

AUTORITARISMO: A RELAÇÃO ENTRE OS MILITARES E OS JUÍZES DURANTE O REGIME INSTALADO EM 1964

*Grijalbo Fernandes Coutinho**

RESUMO

Este artigo focaliza o papel do Poder Judiciário brasileiro durante o período da ditadura militar brasileira (1964-1985). A predominante harmonia existente entre a cúpula da Justiça e o governo dos generais legitimou a prática de atos cruéis contra militantes de esquerda, trabalhadores, estudantes e personagens moderados da cena política nacional, indo dos expurgos às torturas, aos desaparecimentos e aos assassinatos. Dos pilares da democracia e do Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário não foi simplesmente o mais frágil dos elos da cadeia, senão verdadeiro legitimador, no tempo do arbítrio, das práticas opressoras e cerceadoras das liberdades individuais da sociedade brasileira. As reações isoladas, no seio da magistratura, contra a violência institucional adotada pelo Estado como lema e ação repressiva contundente, foram objeto de expurgos e aposentadorias compulsórias, sem que houvesse gestos efetivos de solidariedade por parte do conjunto de juízes e de suas entidades de classe. Essa adesão silenciosa aos métodos autoritários dos governantes que tomaram o poder político de assalto em 1964, com uma ou outra insurgência dos homens e mulheres de toga avessos ao comodismo, resta suficientemente comprovada no último governo militar, a partir da escolha do presidente da maior associação de juízes brasileiros para ocupar o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, conforme ato monocrático do General João Baptista de Oliveira Figueiredo, chefe ilegítimo da República. Há inúmeras razões capazes de justificar a apatia do Poder Judiciário. Entre outras, o presente trabalho aponta o perfil político da magistratura daquela época como sendo a causa mais evidente da decantada neutralidade assumida pela coletividade dos juízes diante da violência política institucionalizada pelos autores da quartelada de 1964. Também não é possível relegar a falta de coragem em enfrentar ditadores armados e seus seguidores agindo como cães ferozes, prontos, por isso mesmo, para torturar, perseguir, sequestrar e matar insurgentes, sejam eles detentores ou não de alguma fração de poder na República.

Palavras-chave: História. Direito. Regime militar de 1964. Arbítrio. Direitos Humanos. Autoritarismo e Poder Judiciário. Positivismo. Constitucionalismo liberal. Conservadorismo.

* Mestrando em Direito pela UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais, juiz do trabalho, titular de Vara do Trabalho em Brasília-DF, do TRT 10- Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.

AUTHORITARISM: THE RELATION BETWEEN MILITARIES AND JUDGES
DURING THE 1964 REGIME

ABSTRACT

This article focuses on the role of the Brazilian Judiciary during the Brazilian military dictatorship (1964-1985). The prevailing harmony between the higher judges and the government of generals legitimized the practice of cruel acts against leftists, workers, students and even moderates in the national political scene, the purges going to torture, disappearances and killings. One of the pillars of democracy and the democratic rule of law, the judiciary was not simply the weakest link in the chain, but it truly tried to legitimize, in a time of arbitrariness, oppressive practices that reduced civil rights in the Brazilian society. Isolated reactions within the judiciary, against institutional violence adopted by the state as a motto, and as a forceful repression, subjected the judges that resided to the regime to compulsory retirement and purges, without any actual gestures of solidarity from the set of judges and their associations. This silent alignment to authoritarian methods of rulers who took power through political assault in 1964, with an occasional insurgency of men and women of toga that repudiated commodity, remains sufficiently proven in the last military government, from the choice of the president of the largest association of Brazilian judges to fill the position of Justice of the Supreme Court, according to the single wish and act of the tyrannical General João Baptista de Oliveira Figueiredo, an illegitimate head of Republic. There are numerous reasons that justified the apathy of the Judiciary. Among others, this paper points out the political profile of the judges of that time as being the most evident cause of celebrated neutrality assumed by the community of judges facing the institutionalized political violence by the authors of the 1964 military uprising. It should also be taken into consideration the lack of courage in facing dictators and their armed followers acting like vicious dogs, ready, therefore, to torture, persecute, kidnap and kill insurgents, whether or not holders of some fraction of power in the Republic.

Key words: History. Law. Military Government of 1964. Dictatorship and the judiciary. Human rights. Positivism. Liberal constitutionalism. Political conservatism.

1 INTRODUÇÃO

O regime autoritário brasileiro mais próximo, vigente durante 21 anos, nasceu a partir de golpe planejado nos quartéis com o apoio de expressivas frações da burguesia, nacional e estrangeira, e também da nação imperialista norte-americana, cuja execução deste ato agressivo se deu no dia 31 de março de 1964, havendo, desde então, a quebra da institucionalidade democrática, com a consequente montagem gradual de novo aparato jurídico capaz de dar suporte ao conjunto de violações aos direitos humanos.

Numa época marcada pela valorização do Estado constitucional que tem como um de seus protagonistas o Poder Judiciário, é necessário indicar como os juízes brasileiros lidaram com a ordem autoritária instaurada em 1964 e os seus comandos presentes em instrumentos montados pelo arbítrio, sem descuidar, no entanto, da tentativa de localização das causas mais evidentes de uma postura dos juízes, política e judiciária, refratária ou não à cartilha dos militares brasileiros que tomaram o poder político de assalto.

Tem relevância para o direito, e sobretudo para a história, avaliar o papel desempenhado por instituição do poder público concebidas para garantir primordialmente o exercício dos direitos fundamentais, numa época de flagrante rompimento com a ordem constitucional e de completo obscurantismo estatal.

O artigo busca, em síntese, indicar o tipo de relação existente entre militares e juízes na época do arbítrio e algumas das razões para determinadas posturas serem assumidas pelo Poder Judiciário brasileiro.

