a dignidade da pessoa e com a prevalência dos direitos humanos na sociedade. Refletir sobre a história do constitucionalismo e a teoria

constitucional exige lançar mão de uma pedagogia que, a um só tempo, nos faça compreender e internalizar os atuais desafios do constitucionalismo, da constituição e da sua experiência.

Essa relação entre o passado e o presente não é de uma simples temporalidade unívoca, mas de tempos que se sobrepõem de maneira a possibilitar a reconstrução de memórias de resistência mesmo em momentos de arbítrio. É necessário abandonarmos essa ideia trivial (de que o tempo é um e único) para pensarmos em tempos (no plural). Isso, de alguma forma, sugere que é possível pensar na reversibilidade do tempo ou, em outras palavras, não é tão simples afirmar que o tempo passou e não volta mais. Ainda, o tempo que volta é outro tempo e, assim, tanto o (tempo) passado, quanto o tempo que volta, como também o (tempo) futuro ou o que virá terão de se acertar entre si, ou melhor, terão de se (re)conciliar.

260

Este artigo parte da análise da (des)ordem constitucional criada pelo regime militar – e seus juristas – para compreender em que medida essa (des)ordem foi importante no movimento da transição pós-regime autoritário.

## **A (des)ordem constitucional**

Uma maneira de reconstruir a memória constitucional dos anos da ditadura é através da Lei nº 6.683/1979, a chamada Lei de Anistia. Discutir a Lei de Anistia nos coloca face a face com a ditadura militar e a transição democrática, mas, sobretudo, com o significado constitucional e democrático da nossa República que, por isso mesmo, não pode silenciar diante do dever de investigar e processar casos de violência extrema que caracterizam crimes contra a humanidade, ainda que isso signifique, por exemplo, a própria revogação da Lei de Anistia. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 (ADPF 153) (cf. Supremo Tribunal Federal, s.d.) abriu, exatamente, essa possibilidade de

revê-la (a Lei de Anistia) e, através dela, retomar a discussão sobre a ditadura, a transição democrática e a responsabilidade do Estado brasileiro diante das atrocidades que promoveu e patrocinou. Isto, pois, a nossa experiência de uma anistia ampla, geral e irrestrita levou à compreensão de que os atos de terror cometidos pelo Estado representado por seus agentes e que ensejaram verdadeiros crimes contra a humanidade não poderiam ser revistos. Como afirma o professor Fábio Konder Comparato (1995, pp. 1-3),

[...] é politicamente indefensável, com efeito, pretender que os que governaram acima das leis, sob a vigência do chamado Ato Institucional nº 5, possam legitimamente obter de um legislador submisso a anistia para os crimes que cometeram no exercício de suas funções. Que democracia é esta que se inaugura no achincalhe? A pretensa “pacificação dos espíritos”, de resto, foi sempre uma farsa grosseira, pois à época da anistia não havia o menor vislumbre de oposição armada ao regime. Tudo se passou como se um ditador corrupto qualquer, desejando abandonar o poder sem riscos, negociasse com o sucessor uma pré-anistia para os seus desmandos<sup>1</sup>.

261

Pois bem, essa passagem nos desloca para os tempos da Lei de Anistia: o que a antecedeu, o da sua elaboração e o que a sucedeu e, mais do que isso, à (re)conciliação desses tempos. Do ponto de vista estrito da Constituição, as passagens igualmente não foram tranquilas. (Des)ordens outorgadas marcam a (trans)constitucionalidade como passagens interrompidas. Os parênteses que envolvem o “des” sugerem dois conceitos que se antagonizam. Ordem e desordem. Do ponto de vista constitucional, o período que se inicia em 9 de abril de 1964 com o AI-1 e vai até 27 de

---

<sup>1</sup> Ver ainda Bastos (2009, p. 184).

novembro de 1985 com a EMC nº 26 (Brasil, 1985), que convocou a Assembleia Nacional Constituinte, é, assim, tortuoso e cheio de interrupções.

Vejamos: havia uma ordem, a Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946, resultado do poder constituinte, instalado pela Lei constitucional nº 13, de 12 de novembro de 1945, e que transformou o parlamento em constituinte originário. Essa Constituição foi elaborada com o compromisso de redemocratizar o país numa época em que o mundo olhava para as atrocidades da Segunda Guerra Mundial provocadas pela experiência totalitária<sup>2</sup>.

A Constituição de 1946 teve como papel deixar para trás a Constituição autoritária do Estado Novo, escrita por Francisco Campos. Nesse sentido, sua estrutura (re)fortaleceu os princípios republicano e federativo mas, sobretudo, o princípio democrático. Entretanto, foi durante a sua vigência que, em 31 de março de 1964, o general Mourão saiu de Juiz de Fora com suas tropas militares rumo ao Rio de Janeiro, dando início ao golpe contra o governo de João Goulart, à revelia, portanto, da ordem constitucional. O ato do general Mourão, ao qual aderiram, posteriormente, os demais chefes militares das respectivas regiões, foi um ato de violência, conspiratório, limitado a setores da corporação militar. Ainda, em 1 de abril de 1964, o Presidente João Goulart voou para Brasília e de lá para Porto Alegre e, nesse ínterim, o Presidente do Senado Auro Moura Andrade declarou vaga a presidência da república<sup>3</sup>. Ou seja, na

262

---

<sup>2</sup> É preciso sempre lembrar o que diz Hannah Arendt (1973, p. viii; tradução nossa) no prefácio da primeira edição de *As origens do totalitarismo*: “A tentativa totalitária da conquista global e da dominação total tem sido a resposta destrutiva para todos os impasses. Sua vitória pode coincidir com a destruição da humanidade; onde quer que ela tenha governado, começou a destruir a essência do homem. Assim, virar nossas costas às forças destrutivas do século de nada serve.”

<sup>3</sup> Em 21/11/2013, em sessão simbólica, foi aprovado projeto de resolução que anula a sessão legislativa de 2/4/1964, na qual o Presidente João Goulart fora destituído do cargo. Embora tardiamente, a aprovação mostra o potencial que a memória tem na (re)construção de práticas democráticas desvinculadas de sua gênese autoritária.

esteira do general Mourão, o presidente do Senado age com violência, não só em relação ao presidente da República, mas à ordem constitucional. Com isso, se resolveu dar posse ao Presidente da Câmara Ranieri Mazzilli; entretanto, o Presidente João Goulart ainda estava em território brasileiro (e a vacância do cargo só se configuraria se ele deixasse o país sem autorização do Congresso), o que ratificava a inconstitucionalidade de todos aqueles atos.

