



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**TIAGO SILVA DE FREITAS**

**O DIREITO À MEMÓRIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO:  
UMA PROPOSTA DE REFORMULAÇÃO DO DISCURSO  
JURÍDICO-POLÍTICO SOBRE O REGIME MILITAR DO  
PERÍODO DE 1964-1985**

**Salvador  
2011**

**TIAGO SILVA DE FREITAS**

**O DIREITO À MEMÓRIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO:  
UMA PROPOSTA DE REFORMULAÇÃO DO DISCURSO  
JURÍDICO-POLÍTICO SOBRE O REGIME MILITAR DO  
PERÍODO DE 1964-1985**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares.

**Salvador  
2011**

FICHA CATALOGRÁFICA

F866 Freitas, Tiago Silva de.

O direito à memória no sistema jurídico brasileiro: uma proposta de reformulação do discurso jurídico-político sobre o regime militar do período de 1964-1985 / Tiago Silva de Freitas. – Salvador: [s.n], 2011.

Xii, 134 f..

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2011.

1. Direito constitucional 2. Regime militar - Brasil. 3. Governos militares. 4. Direitos humanos. 5. Regimes políticos – Militar. I. Soares, Ricardo Maurício Freire. II. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 342.05

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**TIAGO SILVA DE FREITAS**

### **O DIREITO À MEMÓRIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: UMA PROPOSTA DE REFORMULAÇÃO DO DISCURSO JURÍDICO-POLÍTICO SOBRE O REGIME MILITAR DO PERÍODO DE 1964-1985**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

---

**ORIENTADOR: Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares**  
Doutor em Direito pela UFBA

---

**Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior**  
Doutor em Direito pela PUC/SP

---

**Prof<sup>a</sup>. Dra. Vera Lúcia Peixoto Santos Mendes**  
Doutora em Administração pela UFBA

Salvador, 16 de dezembro de 2011

Este trabalho é dedicado a Deus, família, mestres e amigos, por pavimentarem a estrada da minha vida.

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente, como não poderia deixar de ser, agradeço a Deus, princípio e fim de todas as coisas.

À Wayner Freitas, Maria Oneide, Esther Freitas e Ila Silva, pelo carinho e apoio diuturnos.

À Maria Leonilda, Joaquim Pereira, Esther Machado (*in memorian*) e Walfrides Freitas (*in memorian*), fontes de sabedoria e amor, de cujos ensinamentos não me afasto.

Ao Professor Ricardo Maurício Freire Soares, pelas palavras que disse no início da minha formação acadêmica, acreditando sempre em meu potencial, além da incessante orientação dos rumos do meu crescimento intelectual.

A todos os professores do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia, especialmente aqueles a que tive a oportunidade de ser aluno regularmente, auferindo um conhecimento privilegiado, no mestrado e ainda na graduação: Rodolfo Pamplona, Nelson Cerqueira, Saulo Casali, Dirley da Cunha Júnior, Marília Muricy, Heron Santana e Maria Auxiliadora Minahim.

Sou grato, também a todos os mestres responsáveis pela minha educação desde a mais tenra infância.

Aos funcionários da Secretaria do Mestrado, aos quais saúdo, como representantes, o senhor Jovino e a senhora Luiza.

A todo o corpo de funcionários da egrégia Faculdade de Direito da UFBA, agradeço na pessoa dos amigos Natan e “Chico”, pela alegria e consideração sempre dispensadas.

À Wolney, Juaci, Erothides, Eudes, Weber, Wagner (*in memorian*), Joel e Israel, pelo incentivo permanente e crença, cada um à sua maneira, na minha capacidade de realização.

A todos os meus primos, especialmente Lucas Freitas, jovem estudante de Direito, cuja amizade e entusiasmo para com a ciência jurídica, renovam a certeza de que abracei a carreira certa.

Aos meus amigos, notadamente, o também parceiro na advocacia, Anderson Santos, Tiago Santos, Tiago Batista Freitas, Arouca e Paulo Souza Tavares.

“Soldados! Não batalheis pela escravidão! Lutai pela liberdade! No décimo sétimo capítulo de São Lucas é escrito que o reino de Deus está dentro do homem – não de um só homem ou um grupo de homens, mas dos homens todos! Está em vós! Vós, o povo, tendes o poder – o poder de criar máquinas. O poder de criar felicidade! Vós, o povo, tendes o poder de tonar esta vida livre e bela... de fazê-la uma aventura maravilhosa. Portanto – em nome da democracia – usemos desse poder, unamo-nos todos nós. Lutemos por um mundo novo... um mundo bom que a todos assegure o ensejo de trabalho, que dê futuro à mocidade e segurança à velhice.” (Trecho do último discurso de *O Grande Ditador*, extraído de CHAPLIN, Charles. *História da minha vida*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1965).



## RESUMO

Este trabalho propõe apresentar as discussões acerca da imprescindibilidade da publicização dos arquivos relativos ao recente período ditatorial brasileiro. Ativistas dos direitos humanos e familiares das vítimas continuam lutando pelo direito de conhecer a verdadeira história e completarem o seu luto. A história de um país é apresentada como formadora da identidade coletiva de um povo e a sua transmissibilidade, como mecanismo de preservação que constitui verdadeira carência humana. A finalidade desta pesquisa monográfica é firmar posicionamento consentâneo aos direitos humanos fundamentais, pilar democrático, orientado pelo aporte teórico pós-positivista. É apresentado breve esboço histórico da normatividade de 1964-1985, bem como da resposta legislativa do processo de redemocratização. O direito à memória é estudado como direito fundamental, realizador dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, cujo respeito materializa os princípios republicano e democrático, na medida em que efetiva o mandamento da publicidade e o direito à informação. Discute-se, ainda, o direito fundamental à memória no sistema jurídico nacional e a antinomia principiológica segurança/soberania e república/democracia. A pesquisa ocupa-se, também dos recentes diplomas normativos 12.527/2011 e 12.528/11, que apresentaram nova interpretação acerca do sigilo dos arquivos do período ditatorial, responsáveis pela revogação da polêmica Lei 11.111/2005, que previa sigilo eterno. Há, ainda, uma pesquisa acerca dos fundamentos filosóficos do direito à memória, que, pela via do resgate da consciência histórica, oportunizam um autoconhecimento coletivo, vital para a moldura de uma sociedade detentora de uma identidade nacional erigida sobre bases fidedignas, capaz, portanto, de auto-reflexão e, desse modo, apta a elaborar valores, políticas e práticas adequadas à sua realidade.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais, Princípios, Direito à Memória, Regime Político-Militar – Brasil.