2 GOLPE MILITAR DE 1964 NO BRASIL E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

Ainda é reduzida a investigação realizada pelo mundo acadêmico a respeito do efetivo papel exercido pelo Poder Judiciário durante o período do regime autoritário brasileiro. Mesmo desprezando esse elemento de caráter científico, ninguém ousou até agora descrever ou defender a tese da resistência, política ou judiciária, ao arbítrio instalado no País em 1964, por parte dos juízes ou de suas entidades de classe. E aqui, cabe dizer, não serve para materializar insurgência coletiva ou majoritária os eventuais atos isolados de insatisfação contra as ações dos golpistas, inclusive pela falta de real solidariedade ou de respaldo aos gestos de poucos magistrados afetados diretamente ou indignados com o quadro cerceador de liberdades visto a partir de 31 de março de 1964.

Com o propósito de verificar, entre outros aspectos, a intensidade da opressão presente nos regimes autoritários vigentes no Brasil, no Chile e na Argentina, Anthony Pereira (2010), numa pesquisa que resultou em livro, defende a teoria de que o grau de violência, em cada uma dessas nações, foi definido pelo nível de cooperação, consenso e integração existente entre as elites militares e judiciárias. Para tanto, nota o brasileiro que na Argentina não houve entrosamento entre os dois segmentos, daí porque os militares portenhos simplesmente ignoraram o direito e o Poder Judiciário, passando a resolver o confronto mediante o massacre dos adversários, institucionalizando-se, assim, a violência, a ponto de eliminar, contando mortos e desaparecidos, 30 mil pessoas, de 1976 a 1983.

No caso do Chile, Pereira assinala que, embora houvesse algum tipo de entrosamento, definido como moderado, Pinochet não confiava tanto na eficiência do Poder Judiciário no exame de suas práticas políticas de forte repressão aos opositores do golpe de 1973, motivo pelo qual adotou-se ali a via simples da usurpação das funções judiciárias pelo comando militar. A corte militar legitimou, em última análise, o assassinato de 7.004 pessoas e tantas outras opressões e perseguições.

Com especial atenção para a situação brasileira, Anthony Pereira, em vários capítulos do livro *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina* (2010), sustenta que, ao contrário dos demais países, no Brasil havia total entrosamento entre as forças militares e o Poder Judiciário, tendo o autoritarismo, por isso mesmo, utilizado a estrutura jurídica existente antes do golpe para legitimar os seus atos, com modificações ao longo do tempo, tal era a confiança depositada pelo regime nos magistrados, criando, assim, um cenário de suposta normalidade e de respeito às regras do direito. Por força de tal aliança, principalmente, o grau de violência adotado pelos militares brasileiros teria sido menor, com 364 vítimas fatais, quando comparado com os extermínios de adversários políticos vistos na Argentina e no Chile.

O pesquisador norte-americano anota o seguinte:

Onde existia consenso, cooperação e integração entre as forças armadas e o Judiciário, a repressão praticada pelo regime foi em boa medida judicializada, e o sistema judicial foi gradualmente alterado numa direção conservadora. Onde houve um rompimento entre os militares e as elites judiciárias, a repressão transformou-se num ataque radical em grande parte extrajudicial aos procedimentos legais tradicionais. Onde havia uma nítida separação entre as forças armadas e o Judiciário, e a cooperação era limitada, a repressão tomou uma forma intermediária entre esses dois polos. (PEREIRA, 2010, p. 286)

Em outras palavras, Pereira compreende que a repressão extrajudicial, na ditadura, aumenta quando o Judiciário não compactua, ainda que de forma velada, com o autoritarismo (Argentina). Por mais paradoxal que seja a relação, é certo que a existência de tribunais de confiança do arbítrio é fator de preservação de algumas garantias físicas dos presos políticos (Brasil). Na dúvida, porém, sobre o respaldo aos atos de violência estatal, usurpam-se as funções judiciárias para o corpo militar investido agora da condição de julgador, tudo a configurar quadro intermediário entre a violência institucionalizada e o Estado autoritário travestido de direito (Chile).

Por outro lado, a tentativa de imprimir algum caráter de legalidade aos atos da ditadura militar brasileira, na leitura de Anthony Pereira, além do aspecto relativo ao entrosamento com o Poder Judiciário, também tem suporte na tomada do poder por parte de militares considerados moderados, na organização mais débil da esquerda brasileira, especialmente dos grupos armados, e no afastamento de alguns juízes e ministros do STF não alinhados à doutrina de segurança nacional.

Citado por Renato Lemos (2011), Emir Sader afirma que

Foi mais fácil para a ditadura, após depurar o Legislativo e o Judiciário, conviver com eles, sem necessidade de fechá-los, como aconteceu nos outros países do Cone Sul. Não foi um sinal de “liberalismo” do regime militar, mas de fraqueza das forças democráticas e de ambiguidade acentuada dos liberais: aquelas poderiam ser derrotadas, mantendo-se a fachada das instituições, e esses compactuaram com o regime de força.

Na verdade, os militares brasileiros pretendiam passar para o público a falsa imagem de ter havido heroico levante contra o marxismo já instalado em algumas nações, mesclando, por isso mesmo, elementos autoritários com instrumentos próprios de um Estado de Direito. Tanto é assim que atribuíram ao golpe o significativo nome de “revolução”. O propósito era escamotear a natureza golpista e autoritária do regime para adquirir a maior carga de legitimidade possível entre os setores da sociedade desinformados ou simpáticos ao fervoroso combate aos comunistas, além de esfriar eventual resistência por parte de governos e organizações internacionais. E para a dissimulação perpetrada um ator era importante na mera encenação democrática de exercício do poder político, qual seja, o Judiciário dócil e afinado com a nova ordem e com a doutrina de segurança nacional das forças armadas. Embora coadjuvantes no *script* geral, os juízes acabam tendo um papel importante no sentido de legitimar as atrocidades dos gestores de plantão, especialmente na aplicação das políticas e regras ditadas no curso da fase autoritária do Estado brasileiro.