Como podemos perceber, o limiar entre a ordem e a desordem jurídico-constitucional é muito tênue, especialmente porque a todo momento a ordem constitucional é alterada para que se compatibilize com os atos políticos. Ou seja, o levante militar que se apresentara como um movimento da ordem constitucional demonstrava, pelas suas ações, exatamente o contrário. É claro que, em situações como essa, o limite entre ordem e desordem constitucional torna-se frágil, porém, é justamente o desmanche constitucional imediatamente feito pelos militares e pelos parlamentares e demais políticos que aderiram ao levante que nos permite falar em golpe. Naquele momento, houve várias propostas de restrição de direitos políticos, sem qualquer respeito à Constituição de 1946, a qual foi reduzida a pó, quando Francisco Campos (que fora o autor da carta outorgada de 1937) aderiu (convenientemente) à tese acerca da legalidade da “revolução” e, com esse ânimo “revolucionário”, redigiu, juntamente com Carlos Medeiros, em 9 de abril de 1964, à revelia da Constituição vigente, o primeiro Ato Institucional (AI)<sup>4</sup>. Essa legislação excepcional continha onze artigos limitando os poderes do Legislativo e do Judiciário e ampliando os do Executivo, como, por exemplo, o poder do presidente de cassar manda-

---

<sup>4</sup> O Ato Institucional não foi originariamente numerado, pois previsto para ser o único ato excepcional. Somente em 1965, com o Ato Institucional nº 2, que aquele foi numerado. Após o precedente numérico, aparentemente perdeu-se o pudor da utilização de atos excepcionais, tanto que foram dezessete atos institucionais no decorrer da ditadura militar.

tos políticos, cancelar direitos, demitir funcionários públicos e militares, e, não menos importante, o de “simplificar” o processo legislativo de maneira a consolidar o protagonismo do Executivo em detrimento do Legislativo.

Do ponto de vista teórico, Francisco Campos foi implacável quando vinculou o golpe à ideia de revolução e esta ao poder constituinte. De fato, a única situação em que o poder constituinte é originário, isto é, inicial, autônomo e incondicionado, é a revolucionária. A teorização de Campos foi no sentido de que a ilimitação do poder constituinte fazia com que a “revolução” não dependesse do Congresso para sua legitimação, mas este é que se legitimava pelos acontecimentos revolucionários. Entretanto, no mesmo preâmbulo do AI trata-se da manutenção da Constituição de 1946, algo impensável na teoria clássica do poder constituinte de Sièyes<sup>5</sup>. A dualidade entre revolução e manutenção presente no preâmbulo do AI-1 permanece durante todo o regime. Assim, apesar da justificativa do AI-2 alegando a continuidade da revolução, todos os fatos ocorridos mostravam que o país não vivia uma revolução, mas um golpe organizado pela hierarquia militar e apoiado por setores conservadores das elites políticas e da classe média. Golpe este que contou com maciço apoio dos juristas<sup>6</sup>.

De toda forma, desde o dia 9 de abril de 1964, a Constituição de 1946 convivia com o Ato Institucional<sup>7</sup> n° 1: este

264

---

<sup>5</sup> Sièyes participou ativamente do processo da Revolução Francesa, em 1789, em cujo contexto escreveu um manifesto intitulado “O que é o Terceiro Estado?” (*Qu'est-ce que le Tiers État?*), no qual apresenta a teoria do poder constituinte, ou seja, de que toda constituição pressupõe um poder constituinte inicial, autônomo e incondicionado. Ver Sieyes (1970).

<sup>6</sup> Segundo Anthony Pereira (2010, p. 146): “Um aspecto especialmente relevante do golpe brasileiro, se comparado aos golpes chileno e argentino, foi a participação de juristas civis, que não apenas conferiram legitimidade jurídica aos atos militares como também estabeleceram vínculos entre as forças armadas e o Judiciário civil”.

<sup>7</sup> Embora não tenha localizado nenhum trabalho quanto à criação desse tipo normativo, a pesquisa em jornais sugere que não foi criação do regime civil-militar. Em consulta à base de dados do jornal *O Estado de S. Paulo*, verificamos que a primeira

outorgado pelos golpistas, aquela promulgada pela assembleia constituinte; ele fundado em uma legitimidade forjada, amparada na falsa ideia de revolução, ela fruto do poder constituinte de 1945-1946.

Essa relação dúbia entre Constituição e atos institucionais gerou uma curiosa resposta teórica, a de que os atos institucionais eram considerados leis superiores à própria Constituição, na medida em que poderiam alterá-la. Segundo Ciotola (1997, p. 105), os atos institucionais tiveram ciclos distintos, o que expressa que a legalidade autoritária seguiu um padrão de distensão e recrudescimento, assim como o regime, ou seja, a legalidade autoritária foi *ad hoc*.

A relação, às vezes conflitiva, entre atos institucionais e Constituição formam uma parte importante da memória do STF, que foi chamado a decidir em alguns casos envolvendo atos institucionais. Nessas provocações, o STF em nenhum momento discutiu a validade dos atos institucionais ou de suas prescrições, atendo-se a decidir com base em critérios interpretativos qual deveria prevalecer (Constituição ou Ato Institucional).

Carlos Medeiros Silva (1964, v. 347, p. 7)<sup>8</sup>, um dos principais ideólogos da ditadura, defendia a hierarquia do ato institucional como lei constitucional temporária, e, em caso de conflito com normas da Constituição de 1946, prevaleceria aquele: “alguns preceitos da Constituição de 1946 deixarão de vigorar porque outros, também de natureza constitucional, inscritos no próprio Ato, sobre aqueles prevalecerão”.

---

utilização do termo ocorre em 3 de setembro de 1946 e a próxima menção ocorre em matéria de 2 de novembro de 1949. Aparentemente o “Ato Institucional” era utilizado no período constituinte até que a nova constituição estivesse pronta.

<sup>8</sup> Carlos Medeiros Silva foi promotor público, consultor jurídico para órgãos da administração federal, chefe de gabinete do ministro da justiça, e procurador-geral da República (1957-1960). Participou da elaboração de diversas leis e, por décadas, foi o redator-chefe da *Revista Forense* e da *Revista de Direito Administrativo*. Foi nomeado (após a ampliação de vagas de ministros do STF feita pelo AI-2) para o STF. Foi também ministro da Justiça (de 19/7/1966 a 15/5/1967). Silva é um excelente exemplo do perfil dos juristas civis que tiveram papel fundamental na montagem da engenharia constitucional que marcou o regime militar. Ver Valério (2010).

Seguindo Marcus Figueiredo, Ciotola (1997) estabelece a existência de três ciclos políticos no processo revolucionário. O primeiro deles estende-se da edição do Ato Institucional nº 1 até outubro do ano seguinte, quando houve a edição do Ato Institucional nº 2. Esse primeiro ciclo poderia ser considerado como a defesa de uma legalidade revolucionária, pois a revolução teria a potencialidade de agir além das instituições. A segunda fase é marcada pela reforma política para garantir sua continuidade. Ou, em termos de Pereira (2010), o AI-2 representa uma modificação no sentido de institucionalização do regime. Esse período estende-se até a edição do Ato Institucional nº 5, em dezembro de 1968. O terceiro ciclo seria marcado por aumento da repressão do regime.

266

Uma análise importante acerca dos atos institucionais diz respeito aos atores que os editaram. O AI-1 foi editado pelo automeado Comando Supremo da Revolução, o qual correspondia aos ministros militares – autoinvestidos no cargo – da Aeronáutica Francisco de Assis Correia de Melo; da Marinha, Augusto Hamann Rademaker; e da Guerra, Arthur da Costa e Silva.

Formalmente, o país era governado pelo Presidente da Câmara dos Deputados Ranieri Mazzilli, após a decretação da vacância do cargo do presidente da República João Goulart. O que podemos perceber aqui é que a revolução não poderia ser identificada com um civil no poder, mas deveria ser relacionada a um poder superior, absolutamente excepcional.