## ABSTRACT

This work proposes to present discussions about the indispensability of publicity of the files related to the recent Brazilian dictatorial period. Human rights activists and relatives of victims are still fighting for the right to know the history and complete their mourning. The story of a country is presented as the teacher of the collective identity of a people and their transferability as mechanism of preservation that is real human need. The purpose of this research monograph is to establish consistent position of fundamental rights, democratic pillar, led by post-positivist theoretical approach. And presented a brief history of the normativity of foreshortening 1964-1985, as well as the legislative response of the democratization process. The right to memory is studied as a fundamental right, director of the constitutional values of human dignity, respect for which embodies the principles of republican and democratic, in that the commandment of effective publicity and the right to information. We discuss also the fundamental right to memory national legal system and antinomy of principles security/sovereignty and republic/democracy. The research is concerned, also of recent law 12.527/2011 and 12.258/2011, which presented a new interpretation of the confidential files of the period of dictatorship responsible for the repeal of controversial law 11.111/2005, providing eternal secrecy. There is also a research about the philosophical reasons of the right to memory, which, through the redemption of historical consciousness, nurture a collective self-knowledge, vital to the formation of community holds a national identity built on reliable bases, ale, therefore, self-reflection and thus able to develop values, policies and practices appropriate to their reality.

**Keywords:** Fundamental Rights, Principles, Right to Memory, Political-Military Regime – Brazil.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	13
<b>1. ESCORÇO HISTÓRICO DO PERÍODO DO REGIME POLÍTICO-MILITAR DE 1964-1985</b>	15
1.1. A DITADURA MILITAR DE 1964	15
1.2. OS ATOS INSTITUCIONAIS E A NORMATIVIDADE DO PERÍODO DITATORIAL DE 1964-1985	17
1.3. A ABERTURA POLÍTICA	19
1.4. A REDEMOCRATIZAÇÃO: DE SARNEY À LULA	20
1.5. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A REPARAÇÃO RELATIVA AO PERÍODO DITATORIAL BRASILEIRO	21
1.5.1. A lei de anistia	21
1.5.2. A lei 9.140/95 e o reconhecimento de mortos e desaparecidos políticos	23
1.5.3. A lei 9.455/97 e o crime de tortura	24
1.5.4. A lei 10.559/2002 e a reparação	24
<b>2. PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO: UM NOVO PARADIGMA DE COMPREENSÃO DO DIREITO</b>	26
2.1. DEFINIÇÃO E AMPLITUDE DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO	26
2.2. A SUPERAÇÃO DA LÓGICA FORMAL-DEDUTIVA	38
2.3. A ABERTURA VALORATIVA AO INTÉRPRETE NA LÓGICA JURÍDICO-ARGUMENTATIVA PÓS-POSITIVISTA	43
<b>3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: EXPRESSÃO PALMAR DE UM SISTEMA DEMOCRÁTICO</b>	49
3.1. DEFINIÇÃO E AMPLITUDE CONCEITUAL	49
3.2. A PRICIOLOGIA JURÍDICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	55
3.3. A COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS JUSFUNDAMENTAIS E A TÉCNICA DO SOPESAMENTO OU PONDERAÇÃO DE BENS E INTERESSES	58
3.4. PRINCÍPIOS E VALORES	62

<b>4. O DIREITO FUNDAMENTAL À MEMÓRIA</b>	65
4.1. DIREITO À MEMÓRIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	65
4.2. DIREITO À MEMÓRIA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	70
4.3. DIREITO À MEMÓRIA E A MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO REPUBLICANO	72
4.4. DIREITO À MEMÓRIA E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO	76
4.5. DIREITO À MEMÓRIA E A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	79
4.6. DIREITO À MEMÓRIA E A REALIZAÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO	81
<b>5. DIREITO À MEMÓRIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO</b>	84
5.1. ANÁLISE DO CONFLITO SEGURANÇA/SOBERANIA <i>VERSUS</i> REPÚBLICA/DEMOCRACIA	84
5.2. O USO DA PONDERAÇÃO DE BENS E INTERESSES	86
5.3. A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À MEMÓRIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	89
<b>6. DIREITO À MEMÓRIA E A MANUTENÇÃO DO SIGILO DOS ARQUIVOS DA DITADURA MILITAR NO BRASIL</b>	93
6.1. DOCTRINA DA SEGURANÇA NACIONAL	93
6.2. EXAME DA ANTIGA LEI 11.111/2005 E O PROBLEMA DA SUA COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	96
6.3 O PROJETO DE LEI QUE TRAMITAVA NO CONGRESSO NACIONAL	100
6.4 OS NOVOS DIPLOMAS REGULADORES DO ACESSO AOS ARQUIVOS DA DITADURA MILITAR NO BRASIL: LEI 12.527/11 E LEI 12.528/11	101
<b>7. A MEMÓRIA COMO PROCESSO DE AUTOCONHECIMENTO COLETIVO: O RESGATE DA CONSCIÊNCIA HISTÓRICA NA REALIDADE BRASILEIRA</b>	108
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	123
<b>REFERÊNCIAS</b>	126

## INTRODUÇÃO

As discussões em torno da necessidade de apresentação dos arquivos relativos ao recente período ditatorial brasileiro adquirem cada vez mais importância no cenário jurídico-político nacional. As expectativas de ativistas dos direitos humanos e, especialmente de familiares das vítimas que sofreram com os arbítrios patrocinados pelo Estado não diminuem com o transcurso temporal.

A valorização da história de um país favorece a formação da identidade coletiva de um povo, que passa a ser preservada, refletida e, por conseguinte transmitida às demais gerações de modo positivo, na medida em que viabiliza a não repetição de determinados equívocos. Nesse ínterim, se nota que o direito à memória vincula-se à carência humana de preservação.

Não se mostra razoável a delonga dos governos democráticos em reconhecer cabalmente e sem artifícios ou desculpas as conseqüências dos males empreendidos contra os dissidentes políticos durante o regime militar, bem como a disponibilização ao público, aos torturados e suas respectivas famílias dos arquivos da ditadura militar, considerando-se que há muito que se esclarecer. Esta pesquisa tem por finalidade apresentar trabalho monográfico firmando um posicionamento consentâneo aos direitos humanos fundamentais, orientado pelo aporte teórico pós-positivista.

No primeiro capítulo, é feita uma abordagem histórica acerca do recente período autocrático nacional, apresentando os atos institucionais e a normatividade do regime político-militar e, em seguida, o processo de abertura política que desembocou na redemocratização, cujo estudo é desenvolvido com base no contributo dos diversos governos, desde o Presidente Sarney, ao mais recente, do Lula. Ato contínuo se discorre sobre o aparato legal brasileiro voltado para a reparação às famílias das vítimas das ações do Estado, passando pela Lei de Anistia, a Lei de Reconhecimento de Mortos e Desaparecidos Políticos, a Lei relativa aos crimes de tortura e de reconhecimento do *status* de anistiado político.