O trabalho investigativo de Pereira tem o notável mérito, entre outros, de expor a real atitude do Judiciário brasileiro frente ao golpe militar e à ditadura instalada no País em 1964. Tanto se pode conferir ao referido poder, naquela época, o título de aliado, colaborador e complacente com o arbítrio ou, de maneira mais suavizada assim vista a ausência de reação dos juízes, dar-lhe a qualidade de ator omissor, uma espécie de alienado político no processo de escancarada violência condutora da tritura dos mais elementares direitos humanos durante duas décadas.

Jamais podem ser relegadas as reações isoladas de juízes e ministros do STF contra o regime autoritário brasileiro e suas despóticas ordens presentes na maioria das vezes nos atos institucionais dos anos 1960. Há registro no sentido de que logo no início do autoritarismo 49 juízes sofreram algum tipo de expurgo (FAUSTO, 2000). Com o AI-5 outros magistrados, inclusive no STF e na Justiça Militar, caíram na inatividade, com destaque para as aposentadorias compulsórias dos ministros Victor Nunes Leal, Evandro Lins e Silva e Hermes Lima, e voluntárias de Gonçalves de Oliveira e Lafaiete Andrade, além da compulsória aplicada ao ministro Peri Constant Bevilacqua, do STM. Também é digna de nota a altivez do juiz federal Márcio José de Moraes ao responsabilizar civilmente a União pela prisão ilegal, tortura e morte do Vladimir Herzog nas dependências do DOI-CODI, além de determinar a remessa de cópias dos autos à Procuradoria Militar, para fins penais, conforme sentença proferida no dia 25 de outubro de 1978, nos autos da Ação Declaratória nº 136/76 (Autores: Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog. Ré: União Federal, da 7ª Vara Federal de São Paulo).

As eventuais dissidências no âmbito do Judiciário não comprometiam a busca incessante das forças armadas na perspectiva de legitimar a ditadura sob o manto da democracia. Para o professor Renato Lemos,

O STF desempenhou um importante papel nestas estratégias, como espaço atenuador de práticas policiais e jurídicas tendentes a aprofundar o caráter ditatorial do regime. É inegável que em muitas ocasiões o tribunal foi determinante para a garantia de respeito a direitos políticos e individuais. Mas essa evidência não invalida a hipótese, apenas indica o conteúdo contraditório das relações entre o Executivo e o Judiciário. O lugar reservado a este, na medida em que o mantinha em funcionamento, implicava o risco de que os juízes, ao menos alguns, votassem contra os interesses dos militares no poder. Como isso acontecesse esporadicamente, ou em relação a questões sem transcendência política, podia ser encarado com um preço razoável a ser pago para reforçar a ideia de uma ditadura provisória claramente comprometida com o restabelecimento da democracia. (LEMOS, 2011, p. 15)

O juiz federal aposentado Vladimir Passos de Freitas indica algum tipo de resistência dos juízes ao regime ditatorial instalado em 1964, segundo consta de artigo recentemente publicado:

O Brasil mudava. Atos Institucionais suspendiam direitos constitucionais. O AI 2, em 1965, elevou o número de ministros do STF de 11 para 16, com o intuito de alterar os posicionamentos. O AI 5, em 1968, suspendeu os direitos e garantias individuais, iniciando as cassações. O AI 6, de 1969, excluiu da apreciação judicial uma série de atos. O AI 13, de 1969, dispôs sobre o banimento dos considerados nocivos à segurança nacional. O AI 14, em 1969, instituiu a pena de morte para os casos de guerra psicológica revolucionária ou subversiva.

É desta época a cassação de vários juízes. Talvez o primeiro caso tenha sido o do juiz de Direito José Francisco Ferreira, da comarca de Pacaembu (SP), que no dia 31 de março de 1964 mandou hastear a bandeira do Brasil a meio-pau no fórum. Entre tantos, a cassação do desembargador Edgard Moura Bitencourt (TJ-SP), autor do excelente livro *O Juiz*, do grande José de Aguiar Dias (TJ-DF, então no RJ), autor do ótimo *Da Responsabilidade Civil* e do juiz federal Américo Masset Lacombe, de São Paulo, que foi preso, cassado e voltou, anistiado, à magistratura, onde chegou à presidência do TRF-3[...]. Em conclusão abreviada pelo limite máximo de duas folhas, na visão minha que pode ser diferente de quem tenha tido outras experiências, penso que no regime militar o Judiciário, na esfera política e institucional, não tinha liberdade de agir, e os que ousassem enfrentar o regime corriam o risco da cassação. Na área das relações entre particulares, Justiça Estadual, não existia qualquer tipo de interferência, sendo plena a liberdade dos Juízes. E quem mais souber que o diga. Vamos construir nossa história. (FREITAS, 2011)

Pode se cogitar, como faz Vladimir Passos de Freitas, da provável cassação do magistrado caso tivesse ele a ousadia de enfrentar o regime autoritário. Mas o que ocorreu no Brasil não foi apenas a falta de enfrentamento senão uma adaptação do Poder Judiciário ao figurino político e jurídico ditado sob a batuta dos quartéis, seja pela legitimidade conferida ao arbítrio e aos personagens que tomaram o Estado por intermédio de golpe, seja pela majoritária jurisprudência respaldadora de normas e atos injurídicos, nitidamente ofensivos aos direitos humanos.

Os militares e o judiciário brasileiro, a exemplo das demonstrações públicas de arrependimento externadas pelos golpistas argentinos, verdadeiras ou não, deveriam ter a humildade e a hombridade de reconhecer cada um a sua responsabilidade pelas consequências do autoritarismo vigente durante mais de 20 anos no país.

Definitivamente, as destemidas reações de alguns juízes naquela época são fragmentos relevantes, cujo impacto, no entanto, foi reduzido, do ponto de vista de expressão política, quando consideradas as insatisfações dentro do conjunto de medidas adotadas pelo Poder Judiciário na análise dos atos arbitrários do regime.