Os principais jornais do Brasil trouxeram informações distintas acerca do primeiro Ato Institucional, entretanto nos três consultados – *Folha de S. Paulo*, *Jornal do Brasil* e *Estado de S. Paulo* –, frisa-se a existência de um impulso legalista e a autolimitação da revolução. A outorga por parte do Comando Supremo da Revolução teria sido uma orientação de Francisco Campos. Segundo o jornal *Folha de*

*S.Paulo*, de 9 de abril de 1964 (p. 40), “inicialmente estava assentado que o documento seria de responsabilidade do poder militar”, mas surgiram dúvidas sobre a conveniência de sua promulgação pela discordância entre a Junta Militar, o Presidente Mazzilli e o presidente do Congresso acerca da fórmula. Diz ainda o jornal que os líderes partidários, assessorados pelo ministro da Justiça, elaboraram uma nova minuta do ato que seria decretado pelo Congresso, com apoio das forças militares. Entretanto, essa solução foi considerada inadequada por Francisco Campos pois

[...] todo Ato Institucional que saísse sob responsabilidade do Congresso, ainda que expressamente apoiado pelas forças militares, seria sempre uma ato discutível perante a Justiça. “Só a força – opinou ainda o sr. Campos – tem autoridade para dizer ao Congresso, à Justiça, que quer fazer tais e quais coisas, e não haverá nunca remédio contra essa sua decisão”.

267

Continuando a matéria jornalística, segundo o marechal Juarez Távora,

[...] é provável que haja muitas exceções drásticas para que aqueles que fizeram a revolução se sintam à vontade, tenham os instrumentos necessários para realizar aquilo que eles chamam de expurgo necessário. [...] mas, de qualquer maneira, gostaria de dizer à casa que senti um alívio quando me certifiquei de que não vamos assumir a responsabilidade daquilo que só a força pode fazer, e a força, neste caso, não somos nós, senão dentro da lei. A força está lá, dentro ou fora da lei.

No *Jornal do Brasil*, as manchetes do dia 9 de abril de 1964 foram claramente favoráveis ao “movimento revolucionário”. Na primeira página do jornal, pode-se ler a seguinte passagem acerca do AI:

Os políticos e a lideranças partidárias agem como se não houvesse no País uma legalidade revolucionária. Mas há. Existe uma legalidade revolucionária. Os limites dessa legalidade não estão inscritos na Constituição por força dos fatos do poder. Os chefes dessa legalidade desejam voltar à obediência integral da Constituição, depois de cumpridos os objetivos de depuração do País daqueles brasileiros que pretenderam ferir a Constituição na sua essência: a ordem econômica e social, extinguiu-se, ao mesmo tempo, a democracia representativa. Desejam voltar ao império total da lei escrita. Não consentirão, porém, que ela lhes tolha os atos essenciais aos fins visados. E entre esses fins está o restabelecimento imediato do Executivo novo. [...] Os homens passam e as instituições devem continuar. Continuar, porém, purificadas, como se impõe.

268

Na página 4, na coluna do jornalista Carlos Castello Branco, há uma nota intitulada “Lei do Congresso para a revolução”, na qual estabelece a existência de indecisão no comando militar sobre o assunto. Mais adiante, entretanto, menciona estudo feito pelo senador Afonso Arinos, que teria sido transmitido à Bilac Pinto. Neste estudo:

[...] o Senador fixa a realidade histórica de que o direito, em sua origem, tanto é instituído como outorgado, citando exemplo de direitos gerados por revoluções. Fixada a tese, sugere que o Congresso vote uma lei revolucionária de fato e constatando os objetivos declarados da revolução para, finalmente, autorizar o Presidente da República a presidir um conselho constituído de Ministros militares com a finalidade de executar, por determinado espaço de tempo, o programa da revolução. Trata-se, no fundo, de uma adaptação da solução francesa, dada quando da intervenção do General De Gaulle na situação do País, com a diferença de que na França se pôs o Congresso em recesso e aqui o Congresso continuaria funcionando. A lei criaria um estado de sítio virtual para fins

não contemplados pela Constituição. A fórmula teve pronta receptividade nos meios políticos-partidários, pois parece ser o instrumento adequado a compor o empenho revolucionário com os compromissos legalistas do Congresso. Os líderes parlamentares deslocaram-se ontem, em massa, para o Rio, a fim de examinar a viabilidade desse projeto.

Onze atos institucionais foram decretados pelos presidentes da República: do AI-2 ao AI-4, por Castello Branco; e do AI-5 ao AI-11, por Costa e Silva. Ou seja, podemos visualizar aqui a utilização de uma legalidade autoritária conservadora, na medida em que não atua mais em sentido de defesa da ilimitação revolucionária, mas de institucionalização do regime.

Em seguida, aparece um novo ator: a Junta Militar formada pelos ministros do Exército, da Marinha e da Aeronáutica. Isso ocorre devido à doença do Presidente Costa e Silva e do afastamento do Vice-Presidente Pedro Aleixo, que foi impedido de assumir o cargo, pois enquanto civil era considerado desqualificado para exercê-lo. A Junta Militar editou os Atos Institucionais nº 12 ao nº 17.

Carlos Medeiros Silva foi um dos juristas que atuou na tarefa de conferir legitimidade à utilização do direito pela ditadura. Teve função importante na construção da legalidade autoritária tanto através da elaboração do AI-5 (um dos atos mais restritivos de liberdades individuais) quanto da interpretação e aplicação feita enquanto ministro do STF. Em artigos publicados em revistas jurídicas relevantes do período, Carlos Medeiros Silva ajuda a construir a doutrina da legitimidade e legalidade dos atos institucionais.

Novamente Silva (1964, v. 347, p. 7) estabelece que o Comando da Revolução escolheu manter a Constituição.

Não quis, o Comando da Revolução, que editou o Ato, outorgar uma Carta Constitucional, com a ab-rogação da

Constituição até então vigente; preferiu derogá-la, por prazo certo, naquilo que tornou explícito.

Silva (1964, v. 347, p. 17) explica a necessidade de estabelecer mudanças no processo legislativo no sentido de conferir poderes ao Executivo e, ainda, estabelecer processo mais célere. É este o principal tópico trazido pelo primeiro AI, mas, além da doutrina acerca da necessidade de “aprimoramento” do processo legislativo, Silva também defende a figura normativa do ato institucional como adequada às modificações propostas. Segundo ele:

270

A prática do Ato Institucional está ainda em seus primórdios e restrita aos atos discricionários. Mas a opinião pública clama por reformas de natureza legislativa e a experiência dos novos métodos dirá da conveniência, ou não, de serem eles incorporados, após 31 de janeiro de 1966 [vigência do AI-1], ao texto constitucional permanente, a exemplo do que ocorre em outros países (Silva, 1964, v. 347, p. 17).

Em artigo publicado na *Revista Forense* em outubro de 1964 (o qual é um resumo de entrevista de Carlos Medeiros Silva publicada no jornal *O Globo*), é feito um balanço dos seis primeiros meses de aplicação do Ato Institucional.