No capítulo dois, apresenta-se um estudo acerca do pós-positivismo jurídico e contributos de grandes expoentes para esta contemporânea forma de análise do

fenômeno jurídico, reconhecedor das ingerências da política em sua construção, bem como da inafastável carência de elaboração e aprimoramento do valor do justo, não mais como algo cristalizado, universal e não historicamente condicionado, mas antes, dinâmico, pontual e susceptível aos influxos da cultura determinados pela ambiência espacial e temporal.

Na terceira parte, empreende-se um estudo acerca dos direitos fundamentais, cujo respeito representa *conditio sine qua non* para um efetivo exercício da democracia. Nessa pesquisa, vale-se, especialmente do aporte teórico do filósofo Robert Alexy.

No quarto capítulo, é trabalhado o direito à memória como direito fundamental, realizador dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, cujo respeito materializa os princípios republicano e democrático, na medida em que efetiva o mandamento da publicidade e o direito à informação.

No capítulo cinco, discute-se o direito à memória no sistema jurídico nacional, valendo-se, inicialmente do estudo da colisão entre os princípios da segurança/soberania e república/democracia, apontando uma possível harmonização, para, ao final, encerrar o tópico relativo ao processo histórico-afirmativo da memória na sistemática jurídica brasileira.

Na parte seis, a pesquisa ocupa-se, mais detidamente da problemática do sigilo dos arquivos e suas implicações, examinando, *ab initio*, a reformulada doutrina da segurança nacional, a antiga lei 11.111/2005 e a sua (in)compatibilidade com o sistema jurídico pátrio, bem como o projeto de lei e o resultado deste, consubstanciado nos diplomas normativos 12.527/2011 e 12.528/11.

Por fim, na última parte do trabalho, empreende-se uma pesquisa acerca dos fundamentos filosóficos do direito à memória, que, pela via do resgate da consciência histórica, oportunizam um autoconhecimento coletivo, vital para a moldura de uma sociedade detentora de uma identidade nacional erigida em moldes fidedignos, capaz, portanto, de auto-reflexão e, desse modo, elaboração de valores, políticas e práticas adequadas à sua realidade.

## 1. ESCORÇO HISTÓRICO DO PERÍODO DO REGIME POLÍTICO-MILITAR DE 1964-1985

### 1.1. A DITADURA MILITAR DE 1964

Setores nacionais, aliados a grupos estrangeiros, notadamente americanos, conspiraram contra o modelo econômico desenvolvido por Vargas desde 1930.

A tentativa de ruptura institucional<sup>1</sup> fora intentada por diversas vezes, especialmente no último período de Getúlio, já na década de 50, frustrado pelo suicídio presidencial que gerou comoção nacional. Antes da posse de Juscelino Kubitschek, algumas tentativas de quebra institucional foram postas em prática, porém sem êxito, devido à ação de militares nacionalistas, v.g., o Marechal Henrique Teixeira Lott.

Houve uma séria crise política, quando o Presidente eleito Jânio Quadros, subitamente renunciou pela crença no sucesso do futuro movimento antidemocrático que o traria de volta ao poder, impedindo a assunção do vice João Goulart.

A posse do vice-presidente fora discutida e, após mobilização dos militares nacionalistas e da população, com destaque para o líder Brizola, finalmente foi aceita a posse, com a ressalva de que o sistema de governo seria o parlamentarista. Após um plebiscito, o presidencialismo voltou vigorar como sistema de governo.

Tendo como bases a Escola Superior de Guerra, o Instituto Brasileiro de Ação Democrática e o Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais, aliados à colaboração do governo norte-americano, representado pelo Coronel Vernon Walters e a CIA, e valendo-se da técnica publicitária que visava a incutir medo contra o avanço comunista, o movimento antidemocrático<sup>2</sup> marchou rumo à obtenção dos seus desígnios.

O mês de março de 1964<sup>3</sup> foi de intensa movimentação política, destacando-se o comício nacionalista do dia 13, na Estação de Ferro Central do Brasil, clamando por

---

<sup>1</sup> TAVARES, André; AGRA, Walber de Moura. **Justiça Reparadora no Brasil**. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.) Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.74.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p.75.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p.75-76.

Reformas de Base, e tendo como resposta dos conservadores as “marchas da família, com Deus, pela Liberdade”.

Em 1º de abril de 1964 o golpe de Estado é concretizado.

Sob a égide do Governo Militar, uma série de arbitrariedades foram cometidas com o rótulo de Atos Institucionais e, após a mobilização de setores da classe média, do movimento sindical e do clero progressista contra a ordem antidemocrática, o regime respondeu mais duramente, editando o Ato Institucional nº 5, o mais violento e arbitrário do período.

O regime ditatorial brasileiro<sup>4</sup>, inicialmente não se valeu da técnica de tortura como instrumento viabilizador de seus espúrios interesses, pois as prisões, intimidações e cassações de direitos políticos cumpriam a finalidade.

Com o desenvolvimento, a percepção de que o regime não era tão efêmero e a conseqüente mobilização popular de oposição, o regime passou a utilizar mais sistematicamente a tortura, como meio de obtenção de confissões e depoimentos de prisioneiros políticos, robustecendo a criminalidade estatal<sup>5</sup>.

Merecem destaque os seguintes métodos de tortura: extração de dentes, afogamento, isolamento em cubículo exíguo, soro-da-verdade, torturas químicas, torniquete, espancamentos, choques-elétricos, pau-de-arara.

Impende ressaltar que cerca de 38,9% (trinta e oito vírgula nove por cento) das vítimas da repressão eram jovens com idade inferior a vinte e cinco anos.

---

<sup>4</sup> TAVARES, André; AGRA, Walber de Moura. *op. cit.*, p.76.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p.76.



## 1.2. OS ATOS INSTITUCIONAIS E A NORMATIVIDADE DO PERÍODO DITATORIAL DE 1964-1985

O primeiro Ato Institucional<sup>6</sup> foi editado nove dias após o Golpe, ou seja, em 09 de abril de 1964, pelo “Alto Comando Militar da Revolução”, que teve como integrantes o ministro da Guerra, Gal. Costa e Silva, o Almirante Augusto Rademaker e o Brigadeiro Francisco Correia de Melo. Tal Ato constituiu o primeiro mecanismo de afastamento da ordem jurídica da Constituição de 1946, então vigente, e que redemocratizou o país recém liberto dos arbítrios do Estado Novo.