E assim atesta Theodomiro Romeiro dos Santos, preso político condenado à morte pela Justiça Militar da época do arbítrio, conforme declaração por ele enviada por meio eletrônico, em 2011, senão vejamos:

A característica principal das auditorias militares foi a de uma estreita vinculação com a extrema direita dos quartéis e a subordinação ao que era decidido nos órgãos de repressão.

Para você ter uma ideia, três meses antes do meu julgamento, o então Capitão Hemetério Chaves Filho, comandante da PE em Salvador e que dividia o comando das torturas na Bahia, com o Coronel Luís Arthur de Carvalho, Superintendente da Polícia Federal na Bahia e Sergipe e Chefe do DOI-CODI na mesma região, foi até a frente da minha cela e anunciou que eu seria condenado à pena de morte e Paulo Pontes à prisão perpétua, o que de fato aconteceu logo depois. A condenação foi tão absurda que gerou protestos no Brasil e no mundo, tendo sido pouquíssimo tempo depois reformada, com a conversão (ou comutação) da pena de morte em prisão perpétua, no meu caso, e a absolvição de Paulo Pontes. A situação era semelhante em São Paulo onde o Juiz Auditor de uma das Auditorias Militares chamado Airton, quando os presos políticos não confessavam em juízo, ameaçava devolvê-los ao DOI-CODI, para novos "interrogatórios". Isso em plena audiência. Reafirmo também o que lhe disse sobre o papel "moderador" do STM. Registro que essa moderação se limitava a instituir um "que" de racionalidade nas decisões do Judiciário Militar, marcadas pela completa injuridicidade das decisões de primeiro grau. Lembro que alguns companheiros do PCBR, do interior da Bahia, foram condenados a penas altíssimas, acusados de tentar desmembrar Jequié (imagine) do território nacional. Pontuo que a Lei de Segurança Nacional (que merece um estudo bem detalhado seu e dos seus professores) apenava com prisão perpétua quem liderasse uma greve no serviço público que durasse mais de trinta dias. Uma loucura!

Compareci à auditoria, no mais das vezes, com as mãos algemadas nas costas. Tudo diante dos advogados e da imprensa, que não podia fazer grande coisa. O papel do judiciário e do Supremo, em especial, foi lastimável e de completa subserviência. A Corte Suprema respaldou todos os atos de arbítrio, de violência e de arbitrariedade cometidos contra os presos políticos, de forma muito especial contra aqueles que escolheram a resistência armada contra a ditadura. Menção especial, Grijá, a alguns pouquíssimos juízes auditores antifascistas, que nunca sucumbiram aos desmandos ditatoriais. Presto homenagem especial a Ramiro Teixeira da Mota, que nos visitava frequentemente na Penitenciária Lemos Brito e que findou sendo cassado pelo AI-5.

Em outra mensagem eletrônica, a fim de dissipar qualquer dúvida a respeito do caráter da Justiça Militar, Theodomiro assinala que

Depois de postar a mensagem, no dia seguinte, fui relê-la e fiquei pensando que posso ter transmitido uma impressão pouco adequada do tal "papel moderador" do STM. Concretamente, a nomeação para o cargo de Ministro do STM era um regalo somente oferecido para os oficiais gerais, das três armas, mas afinados e fiéis ao regime militar. Era um presente e tanto. Nenhum trabalho (que era feito por assessores), bom salário, cargo vitalício e proventos no mesmo valor dos vencimentos. Foram para lá Bizarria Mamede e Orlando Geisel (irmão de Ernesto), e tantos outros do mesmo tipo. Nem o cargo de adido militar numa embaixada do circuito Elizabeth Arden era tão bom, porque a exoneração podia acontecer a qualquer hora. O problema é que a base do Judiciário Militar estava tão próxima da extrema direita do regime militar, dos órgãos de repressão política, que as decisões das Auditorias Militares frequentemente replicavam suas convicções nos julgamentos proferidos. Mesmo porque os Conselhos de Sentença só tinham um Juiz Auditor, sendo os demais militares, um Conselho para cada uma das três armas. Veja o meu caso. O Conselho que me julgou e condenou à pena de morte era formado pelo Juiz Auditor e por outros quatro, (nesse caso, de possibilidade de condenação à pena de morte), oficiais superiores da arma do militar morto. Ainda que se desse para qualquer um deles o benefício da dúvida (que eu não tenho nenhum motivo para dar), imagine a pressão que eles não sofriam dentro dos quartéis para apenar o acusado com a pena mais grave... Por isso, se pode falar do papel, *modus in rebus*, moderador do Tribunal.

A cúpula do Poder Judiciário e a Justiça Militar não foram entraves à consolidação do golpe militar, muito menos às práticas gerais de opressão e de aniquilamento dos direitos humanos vistas com a tomada do poder pelos homens dos quartéis em 1964.

De igual modo, a base da magistratura, organizada em associação de classe, também deixou de expressar eventual descontentamento com o regime autoritário. O silêncio quase inexplicável por parte de quem tem a missão constitucional de assegurar o exercício dos direitos civis e políticos mitigados pela ditadura, no mínimo, importou em conformação com o arbítrio. Não é possível dizer, sem uma investigação mais profunda, se foi mera conformação ou velada adesão ao regime de exceção. Talvez a escolha direta e nomeação pelo último general no poder, em 1984, do presidente da maior associação de magistrados do Brasil (AMB), naquela época congregando juízes de todos os segmentos do Poder Judiciário, para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, possa indicar ao menos a completa omissão da entidade dos juízes quanto à necessária crítica ao Estado autoritário vigente desde 31 de março de 1964¹. Isso porque as entidades de classe da magistratura normalmente

¹ Sydney Sanches, juiz de carreira do Estado de São Paulo, foi diretor da APAMAGIS (Associação Paulista de Magistrados Estaduais), de 1970 a 1971, e de 1980 a 1981, presidente da AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), eleito por voto direto, nos biênios 1982-1983 e 1984-1985, e escolhido pelo General Figueiredo para ocupar o cargo de Ministro do STF (Supremo Tribunal Federal), cujo ato de nomeação foi

assumem uma voz bem mais ativa e contundente do que aquela manifestada pelos seus integrantes nos pronunciamentos judiciais, dadas as limitações impostas inclusive por uma lei da ditadura (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Loman, de 1979) e o recato que alguns julgadores têm como predicado indissociável para o exercício da função com imparcialidade.