Segundo Silva (1964, v. 208, p. 375; grifos nossos):

*O Ato Institucional foi o instrumento jurídico da revolução e sem ele o movimento civil e militar de março se confundiria com um golpe de Estado ou uma revolta destinada apenas a substituir ou afastar pessoas dos postos de comando e de influência no governo. A opinião pública vitoriosa reclamava sobretudo a imediata restauração da ordem administrativa, econômica e financeira do País e a prática de atos destinados a impedir a deterioração do regime democrático.*

Nesse trecho, se percebe a preocupação de Carlos Medeiros Silva na utilização do instrumento jurídico reputado como adequado para legitimar a revolução e diferenciá-la de outros movimentos. Mas, ao mesmo tempo que se defende a excepcionalidade do movimento, que, caso queira, pode revogar a Constituição, como visto anteriormente, também se utiliza um instrumento jurídico para tornar claro que não é um golpe de Estado. Esse paradoxo volta a se fazer presente no seguinte trecho:

Um instrumento de natureza constitucional era indispensável e este foi editado com o propósito de restabelecer imediatamente, com a eleição do novo presidente, a ordem jurídica em todo o País. [...] A manutenção dos poderes constituídos, no plano nacional o [sic] estadual, com as exceções que a própria natureza da revolução impunha, foi a primeira manifestação de que o Ato não tinha por objetivo a criação de um regime autocrático, desvinculado do passado e do presente. [...] Preservados os órgãos da soberania nacional, como o foram, o afastamento imediato de pessoas ou postos eletivos ou de natureza judicial, ou administrativa, como sói acontecer em época revolucionária, visava a possibilitar-lhes o pleno e regular funcionamento, sem o risco de perturbar-se a realização da ingente tarefa que o Governo tinha que enfrentar. Com esse propósito o ato definiu claramente o seu objetivo fixando prazos e estabelecimento de limitações, a fim de livrar as instituições e os seus órgãos daqueles que não souberam ou não quiseram cumprir os compromissos assumidos perante a Nação. Este aspecto do Ato que alguns denunciam como incompatível e contraditório com a revolução foi sua mais feliz inspiração (Silva, 1964, v. 208, p. 375).

271

O primeiro Ato Institucional surgiu como meio de legitimar a revolução. Já o segundo teve por função primordial institucionalizá-la, através de modificações feitas no Poder

Judiciário, inclusive no STF, dentre outros assuntos. Até 1966, a Constituição de 1946 conviveu com emendas constitucionais, atos institucionais e atos complementares. Em 1966, começa a surgir a defesa de que a Constituição de 1946 não é mais capaz de lidar com as novas demandas. A partir daí passam a ser publicados artigos sobre a necessidade de promulgar uma nova Constituição.

O marechal Castello Branco, primeiro presidente após o golpe, ligado tradicionalmente à ala militar moderada, decretou quatros atos institucionais durante o seu governo e uma nova Constituição, outorgada em 24 de janeiro de 1967, entrando em vigor em 15 de março com a posse do novo presidente, o marechal Costa e Silva<sup>9</sup>.

272

A Constituição de 1967 suprimiu direitos fundamentais como a liberdade em quase todas as suas dimensões, mas, especialmente, a de expressão e pensamento, a de publicação e a de reunião. Além da supressão de direitos fundamentais, estabeleceu o foro militar para os civis em caso de crimes contra a segurança externa do país ou contra as instituições militares (art. 108, §1º). Ainda, criou a pena de suspensão dos direitos políticos pelo STF para aquele que abusasse de tais direitos ou dos direitos de manifestação do pensamento, do exercício de trabalho ou profissão, de reunião e associação, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção (art. 151). Também, a Constituição de 1967 manteve todas as punições, exclusões e marginalizações políticas decretadas sob a égide dos atos institucionais. Mais do que isso, em seu artigo 173<sup>10</sup>, manteve a exclusão da apreciação

---

<sup>9</sup> Uma das hipóteses da necessidade da Constituição é que seria uma tentativa de Castello Branco limitar o poder de Costa e Silva, este pertencente à chamada linha dura.

<sup>10</sup> “Art. 173 – Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

I – pelo Governo federal, com base nos atos institucionais n° 1, de 9 de abril de 1964; n° 2, de 27 de outubro de 1965; n° 3, de 5 de fevereiro de 1966; e n° 4, de 6 de dezembro de 1966, e nos Atos Complementares dos mesmos Atos Institucionais;

judicial de atos cometidos com embasamento na legislação extraordinária, complicando ainda mais a já intrincada engenharia constitucional. Sua vigência foi até 17 de novembro de 1969, quando a Emenda Constitucional nº 1 a substituiu. Contudo, foi o AI-5, baixado em 13 de dezembro de 1968, o golpe mais certo e cruel do regime militar, a *ordem* mais violenta produzida e imposta pela ditadura. O princípio da supremacia da Constituição que já estava bastante fragilizado e relativizado foi, finalmente, aniquilado. Assim, nem formalmente (já que atos institucionais poderiam alterar a Constituição, por exemplo), e nem materialmente (pois na prática não havia nem separação dos poderes e nem proteção aos direitos fundamentais, marcas fundamentais do constitucionalismo moderno) havia prevalência da Constituição.

Pois bem, se a *ordem* instituiu a violência, qual então a diferença entre ordem e desordem? O Estado de Direito e com ele o constitucionalismo foram conquistas liberais para limitar o poder do governante, seus abusos, estabelecer direitos e garantias e, de repente, o que temos é a *ordem* instituindo, fomentando e mantendo a violência. Vale dizer, Estado de Direito apenas nominal, sem democracia, não nos exime de situações excepcionais que na sua radicalidade conduzem a um verdadeiro Estado de Exceção. Não no sentido de que nos fala Agamben<sup>11</sup>, mas sim um Estado no qual a Constituição não mais se aplica (ou mal se aplica)

273

---

II – as resoluções das Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos e Vereadores, fundados nos referidos Atos Institucionais;

III – os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares referidos no item I;

IV – as correções que, até 27 de outubro de 1965, hajam incidido, em decorrência da desvalorização da moeda e elevação do custo de vida, sobre vencimentos, ajuda de custo e subsídios de componentes de qualquer dos Poderes da República”.

<sup>11</sup> De que “O estado de exceção não é uma ditadura (constitucional, inconstitucional, comissária ou soberana), mas um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas – e, antes de tudo, a própria distinção entre público e privado – estão desativadas” (Agamben, 2007, p. 78).

e os governantes da hora invocam regras específicas para combater o “inimigo” interno e externo.

Pois bem, o AI-5 foi sucedido pela Emenda Constitucional (EMC) nº 1, de 1969, e por outros tantos atos institucionais e complementares, reafirmando o que dissemos antes sobre regras específicas e excepcionais que caracterizam um Estado de Exceção ou um Estado na exceção. Nos anos seguintes, o governo do general Médici, amparado pelo AI-5 e pela doutrina de segurança nacional, intensificou a violência através da prática de tortura aos que resistiam contra a ditadura, pois, segundo o general, era uma guerra depois da qual seria possível devolver a paz ao Brasil. Mais uma vez, a realidade é forjada e a *ordem* imponderável: da *revolução* seguiu a *guerra*, na qual vige a excepcionalidade legal e em nome da qual se permite o sacrifício da vida.

274 Em 1974, o general Médici foi sucedido pelo general Ernesto Geisel, ainda sob a vigência do AI-5 e da EMC nº 1 de 1969. Apesar de o governo anunciar uma gradual abertura, em 1977, quatorze emendas à Constituição e seis decretos-lei conhecidos como “Pacote de Abril” determinaram: (1) a diminuição do quórum de dois terços para aprovação de emenda à Constituição para o quórum de maioria absoluta de cada uma das casas; (2) a criação dos senadores biônicos nomeados pelas assembleias legislativas dos estados; (3) a prorrogação do mandato do presidente para seis anos e a alteração da proporcionalidade dos representantes na câmara dos deputados, de forma a beneficiar os estados menores, nos quais, aparentemente, o regime militar tinha um eleitorado mais subserviente. Ou seja, o próprio poder de reforma da Constituição foi reformado em relação aos seus limites formais. Tais reformas constitucionais ratificavam a excepcionalidade da *ordem*, sem falar na violência perpetrada pelos agentes do Estado que seguia em pleno vapor e sem limites.