Dentre as medidas iniciais, inspiradas na Constituição “Polaca” de 1937, destacam-se suspensão de garantias de vitaliciedade e estabilidade; adoção de eleições indiretas para Presidente da República; possibilidade de suspensão e cassação de mandatos legislativos e direitos políticos.

Em 13 de junho de 1964, a Lei 4.341 instituiu o Serviço Nacional de Informações, cujo chefe, com altíssimo grau de autonomia, era nomeado pelo Presidente da República, à época Humberto Castelo Branco.

No dia 27 de outubro de 1965, entrou em vigor o violento Ato Institucional n. 2<sup>7</sup>, que, dentre outras medidas autocráticas, autorizou o Presidente da República a decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras Municipais. Além disso, a competência da Justiça Militar foi dilatada, alcançando civis que praticassem crimes contra a segurança nacional, bem como delitos contra o Estado e a Ordem Política e Social.

A estrutura da Justiça Militar<sup>8</sup> funcionava da seguinte forma: Na primeira instância a Auditoria Militar era composta por cinco juízes auditores, sendo quatro das forças armadas e um civil; na segunda instância, o Superior Tribunal Militar tinha na sua

---

<sup>6</sup> MOREIRA, Fernanda Machado. **O Arcabouço Normativo no Período da Ditadura Militar no Brasil: do Golpe de 1964 à Constituição de 1988**. In: SÁ, Fernando; MUNTEAL, Oswaldo; MARTINS, Paulo Emílio (Coord.) Os advogados e a ditadura de 1964: a defesa dos perseguidos políticos no Brasil. Petrópolis: Vozes; Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2010, p.270.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p.272.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p.272-273.

composição quatro generais, três almirantes, três brigadeiros e cinco civis; na última instância, o órgão máximo da ordem jurídica nacional, o Supremo Tribunal Federal.

O Ato Institucional n. 3<sup>9</sup>, foi editado em 05 de fevereiro de 1966, e firmou eleições indiretas para governadores, que passaram a ter o direito de indicar prefeitos das capitais desde que houvesse aprovação de suas respectivas assembleias legislativas. Tal ato, não apresentou limitação de vigência.

Convocar o Congresso Nacional, em 07 de dezembro de 1966, foi medida adotada pelo Ato Institucional n. 4<sup>10</sup>, que culminou na elaboração da Constituição de 24 de janeiro de 1967.

O Decreto-lei 314<sup>11</sup>, em 13 de março de 1967, estabeleceu a nova Lei de Segurança Nacional. A mais polêmica das mudanças implementadas por esta lei, foi a possibilidade de o encarregado do Inquérito Policial Militar manter incomunicável o preso indiciado por até dez dias, afrontando assim, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, então vigente, que conferia ao advogado o direito de comunicar-se pessoal e reservadamente ainda que presos ou detidos e incomunicáveis.

O mais autocrático de todos os Atos Institucionais foi, sem dúvida, o Ato Institucional n. 5<sup>12</sup> de 13 de dezembro de 1968, estabelecendo competência legislativa para o Executivo no período de recesso do Poder Legislativo; intervenção federal em Estados e Municípios ilimitadamente; poder conferido ao Presidente da República de cassar e suspender quaisquer mandatos eletivos; extinção da possibilidade de manejo do *habeas corpus* nos casos de crimes contra a segurança nacional, crimes políticos, contra a ordem econômica e social e a economia popular e; ausência de controle judicial dos atos praticados em conformidade com o Ato Institucional n. 5.

Após o Ato Institucional n. 5, a tortura foi praticada de forma deliberada pelo Estado, sob o argumento de que a mesma era legítima pelo fato de as informações permitirem salvar vidas.

---

<sup>9</sup> MOREIRA, Fernanda Machado. *op. cit.*, p.273.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p.273.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p.274.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p.274-275.

Durante o ano de 1969, sete atos institucionais foram editados, até que, em 31 de Agosto, houve novo golpe<sup>13</sup>, em razão da possibilidade de assunção do cargo de Presidente da República pelo vice, o civil Pedro Aleixo, devido à doença do Marechal Costa e Silva, assumindo um triunvirato composto pelos ministros das forças armadas.

A 5 de setembro de 1969, entrou em vigor o Ato Institucional n. 14<sup>14</sup>, responsável por estabelecer pena de morte, prisão perpétua, banimento e confisco nas situações de guerra externa, psicológica, revolucionária ou subversiva.

No mesmo ano, em 17 de outubro, foi outorgada Emenda Constitucional n. 1<sup>15</sup>, verdadeiramente uma nova constituição. Quatro dias depois, o Código Penal Militar, o Código de Processo Penal Militar e a Lei da Organização Judiciária Militar, foram alterados.

Por intermédio da Emenda Constitucional n. 11<sup>16</sup>, os Atos Institucionais foram extintos da ordem jurídica brasileira, oportunizando a reabertura política, a anistia e, por fim a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

### 1.3. A ABERTURA POLÍTICA

Em 1979<sup>17</sup>, falido o modelo econômico do regime ditatorial, o governo militar perde sustentação, tendo início o processo de abertura política.

A partir de 1964, vigeu o bipartidarismo, com supressão da liberdade de expressão, favorecimento de candidatos e abuso de poder econômico.

Com o enfraquecimento do modelo econômico, a sociedade civil organizada (igreja católica, sindicatos, intelectuais e movimento estudantil) passa a contestar de forma mais contundente o Governo Militar, desembocando no Movimento conhecido como *Eleições Diretas Já*.

---

<sup>13</sup> MOREIRA, Fernanda Machado. *op. cit.*, p.276.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p.276.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p.276.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p.278.

<sup>17</sup> TAVARES, André; AGRA, Walber de Moura. *op. cit.*, p. 77.

O Governo Militar, pressionado pelo engajamento popular em manifestações com a participação de até um milhão de pessoas, restou forçado a transigir com a oposição, culminando na convocação de eleições indiretas<sup>18</sup>, que alçaram ao cargo máximo da nação Tancredo Neves.

#### 1.4. A REDEMOCRATIZAÇÃO: DE SARNEY À LULA

Devido à morte de Tancredo Neves, antes da posse, assume o cargo o vice José Sarney<sup>19</sup>, político que apenas no período final da ditadura rompeu com os militares. Tal fato, segundo críticos, denota a ausência de mudança substancial nas instituições políticas brasileiras. Esta afirmação é reforçada pela permanência em cargos importantes de políticos vinculados ao Regime de exceção, o que inviabilizou uma transição política nos moldes europeus.

O governo Sarney se notabilizou pela excessiva inflação, corrupção e falta de distribuição de renda.

Em 1987, foi convocada a Assembléia Constituinte, que apresentou um perfil conservador devido à ampla participação de deputados vinculados ao Governo Militar.