Sem ignorar o natural receio com as perseguições próprias dos regimes autoritários e da consequente comodidade política provocada pela omissão frente ao arbítrio da ditadura, há outros componentes determinantes de uma conservadora postura majoritária assumida pelos diversos segmentos do Poder Judiciário – STF, Justiça Militar e juízes de base organizados em associação de classe. É o que se tentará demonstrar a seguir.

3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE CONFIANÇA DO REGIME E JUSTIÇA MILITAR DOS MILITARES

A forma de seleção dos ministros do Supremo Tribunal Federal, desde a sua criação, com pequenas variações, é marcada pela prerrogativa conferida ao presidente da República quanto ao ato da escolha livre entre juristas para depois receber a medida presidencial chancela meramente formal do Senado. O referido modelo secular, inspirado nos sistemas de escolha da França e do EUA, além de pouco permeável à democracia, estabelece radical separação entre a cúpula e a base da Justiça. São dois segmentos bem distintos do Judiciário, com visões e aspirações quase sempre diferentes a respeito de questões políticas e jurídicas. Não é possível tomar o STF como expressão do conjunto da magistratura, embora o tribunal tenha de fato o privilégio constitucional de ser a voz com maior definitividade no proferimento de sentenças judiciais.

Por outro lado, diante do último aspecto descrito e do viés hierárquico presente no sistema de criação da jurisprudência, as decisões tomadas pelo STF repercutem com extraordinária força no seio de todos os segmentos e instâncias do Poder Judiciário. Trata-se de uma espécie de entrosamento compulsório, isto quando as entidades de classe não conclamam os seus membros a desafiar a autoridade do órgão máximo de cúpula.

É por isso que tanto na época do regime militar quanto hoje, na análise do perfil do Judiciário, é fundamental ter em conta as diferenças marcantes entre os membros do STF e os integrantes das demais instâncias, inclusive porque os primeiros, como regra, não possuem

origem na carreira da magistratura.

Atenta ao corpo de integrantes do Supremo Tribunal Federal, para onde seguiam, em última instância, os processos movidos contra os presos políticos, a ditadura militar brasileira tratou, em um primeiro plano, de ampliar o número de ministros daquele tribunal, de 11 para 16, por intermédio do Ato Institucional nº 2, de 1965, com a finalidade de obter maioria capaz de referendar os atos de arbítrio. Em face da ausência da maioria tranquila, especialmente porque permaneciam no STF magistrados escolhidos dentro de outro contexto político, não alinhados, portanto, ao regime de força, os expurgos foram inevitáveis depois da edição do AI-5 em 1968, com a saída, compulsória ou não, de 5 ministros.

Quatro anos depois do golpe, o caminho estava pavimentado para a ditadura sofrer apenas derrotas pontuais no âmbito do STF, as quais não comprometeriam a essência da doutrina de segurança nacional dos militares. Havia, com o sistema de alteração gradual na estrutura jurídica e na composição do órgão de cúpula do Judiciário, um Supremo Tribunal Federal de confiança dos governantes de plantão.

Quanto à Justiça Militar, as palavras de Theodomiro Romeiro dos Santos, transcritas no item 2 deste artigo, conseguem resumir a falta de independência judicial do referido segmento do Poder Judiciário, em relação aos militares. Eram órgãos de primeira instância – Circunscrições Militares Judiciárias (CJMs) – compostos por ampla maioria de militares (leigos), escolhidos criteriosamente pelo regime, não sendo muito distinto o perfil do STM(Superior Tribunal Militar), onde também houve expurgo de um dos seus ministros.

A existência de jurisdição militar, por si só, já configura flagrante aberração em qualquer Estado constitucional. Durante o arbítrio dos militares, então, ter uma justiça militar é mais ou menos como conferir poder aos juízes padres da Santa Inquisição Católica Medieval para julgar e queimar vivos cientistas, hereges, protestantes, bruxas e sujeitos outros dotados de ideias renascentistas.

Enfim, a Justiça Militar da época da ditadura era a justiça dos militares.

4 PARADIGMA LIBERAL POSITIVISTA DO DIREITO E O CONSERVADORISMO DA MAGISTRATURA

Ora, partindo da premissa de que o Supremo Tribunal Federal e a Justiça Militar representavam frações políticas bem distintas dos demais segmentos e instâncias do Poder Judiciário, deve haver, sem nenhuma dúvida, outra explicação diferente daquela relatada no

quadro exposto no tópico anterior, capaz de justificar a apatia do conjunto da magistratura de base, frente à ditadura militar que se instalou no Brasil no dia 31 de março de 1964, aos seus desmandos institucionais e ao processo de redemocratização do País.

Não se tem notícia, por exemplo, do engajamento de qualquer entidade nacional de juízes no movimento das *diretas-já*², numa época em que a ditadura agonizava profundamente, vivendo os seus últimos dias de arbítrio muito mais sufocada pela opinião pública. Ao contrário do que se espera da sociedade civil organizada, o que inclui os magistrados em suas associações de classe, temos logo depois da derrota da emenda “Dante de Oliveira” (25 de abril de 1984) a nomeação do presidente da AMB para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal (13 de agosto de 1984), pelo último ditador brasileiro. O ato é sintomático para definir o papel predominante dos juízes durante o regime autoritário.