Pois bem, a previsão de vigência do AI-5 era de dez anos; com a sua revogação também se revogou a suspensão

dos direitos políticos. No ano de 1978, sob a vigência da EMC nº 1 de 1969, assumiu a presidência da república o general João Batista Figueiredo e a anistia é colocada na agenda – não sem oposições – do quinto governo militar após o golpe de 1964, bem como a necessidade de sua regulamentação. Assim, a Lei de Anistia é pautada em meio a uma desordem constitucional que facilitou a feitura de uma lei como os militares desejavam (e estavam habituados), isto é, formal e materialmente excepcional. O fato é que a Lei de Anistia, a pretexto da distensão do regime, teve um procedimento ainda autoritário e um conteúdo democrático ambíguo. Lembremos que, para alguns autores, como Adriano Codato (2005), o processo de transição teria durado até 1989, incluindo, portanto, o governo do presidente civil José Sarney. Desse modo, é no mínimo razoável compreender que não houve possibilidade de participação efetivamente democrática, mas sim uma participação contida e circunscrita.

275

### **A Lei de Anistia e inexistência de um pré-compromisso**

A sociedade civil brasileira, na medida do possível<sup>12</sup>, se mobilizou para discutir a (futura) Lei de Anistia, especialmente através de algumas entidades organizadas como o Comitê Brasileiro pela Anistia, a Associação Brasileira de Imprensa (ABI), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), entre outras. A anistia era uma demanda do povo brasileiro, cuja mobilização ganhou espaço a partir de 1978, todavia nos limites de um governo ainda ditatorial e que ensaiava

---

<sup>12</sup> Na medida do possível, pois ainda o país vivia sob uma forte restrição do exercício dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e pensamento, de reunião e associação, de convicção filosófica e de credo etc. A censura continuava a ser uma estratégia do regime para controlar o fluxo de informação na sociedade e sua consequente mobilização, o Congresso Nacional tinha no Senado um terço de parlamentares biônicos e as instâncias formais de discussão e deliberação não dispunham de procedimentos democráticos.

uma lenta e gradual abertura para a democracia. A Lei de Anistia, no entanto, tal qual foi aprovada em 1979, pouco refletiu a vontade popular, pois fruto de um projeto que nasceu nos gabinetes do governo militar. Nesse sentido, ela foi *coerente com a controlada abertura do “processo revolucionário”*<sup>13</sup>. Ainda, o Congresso que votou a referida lei tinha um terço da composição do Senado de parlamentares biônicos, ou seja, não escolhidos pelo voto popular.

Ao contrário do que o governo militar na época quis fazer crer (e do que parte do governo Lula defendeu em 2010)<sup>14</sup>, não houve uma discussão robusta em torno da Lei

---

<sup>13</sup> Conforme petição de ingresso como *Amicus Curiae* na ADPF 153 em nome da Associação Democrática Nacionalista de Militares (ADNAM), elaborada pelo Núcleo de Pesquisa em Constitucionalismo e Democracia do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR e subscrita pelos seus membros advogados e pesquisadores em março-abril de 2010: Vera Karam de Chueiri, Egon Bockmann Moreira, Katya Kozicki, Eneida Desiree Salgado, Tanya Krystiane Kozicki de Mello, Claudia Maria Barbosa, Danielle Anne Pamplona, Melina Girardi Fachin, Nicole P. S. Mader Gonçalves, Bruno Lorenzetto, José Arthur Castillo de Macedo, Miguel Gualano de Godoy, Beatriz Rupp Kavanagh, Joanna M. de A. Sampaio, Alessandro Passari, Heloisa Fernandes Câmara, Felipe Bley Folly, Amélia Sampaio Rossi e Fernanda Gonçalves. Delfim Neto afirma que “a abertura foi uma decisão interna” dos militares, em que a oposição “nem ajudou nem atrapalhou” (apud Teixeira da Silva, 2003, p. 256).

<sup>14</sup> Ver, na ADPF 153, as manifestações do Advogado Geral da União Luís Inácio Adams e do Procurador Geral da República Roberto Gurgel, bem como da Assessora Jurídica do Congresso Nacional Gabrielle Tatith Pereira. E também as declarações do Ministro da Defesa na época, Nelson Jobim. Do relatório do Ministro Eros Grau em seu voto, destacamos as seguintes passagens: O Senado Federal alegou “[...] inépcia da inicial, vez que a Lei da Anistia teria esgotado seus efeitos no mesmo instante em que entrou no mundo jurídico, há trinta anos, na vigência da ordem constitucional anterior. A Advocacia Geral da União encaminhou manifestação. A Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça [...] afirma que deveria ser declarada inconstitucional a interpretação que estende a anistia aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar. A Advocacia Geral da União conclui pelo não conhecimento da presente arguição e, no mérito, pela improcedência do pedido. Sustenta [...] a ausência de comprovação da controvérsia judicial e a falta de impugnação de todo o complexo normativo. No mérito, que a abrangência conferida, até então, à Lei n° 6.683/79, decorre, inexoravelmente, do contexto em que fora promulgada, sendo certo que não estabeleceu esse diploma legal qualquer discriminação, para concessão do benefício da anistia, entre opositores e aqueles vinculados ao regime militar. Dessa forma, desde a promulgação do diploma legal prevalece a interpretação de que a anistia concedida pela Lei n° 6.683/79 é ampla, geral e irrestrita. [...] [Q]ue a pretensão contida nesta ADPF é de mudança de interpre-

de Anistia com a participação, direta ou indireta, da sociedade civil, de forma que não é possível antevermos na lei a existência de um pré-compromisso. Em outras palavras, não houve debate nacional, nem debate parlamentar suficientes para caracterizar um fórum de discussão no qual houvesse espaço para o dissenso: *prevaleceu o texto enviado pelo Poder Executivo com poucas variações, vitorioso por curta margem em um Congresso manietado*. Isto pois foi rejeitada a proposta de convocação das entidades representativas, como a OAB, a ABI e a CNBB e o partido do governo sistematicamente esvaziou as reuniões na Comissão Mista<sup>15</sup>.