Em que pese a participação de um terço de senadores biônicos, com a pressão popular, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi promulgada com muitos avanços, merecendo o título de *Constituição Cidadã*.

Com o advento da Constituição de 1988<sup>20</sup>, aumentaram os clamores por indenização às vítimas da ditadura, bem como pela punição dos algozes.

A eleição de Fernando Collor, em virtude da ligação desse presidente com os governos militares, promoveu a diminuição da força dessas reivindicações e, durante o Governo Itamar Franco, o progresso nesse sentido foi irrelevante.

---

<sup>18</sup> TAVARES, André; AGRA, Walber de Moura. *op. cit.*, p.78.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p.78.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p.81.

A aprovação da Lei nº 9.140 de 04.12.1995 aconteceu no Governo Fernando Henrique<sup>21</sup>. Tal lei foi alterada pela lei 10.536 de 2002 e:

[...] reconheceu como efetivamente mortas para todos os efeitos legais as pessoas que haviam participado de atividades políticas entre 1961 e 1988, além de ter criado uma Comissão Especial, para proceder ao reconhecimento dos desaparecidos políticos, trabalhar para a localização de seus corpos e proceder à análise de pedidos de indenização.<sup>22</sup>

A eleição de Luís Inácio Lula da Silva representou o primeiro exercício presidencial pela oposição e, com isso criou-se grande expectativa em torno das demandas relativas à indenização de vítimas e punição de algozes do período ditatorial brasileiro.

Houve a constituição de uma Comissão Interministerial<sup>23</sup>, com o intuito investigativo sobre os corpos dos desaparecidos políticos da Guerrilha do Araguaia, sofrendo, porém, limitações devido à imposição de não relativização da Lei de Anistia por setores das Forças Armadas.

O fruto dessa comissão foi a edição, em 2007, pela Secretaria Especial de Direitos Humanos do relatório *Direito à Verdade e à Memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*.

## 1.5. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A REPARAÇÃO RELATIVA AO PERÍODO DITATORIAL BRASILEIRO

### 1.5.1. A lei de anistia

A Lei 6.683/89, Lei de Anistia<sup>24</sup>, foi promulgada durante o Governo Geisel, conferindo ao Governo Militar controle sobre a transição política, que aconteceu de forma lenta e gradual. Em que pese tal problema, essa lei permitiu o retorno de líderes como Miguel Arraes e Brizola.

---

<sup>21</sup> TAVARES, André; AGRA, Walber de Moura. *op. cit.*, p.81.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p.81.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p.81-82.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p.82.

A anistia açambarcou os crimes eleitorais, os crimes políticos e os conexos com estes, praticados no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, excetuando-se os crimes de terrorismo, seqüestro, assalto e atentado pessoal.

Nessa época foi conferido ao cônjuge, qualquer parente ou afim, na linha reta ou colateral e ao Ministério Público, o direito de pleitear a declaração de ausência de desaparecidos por mais de um ano envolvidos com a atividade política, o que oportunizou a regularização civil para o pleito de direitos perante o Judiciário.

A Lei de Anistia, ainda permitiu que anistiados retomassem os seus direitos políticos, inclusive o de filiação partidária, um ano após a entrada em vigor do referido diploma normativo.

Basicamente, duas são as críticas à Lei de Anistia<sup>25</sup>: uma interpretativa (que aponta uma restrição interpretativa quanto à extensão da norma, apontando para a não inclusão dos militares; e outra quanto à sua validade, indicando não ter sido recepcionado o referido diploma pela Constituição da República de 1988, nem pelos tratados, tampouco por costumes internacionais.

Em julgamento recente, ADPF n. 153 – 29.04.2010, o STF pacificou o entendimento acerca da Lei 6.683 de 19 de dezembro de 1979 (Lei de Anistia), posicionando-se no sentido de que a sua *ratio essendi*, vale dizer, a hermenêutica das expressões *ampla, geral e irrestrita*, açambarca, inclusive, crimes comuns, desde que correlatos às práticas do regime de exceção e às ações da guerrilha opositora. Em que pese a posição do Supremo Tribunal Federal, cabe salientar que o litígio será encaminhado a Organismos Internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Impende ressaltar que o parecer do Ministério Público Federal<sup>26</sup> aponta para uma anistia plena sem jamais olvidar da abertura dos arquivos da ditadura como forma de

---

<sup>25</sup>TAVARES, André; AGRA, Walber de Moura. *op. cit.*, p.83.

<sup>26</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. “Se esse Supremo Tribunal Federal reconhecer a legitimidade da Lei da Anistia e, no mesmo compasso, afirmar a possibilidade de acesso aos documentos históricos como forma de exercício do direito fundamental à verdade, o Brasil certamente estará em condições de, atento às lições do passado, prosseguir na construção madura do futuro democrático” (trecho do parecer do Procurador Geral da República, em destaque na ADPF 153, voto do relator, p.71).

efetivação de direitos fundamentais, por intermédio da necessária construção histórico-social em moldes fidedignos.

### **1.5.2. A lei 9.140 e o reconhecimento de mortos e desaparecidos políticos**

A Lei 9.140/95 instituiu a Comissão Especial de Reconhecimento dos Mortos e Desaparecidos Políticos<sup>27</sup>, ensejando a responsabilização estatal pelo desaparecimento de opositores políticos do recente regime ditatorial brasileiro.

A composição da Comissão é de sete membros, todos de livre nomeação pelo Presidente da República.

Dentre as atribuições dessa Comissão, destacam-se o reconhecimento de pessoas desaparecidas; a busca de corpos por indício de provável local de depósito; e emissão de pareceres sobre pedidos de indenização.

As pessoas desaparecidas, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e a promulgação da Constituição Federal de 1988 (05 de outubro de 1988), em virtude de atividade política, foram reconhecidas como mortas.

No prazo de cento e vinte dias da publicação da Lei 9.140/95, os familiares tiveram a oportunidade de requerer indenização no valor calculado pelo produto de três mil reais, multiplicado pelo número de anos restantes da expectativa de vida da vítima, tendo como *quantum* mínimo o valor de cem mil reais.

---

<sup>27</sup> TAVARES, André; AGRA, Walber de Moura. *op. cit.*, p.84.

### 1.5.3. A lei 9.455 e o crime de tortura

A partir da edição da Lei 9.455/97<sup>28</sup>, o crime de tortura foi tipificado como o constrangimento imposto a outrem, capaz de provocar sofrimento físico ou mental, mediante emprego de violência física ou psicológica.