Anthony Pereira fornece algumas pistas gerais motivadoras da falta de reação dos juízes aos atos dos militares. Indica ele o conservadorismo da tradição jurídica no âmbito da América Latina e da própria sociedade brasileira, conforme trechos a seguir transcritos:

Além disso, na tradição do direito civil latino-americano, os juízes eram vistos não como criadores de leis através de interpretação, como no direito consuetudinário anglo-saxão, mas como aplicadores das leis formuladas com exclusividade pelo Executivo ou pelo Legislativo. Não se trata aqui de um viés meramente filosófico inerente ao sistema de direito civil, mas de um fato sociológico. O papel dos juízes na América Latina, muitas vezes, era visto como “o de servidor público que desempenha funções importantes, embora essencialmente pouco criativas, o que refletia a relativa fraqueza do Judiciário frente ao Executivo.

Executivos fortes, Judiciários fracos, sistemas inquisitoriais de direito penal, massas privadas de direitos civis e elites temerosas da subversão consistem assim nos antecedentes dos casos aqui discutidos.

[...] A sociedade brasileira, com sua história de escravatura e da manutenção do império até 1889, era mais hierárquica e conservadora que as de seus vizinhos do Cone Sul, que haviam passado por grandes mobilizações de massa durante as guerras de independência, sendo mais fortemente influenciados pelas ideias republicanas. (PERERIRA, 2010, p. 82 e 84)

2

A campanha das *Diretas-Já* foi a potencialização da luta contra a ditadura militar de toda a sociedade civil brasileira organizada e também dos desorganizados. Um marco da batalha pacífica do povo brasileiro contra a intolerância, a violência e o autoritarismo. E ainda serve como antídoto contra quaisquer intenções golpistas que porventura estejam camufladas nos setores conservadores e reacionários das elites nacionais. Não obstante a rejeição da emenda das *Diretas-Já* no dia 25 de abril de 1984, pelo Congresso Nacional, que tanta frustração causou ao povo brasileiro naquela noite de praças públicas lotadas e irmanadas do sentimento de altivez democrática, a ditadura militar passou a ter os dias contados a partir daquele evento.

Com o advento das grandes revoluções burguesas nos séculos XVII e XVIII, o antigo regime tem as suas estruturas destruídas no âmbito econômico para dar lugar aos vetores liberais nos mais diversos espaços das relações humanas. A liberdade agora, no espectro jurídico, passa pela obediência severa à lei contra o despotismo visto antes. Nesse sentido, o código napoleônico de 1804 foi o instrumento jurídico mais importante para marcar uma nova era nesse campo.

Não bastava, porém, fixar paradigma novo sem alterar o perfil dos sujeitos incumbidos de julgar os conflitos.

Nos dizeres de Dalmo Dallari,

Nessa fase histórica, referida pelos teóricos franceses como *ancien régime*, o ofício dos juízes, que integravam os Parlaments, era considerado um direito de propriedade, tendo a mesma situação jurídica das casas e terras. Em tal situação, a magistratura podia ser comprada, vendida, transmitida por herança, ou mesmo alugada a alguém quando o proprietário não se dispunha a exercer a magistratura mas queria conservá-la, para futura entrega a um descendente que ainda era menor de idade. O ofício era rendoso, pois a prestação de justiça era paga, havendo muitos casos de cobrança abusiva(...) Por todas essas características, os magistrados acabaram sendo vistos com temor pelos particulares que, a qualquer momento, poderiam ser envolvidos num litígio, tendo de pagar muito caro pela interferência do juiz. Mas também os que participavam do governo ou das atividades políticas viam os juízes como pessoas perniciosas, que se interessavam mais por seus proveitos pessoais do que pelo direito, pela justiça e pelo bem do povo. Tudo isso contribuiu para que a Revolução Francesa punisse muitos juízes e procurasse adaptar o Judiciário aos princípios republicanos e aos sistemas de proteção de Poderes. (DALLARI, 1996, p. 14-15)

Era imprescindível, por conseguinte, ter juízes afinados com o espírito liberal das revoluções burguesas e com os textos jurídicos produzidos pelo Parlamento. Nessa época, em oposição ao modelo nada confiável de magistratura do antigo regime, nasce o juiz *boca-da-lei* como expressão de um positivismo jurídico exacerbado, na qualidade de um dos sustentáculos ou expressões do liberalismo econômico reinante, confirmando, em certa medida, a teoria marxista do aparato jurídico como mero epifenômeno da infraestrutura econômica.

As raízes liberais, dotadas de conteúdo revolucionário, em relação ao momento econômico, político e cultural anterior, foram fincadas no mundo inteiro, ainda presentes na atualidade sob outra roupagem para assegurar a vitalidade do regime capitalista. E o positivismo incrustou-se nas mentes ao longo dos dois últimos séculos como verdadeiro cimento quase impenetrável a qualquer tipo de nascimento de novas árvores jurídicas mais sensíveis à vida humana.