---

tação do texto normativo – segundo o qual a anistia seria uma benesse ampla e irrestrita – e que essa limitação consubstanciaria modificação da própria hipótese de incidência do preceito, o que contrariaria a intenção do legislador”. Prossegue, “considerando-se que entre a edição da Lei n° 6.683/79 e a promulgação da nova ordem constitucional transcorreram praticamente dez anos, é certo que a anistia, tal como concedida pelo diploma legal, ou seja, de forma inegavelmente ampla, produziu todos os seus efeitos (fato consumado), consolidando a situação jurídica de todos aqueles que se viram envolvidos com o regime militar, quer em razão de oposição, quer por atos de repressão. [...] Destarte, o desfazimento da situação jurídica existente quando da inauguração da nova ordem constitucional esbarra, por certo, no princípio da segurança jurídica, ínsito ao Estado Democrático de Direito e garantido pela própria Carta de 1988. Diz que a alteração superveniente da abrangência da anistia colidiria com o princípio da irretroatividade da lei penal, contemplado no artigo 5º, inciso XL, da Constituição do Brasil. A anistia conferida pela Lei n° 6.683/79 teria sido ratificada pela Emenda Constitucional n° 26/85. Conclui no sentido de que a pretensão, do arguente, de restringir o alcance de aplicação do preceito contido no § 1º do artigo 1º da Lei n° 6.683/79 é vedada pela Constituição do Brasil em razão do postulado do Estado Democrático de Direito e do princípio da segurança jurídica. O Procurador Geral da República opina [...] pelo conhecimento da ADPF e, no mérito, pela improcedência do pedido. [...] Afirma que a análise da questão posta nestes autos demanda o exame do contexto histórico em que foi produzida a lei da anistia. A anistia tem índole objetiva, não visando a beneficiar alguém especificamente, mas dirigindo-se ao crime, retirando-lhe o caráter delituoso e, por consequência, excluindo a punição dos que o cometeram. Prossegue dizendo que [...] [A] anistia, no Brasil, todos sabemos, resultou de um longo debate nacional, com a participação de diversos setores da sociedade civil, a fim de viabilizar a transição entre o regime autoritário militar e o regime democrático atual. A sociedade civil brasileira, para além de uma singela participação neste processo, articulou-se e marcou na história do país uma luta pela democracia e pela transição pacífica e harmônica, capaz de evitar maiores conflitos”. (cf. Supremo Tribunal Federal, s.d.).

<sup>15</sup> Conforme petição de ingresso como *Amicus Curiae* na ADPF 153 (2010).

A Lei de Anistia foi aprovada na Câmara por 206 votos contra 202, incluindo 15 deputados do partido do governo, a Arena. Sem procedimentos deliberativos democráticos, a Lei foi aprovada com cláusulas absolutamente indiscutíveis ou inegociáveis, como a que determinava a extensão da anistia aos chamados crimes conexos (§ 1º do art. 1º da Lei 6.683/79). Ora, que pré-compromisso houve se o projeto de lei foi sequer discutido com as entidades da sociedade civil e tão pouco no parlamento, sendo aprovado por uma pequena margem de votos pelos governistas? Ou seja, que pré-compromisso houve sem condições de exercício da oposição, sem liberdade de expressão e pensamento, sem liberdade de informação (dos meios) e sem legitimação democrática direta e indireta? Isso mostra que o propalado acordo nacional em torno de uma pacificação rumo à democracia, em verdade, não passou de uma imposição do governo militar, a fim de deixar impunes os agentes públicos responsáveis por crimes como tortura, assassinatos, desaparecimentos forçados, entre outros. O único pré-compromisso que pode ser vislumbrado é o que garante aos torturadores a anistia irrestrita, um acordo entre o governo e a “linha dura”, que impõe um silêncio sobre o passado: uma regra-mordaca<sup>16</sup>. Não por acaso, na Argentina, a Corte Suprema de Justicia de La Nación (2005) declarou inconstitucional as leis “*del punto final*” e “*obediencia debida*”, ressaltando em sua decisão a orientação dada pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, de que o compromisso feito pelo Estado em relação ao seu passado autoritário recente, especificadamente a anistia, é incompatível com os direitos consagrados no Pacto Civil, por privar as vítimas da justiça devida<sup>17</sup>. Nas palavras do voto do Dr. Antonio Boggiano:

---

<sup>16</sup> Conforme petição de ingresso como *Amicus Curiae* na ADPF 153 (2010). Ver ainda Holmes (1999, pp. 49-88).

<sup>17</sup> Conforme petição de ingresso como *Amicus Curiae* na ADPF 153 (2010).

Si alguna improbable interpretación de las leyes 23.492 y 23.521 condujese al resultado de juzgar amnistiados delitos de lesa humanidad aquéllas serían tanto manifiestamente contrarias al derecho internacional como al derecho constitucional argentino (Corte Suprema..., 2005, p. 2056).

O Brasil, desde 1978, silencia, eloquentemente, sobre a falsa existência de um acordo nacional em torno da Lei de Anistia. Isto, pois, não havia ali uma simples Lei de Anistia, mas uma lei que qualificava a anistia como ampla, geral e irrestrita e, dessa forma, garantia a impunidade aos agentes do Estado que torturaram e assassinaram ao arrepio dos tratados internacionais que condenam crimes contra a humanidade<sup>18</sup>.

### *A Lei de Anistia: a continuidade da ditadura*

A anistia regulada pela Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, dispõe:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

§ 1º – Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

---

<sup>18</sup> Além dos tratados em âmbito regional, o Brasil também é parte, entre outros instrumentos, do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e da Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis Inumanos e Degradantes.

§ 2º – Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

A compreensão do sentido da Lei está nesse primeiro artigo e seus parágrafos. Tudo o que segue é um desdobramento deles. Assim decorre da interpretação que fazamos (a partir) do artigo 1º e parágrafos os possíveis sentidos da Lei: o que os militares acordaram entre si, o que a OAB, a ABI, a CNBB, o Comitê Brasileiro de Anistia, entre os outras entidades organizadas da sociedade civil, discutiram entre si, o que o Poder Judiciário, especialmente o STF, atribuiu e, finalmente, o que a comunidade brasileira esperava ora coincidente com o dos militares (e do STF), ora com o das entidades com algumas divergências. A partir do sentido interpretado, podemos afirmar (ou não) a não recepção parcial da Lei de Anistia. A ADPF 153 serviu a esse propósito, colocar em pauta, em face da Constituição de 1988, a incompatibilidade da interpretação tradicional da referida lei.

280

A teoria constitucional contemporânea enfrenta, desde a década de 1970, um acirrado debate entre originalistas e não originalistas. Essa é apenas uma das possíveis traduções para ideia de que a Constituição é aquilo que seus elaboradores (os constituintes originários) disseram que é ou, ao contrário, é aquilo que seus intérpretes dizem que é. *Grosso modo*, o significado da Constituição é aquilo que coincide com a intenção de seus elaboradores ou é construído a partir de outros critérios utilizados por seus intérpretes, sobretudo no momento de sua aplicação<sup>19</sup>. *Mutatis mutandis* a mesma

---

<sup>19</sup> Ver a respeito Ackerman (2000), Dworkin (1977, 1986, 2000), Ely (1980); Michelman (1999), Nino (1996). Esses autores, ao tratarem da relação entre constitucionalismo e democracia, sublinham, cada um à sua maneira, como o debate constitucional, durante algum tempo, foi dominado ora pelo textualismo ora pelo interpretativismo, isto é, pela compreensão literal das normas firmemente estabelecidas na Constituição escrita ou pelas normas que podem ser descobertas pela interpretação livre dos juízes.

linha de argumentação se aplica para pensarmos a Lei de Anistia, isto é, seu significado é dado pela intenção dos que a elaboraram, os militares, ou pelos seus interpretes, especialmente as autoridades executivas e judiciais? Na esteira da intenção dos militares, o sentido do artigo 1º é textual e não ofende a Constituição de 1988, ou seja, a anistia é concedida, indistintamente, a todos que cometeram crimes políticos ou conexos e, assim, geral; os crimes conexos são aqueles de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política e, assim, a anistia é irrestrita, alcançando os cidadãos brasileiros que resistiram ao regime de exceção e contra este lutaram, como também os agentes do Estado que torturaram, mataram e fizeram desaparecer aqueles cidadãos. Anistia que igualou as violações de direitos humanos praticadas pelo Estado através de seus agentes aos atos cometidos por cidadãos ou grupos de cidadãos contra a ditadura militar. Vale dizer, a intenção dos militares era a promoção pelo Estado de uma autoanistia. Ela autorizaria o esquecimento dos crimes políticos cometidos pelos cidadãos contra o Estado, como também dos crimes cometidos pelo Estado contra seus cidadãos, não importando se estes violaram os direitos humanos. Anistia de mão dupla. Anistia que possibilitou ao Estado o autojulgamento, princípio este rejeitado pelo direito.