As hipóteses de punibilidade da tortura são *numerus apertus*, mas, dentre as possibilidades, destacam-se, a tortura com a finalidade de obtenção de informações, confissões ou declarações da vítima ou de terceiros; almejando a prática de ação ou omissão delitiva; ou mesmo por racismo ou discriminação religiosa.

O regime aplicado ao crime de tortura é de reclusão e a pena varia de dois a oito anos. Em havendo lesão grave ou gravíssima a pena aplicada é de quatro a dez anos e, caso haja morte ele é de oito a dezesseis anos.

O sujeito que se omite, tanto na prevenção do delito, quanto na apuração, pode ser apenado com detenção de quatro a dez anos.

### 1.5.4. A lei 10.559/2002 e a reparação

Em 13 de novembro 2002 entrou em vigor a Lei 10.559/02<sup>29</sup>, responsável por regulamentar as indenizações devidas aos perseguidos políticos do último período ditatorial brasileiro, protegidos por este diploma normativo, todos os que, por motivação política, sofreram punição, discriminação ou perseguição política, no período compreendido entre o fim da Ditadura Vargas, dezoito de setembro de 1946 e a promulgação da Carta Política de 1988, em 05 de outubro.

---

<sup>28</sup> TAVARES, André; AGRA, Walber de Moura. *op. cit.*, p.85-86.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p.86-87.



Para os beneficiários desta lei, os anistiados políticos<sup>30</sup>, foram conferidos direitos como a declaração da condição de anistiado; percepção de indenização em parcela única ou mensal, podendo o ex-servidor ser readmitido ou promovido na inatividade; cômputo do tempo em que o anistiado esteve afastado do serviço em virtude da perseguição política, para todos os efeitos, incluindo a não exigência de contribuições previdenciárias; possibilidade de conclusão de curso, a partir do período letivo interrompido, em instituição pública e, subsidiariamente, em escola privada com bolsa de estudos; registro de diploma obtido no exterior, independente de haver correspondente no Brasil; reintegração de servidores públicos punidos por aderirem a greves ou a atividades de interesse nacional, bem como daqueles demitidos sem direito ao contraditório e à ampla defesa, em razão da vigência do regime excepcional.

Impende frisar que o valor das indenizações, em parcela única, jamais será superior a cem mil reais.

---

<sup>30</sup> TAVARES, André; AGRA, Walber de Moura. *op. cit.*, p. 87-88.

## 2. PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO: UM NOVO PARADIGMA DE COMPREENSÃO DO DIREITO

### 2.1. DEFINIÇÃO E AMPLITUDE DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

No plano *jus científico*, passa-se a viver, notadamente no pós-guerra de 1945, sob a égide do paradigma principiológico, ou pós-positivista que, consoante Ávila<sup>31</sup>, robustece a importância da delimitação do sentido e função destes. Nesse novo modelo, as normas tornam-se finalísticas, prospectivas e tendentes à suplementação, na medida em que são dotadas, cada vez mais, em virtude do incremento da complexidade social, de uma tessitura aberta.

O que oportuniza o desenvolvimento teórico pós-positivista é a barbárie capiteneada por estados autocráticos (hitlerismo, franquismo, salazarismo, etc.), que, sob os auspícios da legalidade, portanto, fiéis ao paradigma moderno/positivista, conduziram genocídios sem precedentes.

Desse modo, percebe-se a insuficiência de tal paradigma para o atendimento dos anseios sociais, razão pela qual a ciência jurídica precisou mobilizar-se a fim de promover a paz, motivo da sua existência.

O racionalismo cartesiano, gestado no século XVII, constituiu o marco científico da modernidade, ao desenvolver um importante estudo acerca do método para as ciências. Nas *Regras para a direção do espírito*, Descartes<sup>32</sup> apresenta um conjunto de indicativos que devem nortear a interpretação, bem como o desenvolvimento das pesquisas.

As regras apresentadas por Descartes tinham por fito, construção de um juízo consistente e verídico acerca dos objetos de estudo. Para ele, devem ser desprezados os objetos incertos. As deduções devem promover o clareamento e a melhora da interpretação.

A fragmentação dos objetos de estudo, permitia uma análise mais profunda e detalhada, sendo este o principal contributo de René Descartes.

---

<sup>31</sup> ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.129.

<sup>32</sup> DESCARTES, Renè. **Regras para a direção do espírito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 19.

Segundo ele, a ciência matemática pode fornecer os caminhos necessários à construção de um método adequado a todos os campos do conhecimento.

Portanto, para Descartes, a simplificação e a ordenação constituem as regras básicas para a direção do espírito, devendo, o homem ocupar-se, unicamente, daquilo apto à produção de resultados consistentes.

As normas jurídicas (regras) são incapazes de edificar um sistema jurídico completo, impassível de incongruências e vácuos, razão pela qual sobreleva a importância do aparato principiológico, essencialmente aberto e, conseqüentemente, plurívoco, traço indelével do movimento pós-positivista.

A plurivocidade do direito pós-positivista abala os alicerces do racionalismo moderno ao fazer ressurgir o pensamento tópico e, por conseguinte, a relativização do direito.

A principal celeuma do paradigma principiológico pós-positivista concerne à eterna tensão entre dois valores caros aos atuais Estados Democráticos de Direito, quais sejam: a segurança jurídica e a justiça.

A segurança jurídica diz respeito à estabilização das instituições, bem como à maximização da previsibilidade do *modus operandi* do estado-juiz ante determinadas situações conflituosas de seus administrados.

No tocante ao valor justiça percebe-se uma maior dependência da casuística, com vistas à materialização do justo concreto, que transcende o justo formal, posto ser este último, apriorístico e estanque. Nessa toada, pensar na aplicação de um direito justo, necessariamente, importa a relativização da segurança jurídica.

Conforme Ricardo Maurício<sup>33</sup>, merecem destaque as contribuições de Perelman, Dworkin e Alexy. Perelman ressalta a natureza argumentativa, salientando que a retórica e a argumentação promovem a reflexão jurídica, por intermédio dos *topoi*

---

<sup>33</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.58-80. “[...] quem argumenta precisa assegurar a concordância da audiência, tanto para as premissas, quanto para cada passo da prova ou transição das afirmações feitas no contexto de uma justificação. Assim sendo, o elo entre a conclusão e as premissas requer um acordo.”

(*lugares-comuns*), pontos de partidas para a fundamentação decisória, que são eleitos por um juízo intelectual do locutor, com base no auditório referido.

Dworkin<sup>34</sup> propõe uma discussão ética da lei, vale dizer, quanto ao fato de seu conteúdo ser equânime. A questão dos princípios e os casos em que estes são aplicáveis. Tais questões são afetas à teoria do direito, mas variam bastante quanto ao método interpretativo. Na Inglaterra e Estados Unidos, faz-se uma abordagem profissional, haja vista que, os juristas são treinados para analisar leis e decisões judiciais, sem, contudo, considerar da forma devida os princípios.