Como anuncia Dallari,

Por influência do positivismo jurídico passou-se a considerar que só é “direito” o que está contido na lei. E esta, no mundo atual, é feita segundo o jogo das forças políticas, sem qualquer consideração pela realidade social ou por aquilo que na linguagem de Montesquieu e dos teóricos do direito natural seria a “natureza das coisas”. De qualquer modo, o direito seria sempre político, mas a partir da concepção do Poder Legislativo como um órgão ou conjunto de órgãos em que são produzidas as leis, essa politicidade passou a caminhar muito próxima da natureza político-partidária. Desse modo foi estabelecida uma ambiguidade, pois a lei pode ser a expressão do direito autêntico, nascido das relações sociais básicas e expressando os valores de um grupo social, mas, geralmente, passou a expressar apenas a vontade do grupo que predomina em determinado momento da vida de um povo, sendo muitas vezes um instrumento de interesses individuais ou grupais contrários aos de todo o povo. (DALLARI, 1996, p. 57)

Para Roberto Lyra Filho, o positivismo

Sempre capta o Direito, quando já vertido em normas; o seu limite é ordem estabelecida, que se garante diretamente com normas não-legisladas (o costume da classe dominante, por exemplo) ou se articula, no Estado, como órgão centralizador do poder, através do qual aquela ordem e classe dominante passam a exprimir-se (neste caso, ao Estado é deferido o monopólio de produzir ou controlar a produção de normas jurídicas, mediante leis, que reconhecem os limites por elas mesmas estabelecidos). (FILHO, 1982, p. 40)

Mas surgiram reações filosóficas aptas a desvendar os verdadeiros propósitos do positivismo e do direito como fenômeno metafísico. Nietzsche desmontou a estrutura do racionalismo metafísico vigente durante séculos, ao proclamar com autoridade filosófica que não há neutralidade nas palavras, nem mesmo nas teorias sustentadas a partir de princípios aparentemente isentos. Tudo demanda interpretação, inclusive a mais genuína palavra criada e proferida depois por inúmeras pessoas. Marx, na ponta esquerda do ataque ao racionalismo iluminista burguês, não despreza a racionalidade de modo tão radical como fazia Nietzsche, embora seja mais ácido na crítica à metafísica desafiada pela teoria do materialismo histórico dialético. O racional de Marx é o caminho natural da luta sem tréguas do proletariado para alcançar o socialismo científico.

As concepções de Marx e Nietzsche influenciaram o pensamento jurídico, com destaque para a manifestação dos autores da contemporânea modernidade, aqui sintetizadas as referidas inspirações no reconhecimento das gritantes desigualdades materiais entre o capital e o trabalho, como também no papel jamais neutro da linguagem e da hermenêutica.

Somente com a tragédia do holocausto, o positivismo, como uma das expressões do liberalismo também colocado em xeque, entra em franco declínio, ao menos do ponto de vista da doutrina internacional. É que o direito posto aplicado sem tomar em conta os direitos

humanos não conseguia resposta suficiente para ao menos dizer que a legislação de Hitler violava normas fundamentais asseguradoras da vida digna.

As duas correntes de maior embasamento teórico no campo do Direito Constitucional revelaram-se ineficazes para negar validade ao genocídio perpetrado pelo nazi-fascismo. Carl Schmitt, teórico do regime, concentrava-se na descrição do papel *Führer* (comandante supremo) como único interprete da vontade do povo. Hans Kelsen, embora perseguido pelo regime, enfatizava uma obediência estrita à norma jurídica positivada, independentemente do modo de sua formulação e do seu conteúdo, sem atribuir ele qualquer papel aos princípios, cujo formalismo exacerbado do jurista alemão importava no cumprimento a qualquer custo da norma fundamental, a ponto de declarar que a interpretação não é um problema da ciência do direito (*jurídico*) (BARBOSA, 2010).

A interpretação constitucional fundada em princípios pode ser eficaz contra retrocessos políticos, econômicos e sociais, populismos e eventuais medidas autoritárias tomadas em nome da vontade do soberano eleito e consagrado pelo povo, assim como é viva e mutante para rejeitar a mera aplicação do direito sem questionar o seu conteúdo ético e humanista

Parece ser inquestionável, desde então, o avanço das ações de combate às verdades absolutas antes anunciadas pela metafísica e, para o nosso campo de observação, no protagonismo judicial avesso às soluções fiéis exclusivamente aos aspectos literais do objeto investigado. Diante do quadro substancialmente alterado em relação ao mundo da ciência, coloca-se em xeque, assim, conduta avalizadora de decisões anunciadas por certo positivismo jurídico limitador da esfera crítica e reflexiva por parte dos operadores do direito.

Para representar uma nova fase do direito avesso ao positivismo insensível e capaz de ignorar a violência respaldada em norma jurídica, são aprovados diversos tratados internacionais, com destaque para a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (ONU), e criadas as cortes regionais de direitos humanos.

Embora o positivismo tenha se enfraquecido como doutrina jurídica no mundo do pós-guerra, os efeitos daí decorrentes não se fizeram sentir tão rapidamente, inclusive no Brasil, onde a cega obediência à literalidade da lei e o caráter não axiológico do direito integravam a rotina dos magistrados por ocasião do golpe militar de 1964. E outra vertente desse verdadeiro vício hermenêutico que contamina mentes 200 anos depois de seu surgimento como fenômeno revolucionário repousa na equivocada recomendação de que a teoria de tripartição de poderes impede a emissão de juízo de mérito, pelo Judiciário, a respeito da tomada de poder político por um ou outro grupo da sociedade, seja qual for o

método utilizado.

Sobre o perfil da magistratura do século XX, José Eduardo Faria pontua que

Graças a essa estratégia seletiva, expressa pelas categorias normativas forjadas pelo Estado liberal (como as noções tradicionais de contrato, legalidade, constitucionalidade, hierarquias das leis etc.) e operacionalizada pelo Judiciário nos casos de conflito concreto, esta concepção de direito atribui às regras jurídicas a responsabilidade de articular relações formalmente “igualitárias” entre os “sujeitos de direito”, garantindo o valor da segurança jurídica e, ao mesmo tempo, tornando tão previsíveis quanto controláveis os atos de autoridade emanados dos diferentes órgãos decisórios do sistema legal. Em nome de uma concepção legal-racional de legitimidade, que despreza as determinações genético-políticas de suas categorias, preceitos e procedimentos, este sistema é autolimitado para resolver os conflitos jurídicos a partir de decisões estritamente legais – o que faz com que a ordem institucional seja encarada como uma estrutura formalmente homogênea, exclusiva e disciplinadora do comportamento dos cidadãos e do funcionamento do Estado. (FARIA, 1995, p.29)

Não pode ser relegado também o componente ideológico presente na falsa afirmação de que não há direito sem normatividade e sem positivismo. Como dizia Roberto Lyra Filho, “a ideologia é cegueira parcial da inteligência entorpecida pela propaganda dos que a forjaram” (FILHO, 1981, p. 29).