Seguindo a intenção de seus feitores, o caráter irrestrito da Lei incluía os crimes políticos e os chamados crimes conexos, os quais implicam a existência denexo entre os delitos cometidos, isto é, um delito que tenha sido cometido para ocultar outro delito ou para assegurar a si ou a outros o produto, proveito ou a impunidade do delito. Assim, haveria a possibilidade de aplicação da Lei de Anistia aos crimes conexos, fato esse que possibilitou livrar os agentes do regime militar da responsabilidade de seus atos e, por consequência, de responderem por eles. Isto, pois, a intenção dos feitores da lei é que a mesma se estendesse aos que tivessem cometido

crimes conexos aos delitos políticos, em especial, aos agentes do Estado como se a ação destes fosse conexa à motivação política dos que resistiam ao regime militar.

Ainda, em relação aos crimes políticos, a intenção dos feitores da Lei era a de que só seriam anistiados aqueles que ainda não tivessem sido julgados, ou seja, a Lei de Anistia só se aplicaria a quem ainda não tivesse sido julgado por crime comum, de forma que o sujeito já julgado e condenado permanecería preso enquanto quem ainda não tivesse sido sentenciado poderia recuperar seus direitos. Ora, que anistia é essa que remete tão somente aos casos ainda não julgados quando seu princípio é o de que o esquecimento do crime praticado se estenda à ação penal e à execução da pena?

Do ponto de vista da intenção dos militares, a Lei de Anistia estava totalmente de acordo com a Constituição de 1969, aliás, suas intenções coincidiam e, em relação à Constituição de 1988, igualmente as intenções dos militares coincidiam com a intenção dos constituintes. Esse argumento originalista e textualista foi o mesmo que sustentou com veemência o Advogado Geral da União, para quem a pretensão contida na ADPF implicaria em mudança de interpretação do texto normativo (como se o sentido do texto fosse único e encerrado na ideia de uma anistia geral e irrestrita) e, mais, que contrariaria a intenção do legislador modificando a própria hipótese de incidência do preceito. Também, o ex-ministro do STF, ex-deputado e ministro de Estado da defesa à época da ADPF, Nelson Jobim, classificou a ideia de revanchista, pois, na sua opinião, a Lei de Anistia foi a forma encontrada e acordada para fazer a transição do regime militar para o regime civil. Ainda, que “houve um compromisso com o futuro, sem retaliação com o passado”<sup>20</sup>. Para Jobim, a Lei de Anistia permitiu que houvesse a Constituinte

---

<sup>20</sup> Declaração feita ao jornal *Folha de S.Paulo*, 28 ago. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u607635.shtml>>. Acesso em: 9 abr. 2011.

e, nesse sentido, a intenção dos constituintes de 1987-1988, a exemplo dele, foi a da recepção da Lei pela Constituição de 1988, sem quaisquer antagonismos. Novamente, argumentos constitucionalmente inconsistentes, democraticamente frágeis e teoricamente conservadores reafirmam a convicção de que a Lei de Anistia, assim como a Constituição significam a intenção de seus feitores.

Esse argumento é assimilado pelo então Ministro do STF e relator da ADPF 153 Eros Roberto Grau, o qual considerou que a Emenda Constitucional nº 26/85, que “chamou” a Constituinte, teria expressamente referendado a Lei de Anistia<sup>21</sup>. Se o Ato Institucional utilizou a teoria do poder para atribuir ao “movimento revolucionário” a não limitação, aqui o argumento deturpa a própria teoria constituinte ao considerar que a ordem nova constitucional é instaurada através de uma emenda constitucional, a partir da própria Constituição ditatorial em vigor à época (ela mesma uma emenda)<sup>22</sup>, e não por uma Assembleia Constituinte propriamente dita.

Pois bem, é possível relacionar as teorias originalistas e textualistas a uma compreensão conservadora e antide-mocrática da Constituição. Ainda que sobre esse aspecto se possa divergir, este é o entendimento que defendemos aqui, amparadas por uma compreensão robusta (democrática) de Constituição, cujo sentido é construído e reconstruído, a partir de nossas vivências, de nossa história e de nossas instituições; do que nos torna, conforme Menelick de Carvalho

283

<sup>21</sup> Trecho da ementa da ADPF 153: “9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional nº 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade”.

<sup>22</sup> A Constituição de 1969 se institui com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

Netto e Scotti (2011, p. 68) “uma comunidade que se alicerça sobre o reconhecimento recíproco da igualdade e da liberdade de todos e cada um de seus membros”.

\*\*\*

E assim voltamos ao sentido e necessidade da construção de uma memória constitucionalmente adequada. Estabelecer um pré-compromisso genérico e unilateral supostamente referendado pelo constituinte não serve como parâmetro interpretativo de uma teoria da Constituição que reconheça a pluralidade e a primazia dos direitos humanos. Se, no período autoritário, o direito foi meticulosamente construído e utilizado como tentativa de legitimar o arbítrio, que, ao menos no momento democrático, sob vigência de uma Constituição comprometida em romper com esse passado se possa utilizar o direito como um imperativo de justiça e reconhecimento.

284

Retomar a (des)organização jurídica existente na ditadura não é importante por um apreço arquivista no sentido de olhar o passado “como foi”. Ao contrário, é somente através da compreensão que o campo jurídico foi fundamental para a organização ditatorial (tanto quanto os mecanismos de repressão que utilizavam a violência) que podemos mapear, na atualidade, as práticas jurídicas autoritárias. A interpretação dada à Lei de Anistia nos mostra como o suposto acordo tem prevalência em relação às práticas democráticas.

Talvez falte olhar para os juristas e para o Judiciário para compreender em que medida a construção da (des) ordem constitucional foi pré-requisito para a permanência do regime autoritário. A Lei de Anistia nos mostra como a técnica jurídica foi utilizada para eximir-se da responsabilidade, e décadas depois para chancelar essa imposição. A engenharia constitucional ditatorial deve servir como alerta

permanente acerca da possibilidade de utilização do discurso constitucionalista para fins repressivos. A democracia implica convivermos com riscos, entre eles a de uma “Constituição sem Constituição”, como o artigo 48 da Constituição de Weimar insiste em nos lembrar<sup>23</sup>.

A retomada do tempo histórico autoritário serve para explicitarmos que a Constituição está em disputa, uma disputa entre a memória da fraqueza da Constituição e o esquecimento forjado pelo discurso dos vencedores. Assumamos essa disputa, assumamos o Judiciário como um dos palcos possíveis e desejáveis, e assumamos nosso papel em oxigenar e democratizar nossa democracia constitucional.

### **Vera Karam de Chueiri**

é professora de Direito Constitucional na Universidade Federal do Paraná (UFPR) e coordenadora do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFPR).

285

### **Heloísa Fernandes Câmara**

é professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Curitiba (PR), doutoranda em Direito no PPGD/UFPR, e membro do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia do PPGD/UFPR.