A teoria do direito norte-americano ocupou-se, precipuamente, das decisões judiciais de casos difíceis, quando os tribunais inovavam no mundo jurídico, a fim de justificá-las. Surge nos anos 20 e 30 um movimento intelectual conhecido como “realismo legal”<sup>35</sup>, que afirmava que as decisões judiciais são tomadas de acordo com convicções morais ou políticas próprias de cada magistrado.

A teoria sociológica do direito<sup>36</sup>, a princípio restringiu-se aos juristas, e rezava que os juízes não eram axiologicamente neutros. Em especial, nos casos difíceis, a Suprema Corte vale-se de princípios de justiça e política pública, em detrimento das leis escritas.

A questão da legitimidade das decisões judiciais tem uma finalidade prática, na medida em que determina os fundamentos da contestação, e os limites<sup>37</sup> moral e político da obrigação de obediência às sentenças. Os problemas da teoria do direito são, no fundo, de princípios morais.

Hart<sup>38</sup>, filósofo moral, abordou o problema nas obras *The Concept of Law*, *Causation in the Law* e *Punishment and Responsibility*. O compromisso de princípio deve ser observado, embora, por vezes, ele seja negligenciado em prol de um argumento de política.

---

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 1.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p.12.

O positivismo jurídico<sup>39</sup> teve início com Austin no século XIX, mas a obra de Hart merece um estudo mais minucioso. Dworkin elenca alguns pressupostos inafastáveis do positivismo, quais sejam: a) o direito é um conjunto de regras de uma comunidade com o fim de determinar os comportamentos a serem coagidos e punidos pelo poder público; b) a aplicação do direito não se dá em casos em que a lei não seja suficientemente clara para a situação em questão, devendo o magistrado resolver o caso “exercendo seu discernimento pessoal”. c) a obrigação jurídica e o direito jurídico estão adstritos à outorga de uma lei válida.

Austin<sup>40</sup> distinguiu as classes de regras em jurídicas, morais e religiosas, e entendeu que as regras jurídicas são aquelas de caráter geral, emanadas de um soberano e que possuem uma sanção pelo seu descumprimento. Cabe aos juízes criarem ou adaptarem as normas aos múltiplos casos apresentados à solução. Vale dizer, que esse poder soberano, proposto pela teoria de Austin, é cada vez menos presente em razão da complexidade das sociedades contemporâneas. Austin reduz a ordem jurídica ao fato de ela poder ser imposta ela força o que torna sua teoria errônea, haja vista que, dá margem a que ordens não emanadas de um centro potestativo legítimo também sejam consideradas jurídicas.

Hart<sup>41</sup> considera que existem regras de tipos lógicos distintos (primárias e secundárias). As primárias dizem respeito a regras que “concedem direitos e impõem obrigações aos membros de uma sociedade”, ao passo que, as secundárias versam sobre a forma como essas regras são estabelecidas, extintas ou modificadas. O conceito de autoridade estabelece a distinção entre as ordens de uma lei válida e a de um pistoleiro.

A autoridade de uma regra<sup>42</sup> decorre de duas fontes: a aceitação da comunidade e a validade dessas regras, ou seja, ter sido ela criada em consonância com uma regra secundária. Sociedades primitivas possuem apenas regras primárias, logo, de mera aceitação pela comunidade, não se podendo distinguir as regras jurídicas das demais e, portanto, não existindo ainda direito, segundo o postulado básico do positivismo, que

---

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, p. 27-28.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 32-33.

apregoa que devem existir regras secundárias para estabelecerem um regramento, sendo esta regra secundária fundamental, chamada por Hart de “regra de reconhecimento”<sup>43</sup> (pode ser simples – “o que o rei disser é lei”, ou complexa – a Constituição Brasileira, por exemplo). A regra de reconhecimento é a única que depende de sua aceitação, posto que, ela é a mais fundamental das regras e não está submetida ao controle de validade do sistema, por ser a última instância do regramento.

Para Dworkin<sup>44</sup>, Hart difere de Austin ao estabelecer que as regras, embora necessitem da emanção de um centro potestativo, não são válidas simplesmente pelo fato de apresentarem um caráter cogente, mas porque são legitimadas pela comunidade, na forma de uma regra de reconhecimento fundamental, acrescentando um caráter constitucional à sua doutrina. Hart também discorda de Austin ao estabelecer que comunidades possuem diferentes “testes jurídicos de última instância”, aceitando as fontes costumeiras, por exemplo, ao lado da fonte legislativa.

Princípio<sup>45</sup> está intimamente ligado a uma exigência de justiça ou equidade, ou alguma dimensão da moralidade, ao passo que política está relacionada ao alcance de algum objetivo, de ordem econômica, política ou social. Com efeito, tal distinção é mitigada ao se interpretar um princípio como a expressão de um objetivo social, uma política como expressando um princípio, ou mesmo, adotando-se a tese utilitarista, percebendo que os princípios de justiça são declarações disfarçadas de objetivos.

Caso interessante, no direito saxão, foi o de *Riggs contra Palmer*<sup>46</sup>, quando chegou ao tribunal a questão de um neto que matou o avô para herdar o disposto no testamento, e a corte valeu-se dos princípios gerais do direito que rezavam que ninguém pode beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, não concedendo, desse modo, a herança ao assassino. Outro caso importante, foi o *Henningsen contra Bloomfield Motors*<sup>47</sup>, em que o contrato feito com a fábrica automobilística não previa a indenização por acidente sofrido, apenas previa os reparos nas partes defeituosas, porém o tribunal acolheu o pedido do autor, por um argumento de princípio.

---

<sup>43</sup> DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, p. 33.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 38.

“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica”<sup>48</sup>. Os princípios não são de aplicação imediata, posto que se vinculam a determinadas situações, uma vez que, ao contrário das regras, apenas apontam uma direção interpretativa, que se adequará às peculiaridades de um caso específico. Os princípios possuem uma dimensão do peso ou importância<sup>49</sup>, ao passo que as regras têm apenas a característica de serem importantes ou desimportantes funcionalmente.

O conflito de regras<sup>50</sup> implica em dizer que uma delas é inválida, devendo o sistema jurídico optar por aquela que é respaldada por princípios mais importantes, ou emanada por um órgão hierarquicamente superior, ou mais recente, ou mesmo, mais específica. Palavras como “injusto”, “negligente” e “razoável”<sup>51</sup> desempenham na regra uma função que lhe confere um atributo semelhante ao princípio.