Hermético, o Poder Judiciário brasileiro não tomou conhecimento da experiência hitlerista na Alemanha, fechando os olhos para o golpe militar e as ações autoritárias da ditadura instaurada em 1964. É provável que a cultura jurídica das próprias universidades tenha persistido na linha positivista adotada na primeira metade do século XX.

A veia conservadora do Poder Judiciário e de seus juízes foi a chave para o regime autoritário legitimar a ditadura disfarçada de Estado de direito. E assim seguiu sobretudo pelo paradigma normativista prevalecente no seio da magistratura, numa equivocada crença de que a imparcialidade ou a neutralidade somente pode ser alcançada pela via do exercício da matriz positivista. O paradoxal é que o liberalismo esteve praticamente ausente do cenário econômico no pós-guerra, mas um de seus vetores continuou firme no mundo jurídico do capital que não pretendia desmontar a totalidade da engrenagem do sistema. O constitucionalismo liberal valorizador da individualidade e da mitigação dos direitos humanos jamais foi abolido da academia e dos diversos espaços jurídicos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A postura complacente do Judiciário com o regime militar brasileiro gerou consequências danosas das mais variadas ordens, marcando uma época de funcionamento da instituição repleta de casos notoriamente ofensivos aos direitos humanos, sem, contudo, haver reação adequada por parte dos juízes – julgadores e ativistas políticos –, salvo raras e honrosas exceções.

É inegável que o aparato ideológico do sistema capitalista teve função relevante na apatia da magistratura com o golpe e a ditadura militar, ao sedimentar falsa concepção a respeito dos temas e atores envolvidos na disputa anterior ao triste desfecho de 31 de março de 1964. Aliás, é muito mais longo o período e são mais profundas as raízes definidoras do perfil político de uma determinada sociedade. Nesse sentido, pode-se dizer, precipitadamente, que o comportamento dos magistrados apenas reflete a opinião predominante do conjunto da sociedade. O problema é que ao corpo judiciário confere-se atributo especial para assegurar o pleno funcionamento do Estado de direito e o exercício das garantias fundamentais contra quaisquer tentativas autoritárias. Os juízes, por formação ético-moral e dever constitucional, não podem ser alienados políticos, e muito menos estão autorizados a fechar os olhos diante do arbítrio para salvar a própria pele.

O conteúdo ideológico de maior expressão para revelar a face conservadora do Judiciário esteve presente, sem nenhuma dúvida, no apego a uma doutrina jurídica superada, apesar de ainda hoje encontrar respaldo em alguns segmentos. É necessário romper com o paradigma positivista. Interpretar textos e contextos não constitui algo simples, fácil e burocrático, muito menos é medida resguardada por neutralidade, também ausente quando da concepção de normas variadas. Se o ato fosse mecânico, insensível do ponto de vista humanístico e social, fundado na concepção de ser por demais “*clara a regra*” posta, com o alto grau de aperfeiçoamento contínuo dos sofisticados aparelhos da revolução cibernética em curso, qualquer eficiente programa de computador conseguiria decidir os conflitos entre os humanos de forma mais célere, econômica, “*racional*” e imparcial do que os homens e mulheres hoje incumbidos dessa tarefa.

Com a transição moderada feita no Brasil e o Judiciário imune à crítica contundente da sociedade pela sua atuação durante a época do arbítrio, não será fácil obter justiça transicional, direito à verdade e à memória, reparação e condenação dos agentes do Estado responsáveis por torturas, perseguições e assassinatos. O Supremo Tribunal Federal, por enquanto, recomenda absoluta amnésia, no esquecimento definitivo da ditadura e de todos os

seus violentos atos contra os direitos humanos durante mais de duas décadas.

Muitos não esquecerão, por outro lado, da postura até agora manifestada pelo STF a respeito da anistia concedida aos militares golpistas, assassinos e torturadores de 1964, bem como não compreendem, muito menos se conformam, com a interpretação reacionária dada a uma lei aprovada sob a direção política da cruel ditadura brasileira.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Leonardo Augusto Andrade. Disciplina: *Controle de Constitucionalidade*. Universidade de Brasília-UnB, Brasília. Especialização em Direito Constitucional, 2009-2010. Aula Ministrada no dia 23 set. 2010.

BRASIL. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. D.O.U, de 14.03.1979.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Série monografias do CEJ (Centro de Estudos Judiciários), 1995.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora Edusp, 2000.

FILHO, Roberto Lyra. *O que é direito*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.

FREITAS, Vladimir Passos de. *O Poder Judiciário no Regime Militar*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-dez-20/segunda-leitura-poder-judiciario-brasileiro-regime-militar>> Acesso em: 31 jul. 2011.

LEMOS, Renato. *Poder Judiciário e poder militar*. Disponível em <http://ufrj.academia.edu/RenatoLemos/Papers/484051/Poder_Judiciario_e_poder_militar_1964-1969_>. Acesso em: 31 jul. 2011.

PEREIRA. Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

SANTOS, Theodomiros. *Depoimento*. Mensagens recebidas por grijalbo.coutinho@uol.com.br, em 11 de julho de 2011 e 13 de julho de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pastas dos Ministros – Ministro Sydney Sanches.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaMinistro&pagina=SydneySanchesDadosDatas>> Acesso em: 28 mar. 2011.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO-TRF-1. 7ª Vara Federal da cidade de São Paulo. Ação declaratória. Processo nº 136/1976, 3 volumes, entre partes: Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog X União Federal. Prolator da decisão monocrática de primeira instância: Juiz Federal Márcio José de Moraes. Sentença proferida em 25 out. 1978.