---

<sup>23</sup> “Quando um Estado (*Land*) não cumpre os deveres que lhe são impostos pela Constituição ou pelas leis do Reich, o Presidente do Reich pode obrigá-lo com a ajuda da força armada. Quando, no Reich alemão, a ordem e a segurança públicas estão consideravelmente alteradas ou ameaçadas, o Presidente do Reich pode adotar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e ordem públicas, inclusive com a ajuda da força armada caso necessário. Para tanto, pode suspender temporariamente, em todo ou em parte, os direitos fundamentais consignados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124, e 153. De todas as medidas que adote com fundamento nos parágrafos 1º e 2º deste artigo, o Presidente do Reich deverá dar conhecimento ao Parlamento. A pedido deste, tais medidas se tornarão sem efeito. O Governo de um Estado poderá aplicar provisoriamente as medidas expressas no parágrafo 2º deste artigo quando o atraso em adotá-las implique perigo. Tais medidas se tornarão sem efeito a pedido do Presidente do Reich e do Parlamento. Os pormenores serão regulamentados por uma lei do Reich” (apud Bercovici, 2003, p. 200).

## BIBLIOGRAFIA

- ACKERMANN, Bruce. 2000. *We the people*. Foundations. Cambridge, Mass.; London: The Belknap Press of Harvard University.
- ADPF 153. 2010. *Amicus Curiae* em nome da ADNAM (Associação Democrática Nacionalista de Militares) elaborada pelo Núcleo de Pesquisa em Constitucionalismo e Democracia do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, mar.-abr. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>>. Acesso em: 30 jun. 2015.
- AGAMBEN, G. 2007. *Estado de Exceção*: homo sacer, II, I. São Paulo: Boitempo.
- ARENDT, H. 1973. *The origins of totalitarianism*. New York: Harvest/HBJ Books.
- BARBOSA, L. A. de A. 2012. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara.
- BERCOVICCI, G. 2003. “Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição”. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1.
- BASTOS, L. E. A. F. 2009. Anistia. As leis internacionais e o caso brasileiro. Curitiba: Juruá.
- BRASIL. Presidência da República. Emenda Constitucional 26, de 27 de novembro de 1985. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103918/emenda-constitucional-26-85>>. Acesso em: 30 jun. 2015.
- CARVALHO Netto, M. de; SCOTTI, G. 2011. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Ed. Fórum.
- CIOTOLA, M. 1997. *Os atos institucionais e o regime autoritário no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- CHUEIRI, V. K. de. 2008. “Os vinte anos da Constituição brasileira de 1988: entre constitucionalismo e democracia”. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, Editora do IHJ, p. 420.
- CODATO, A. N. 2005. “Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia”. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 25. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-4782005000200008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-4782005000200008&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 3 jan. 2013.
- COMPARATO, F. K. 1995. “Questão de decência”. *Folha de S.Paulo*, Caderno Tendências e Debates, 10 set., pp. 1-3.

- CORTE SUPREMA de Justicia de La Nación. 2005. Recurso de Hecho. Causa n° 17.768, s. 1767. XXXVIII; Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete). Data: 14/06/2005, T. 328, p. 2056. Disponível em: <[http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/juicios/argentin/ctesupr\\_20050614b.htm](http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/juicios/argentin/ctesupr_20050614b.htm)>. Acesso em: 29 jun. 2015.
- DWORKIN, R. 1977. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- \_\_\_\_\_. 1986. *Law's empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- \_\_\_\_\_. 2000. *Sovereign virtue*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- ELY, J. H. 1980. *Democracy and its discontents*. A theory of judicial review. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- ELSTER, J.; SLAGSTAD, R. (orgs.). 1999 [1988]. *Constitucionalismo y democracia*. Trad. Monica Utrilla de Neira. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- HOLMES, S. 1999 [1988]. “Las reglas mordaza o la política de omisión”. In: ELSTER, J.; SLAGSTAD, R. (orgs.). *Constitucionalismo y democracia*. Trad. Monica Utrilla de Neira. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- JORNAL DO BRASIL. “Decisão imediata”. Rio de Janeiro, 9 abr. 1964. Ano LXXIV, n. 83.
- MICHELMAN, F. I. 1999. *Excerpts from Brennan and democracy*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- NINO, C. S. 1996. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- PEREIRA, A. W. 2010. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Trad. Patricia Zimbres. São Paulo: Paz e Terra.
- SIÈYES, E. J. 1970. *Qu'est-ce que le Tiers État?* Genève: Librairie Droz.
- SILVA, C. M. 1964. “O Ato Institucional e a elaboração legislativa”. *Revista Forense*, v. 207, set., pp. 5-10.
- \_\_\_\_\_. 1964. “Observações sobre o Ato Institucional”. *Revista Forense*, v. 206, jun., pp. 397-98.
- \_\_\_\_\_. 1964. “Seis meses de aplicação do Ato Institucional”. *Revista Forense*, v. 208, out., pp. 375-76.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. S.d. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 Distrito Federal (ADPF 153). Relator: Ministro Eros Grau. Voto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

- TEIXEIRA DA SILVA, F. C. 2003. “Crise da ditadura militar e o processo de abertura política no Brasil, 1974-1985”. In: FERREIRA, J.; DELGADO, L. de A. N. *O Brasil republicano. O tempo da ditadura*. v. 4. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- VALÉRIO, O. L. S. 2010. *A toga e a farda: o Supremo Tribunal Federal e o regime militar (1964-1969)*. Dissertação de mestrado em Direito. São Paulo: USP.
- ZAGREBELSKY, G. 2011. *Historia y Constitución*. Madrid: Editorial Trotta.



## **(DES)ORDEM CONSTITUCIONAL: ENGRENAGENS DA MÁQUINA DITATORIAL NO BRASIL PÓS-64**

VERA KARAM DE CHUEIRI  
HELOÍSA FERNANDES CÂMARA

**Resumo:** Elaborar uma narrativa sobre a recente democracia no Brasil implica, necessariamente, conhecer as práticas constitucionais autoritárias pós-64. Esse aparente paradoxo desfaz-se ao pensarmos que as práticas autoritárias desvelam a construção de um tempo de arbítrios que, de certa maneira, ainda permanece. É a partir da identificação das engrenagens ditatoriais que podemos verificar alguns dos maiores desafios e riscos à consolidação do constitucionalismo democrático brasileiro. Este artigo parte da análise da (des)ordem constitucional brasileira criada pelo regime militar – e seus juristas – para compreender em que medida essa (des) ordem tem sido significativa na transição após o regime autoritário.

**Palavras-chave:** Ditadura; Democracia; Ordem Constitucional.

### ***CONSTITUTIONAL (DIS)ORDER: TOOLS OF THE DICTATORIAL MACHINE IN BRAZIL AFTER 1964***

**Abstract:** *To have a narrative on Brazil's democracy necessarily implies to know authoritarian constitutional practices after 1964. This apparent paradox is soon solved as far as authoritarian constitutional practices discloses the framework of an arbitrary time, which, somehow remains in Brazil. It is from the identification of dictatorship's gears that one is able to verify the biggest challenges and risks to Brazilian democratic constitutionalism and its consolidation. This article analyzes Brazilian constitutional (dis)order engendered by the military regime – and its legal scholars – in order to understand in which measure this (dis)order has been meaningful in post authoritarian transition.*

**Keywords:** *Dictatorship; Democracy; Constitutional (Dis)Order.*

**Recebido:** 10/04/2014      **Aprovado:** 12/06/2015