Os princípios mostram-se como de vital importância, em especial, na resolução dos casos difíceis. É possível considerar os princípios como obrigatórios e que, portanto, os magistrados estão a eles vinculados, ou mesmo que os tribunais os têm apenas como um resumo das ações que devem adotar quando precisarem ir além do padrão na resolução de um caso que foge à normalidade.

Os positivistas sustentam que quando a regra não é suficientemente clara para um caso concreto, o magistrado deve valer-se do poder discricionário, para a criação de uma nova regra específica.

O conceito de poder discricionário dado pelos positivistas apóia-se na idéia de que este é exercido, fundamentalmente, quando alguém está encarregado de tomar decisões em consonância com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade.

Dworkin entende que existem dois tipos de discricionariedade<sup>52</sup>: em *sentido fraco* e em *sentido forte*. A discricionariedade em sentido fraco se aplica aos casos em que a autoridade precisa usar um pouco da capacidade de julgamento, não o aplicando

---

<sup>48</sup> DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, p. 39.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 50-53.

mecanicamente. O poder discricionário em sentido forte é utilizado nos casos em que não se vislumbra um controle da autoridade que exerce o poder, lembrando que sempre ele estará adstrito aos valores de justiça e eqüidade, sob pena de incorrer em arbitrariedade.

Nominalistas sustentam que os juízes possuem poder discricionário<sup>53</sup> em quaisquer casos, sendo, desse modo, tautológica a afirmação de que os juízes só devem aplicar a discricionariedade nos casos em que a regra não esteja clara. “Os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes”, sendo, neste caso, aplicado o sentido forte do poder discricionário.

O argumento positivista de que os princípios não são vinculantes é um erro<sup>54</sup>. Os princípios apenas apontam uma direção decisória de forma não conclusiva, embora um conjunto de princípios possa ditar um resultado, cabendo às autoridades avaliarem os pesos relativos dos vários fatores e, nesse sentido, não há o que se falar em discricionariedade, haja vista que, o magistrado está sempre adstrito à ressonância que seus atos encontram na jurisprudência e na moralidade média da comunidade. O juiz deve fazer uso do poder discricionário sempre respaldado na doutrina da supremacia do Poder Legislativo (não lhe é dado afastar a lei sem um motivo plausível) e na doutrina do precedente (derivada da idéia de que as decisões já proferidas no mesmo sentido conferem uma maior consistência à prestação jurisdicional), pois, do contrário, nenhuma regra seria considerada obrigatória.

Os positivistas<sup>55</sup> concluem que os princípios e políticas não são regras válidas acima do direito (de forma acertada), mas que a aplicação destes se dá pelos magistrados no uso do poder discricionário (um equívoco). A manutenção da legitimação do poder depende de este poder manter uma compreensão do que é apropriado à comunidade.

Para os princípios, não parece apropriada a distinção de Hart entre aceitação e validade<sup>56</sup>, haja vista que a idéia de validade remete a um conceito de tudo ou nada, incompatível com a dimensão de peso própria de um princípio.

---

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, p. 54.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 65.



Os princípios, imprescindíveis na sistemática pós-positivista, na medida em que aperfeiçoam a aplicação do valor justiça, devem ser tratados como direito, pois, desse modo, tem-se a possibilidade de que uma obrigação jurídica seja imposta por um conjunto de princípios, da mesma forma que por uma regra estabelecida, podendo, dessa forma, conferir uma prestação jurisdicional mais eficiente e condizente com a complexidade e sofisticação das práticas dos tribunais<sup>57</sup>.

Ainda na esteira do pós-positivismo jurídico, merece destaque o contributo de Chaïm Perelman, que, considerado fundador e maior expoente da retórica contemporânea, reabilitou a filosofia lógico-argumentativa, desenvolvendo uma teoria da argumentação lastreada no uso da razão prática ao retomar a tradição da antiga retórica de Aristóteles, Cícero e Quintiliano.

O tema central da obra perelmaniana é o conceito de auditório (grupo alvo a ser influenciado pela argumentação do orador, cujo êxito, é mensurado pela adesão desse público).

Segundo Perelman, a audiência universal apenas é convencida por argumentos racionais. As premissas do raciocínio jurídico são eleitas pelo orador e, devem atender aos princípios de *sinceridade*, *seriedade*, *imparcialidade*, *universalizabilidade*, *inércia* (que exige um esforço considerável, para afastar as teses consolidadas) e *postulado da tolerância*.

O princípio da *sinceridade* aproxima-se das condições ideais de fala habermasiana<sup>58</sup>, posto que pressupõe idoneidade e crença naquilo que se fala por parte do orador.

A *seriedade* complementa a sinceridade, na medida em que exige comprometimento com aquilo que pretende gerar convencimento, bem como a propositura de teses verídicas.

---

<sup>57</sup>DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, p. 72.

<sup>58</sup>HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa I: Racionalidad de la acción y racionalización social**. Título original: *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band I. Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung. Tradución de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Grupo Santillana de Ediciones, 1999, p.50.

O orador também deve, ainda, ser *imparcial*, livre, portanto, do *pathos*<sup>59</sup>, de modo a não comprometer a sua atividade argumentativa.

A *universalizabilidade* deve ser buscada pelo orador, posto que constitui a principal marca da racionalidade dialógica, uma vez que, o impele a uma argumentação que seja aceita por qualquer auditório, logicamente, um ideal-limite, na medida em que negligencia o fato de que os acordos são histórico-culturalmente condicionados.

A *inércia* representa o ônus argumentativo para afastar teses consolidadas, e.g., o esforço hercúleo do advogado para sustentar em juízo contra uma súmula de tribunal.

O postulado de tolerância diz respeito à necessidade de constante adaptação do orador ao público, destinatário da mensagem discursiva, no sentido da teoria de Robles<sup>60</sup>.

A realidade social, no paradigma pós-moderno, passa a ser vista como fluida, multifacetada, plural e fragmentada, gerando um processo de desdogmatização do Direito, por intermédio de um fenômeno batizado de relativismo cultural.

Tal fenômeno torna o Direito plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo, posto que este se apresenta como um sistema aberto, inconcluso e sujeito aos influxos axiológicos cambiantes.

É atribuída força cogente aos princípios, em que pese tenham alto grau de abstração e generalidade (vagueza – denotação imprecisa), (ambigüidade – conotação imprecisa). Os princípios possuem inegável densidade valorativa e expressam uma diretriz, sendo o seu descumprimento responsável pela ofensa a um plexo de comandos normativos.

Na linha da Nova Retórica, Perelman<sup>61</sup> delinea seis premissas básicas: *a cada qual a mesma coisa; a cada qual segundo seus méritos; a cada qual segundo suas obras; a cada qual segundo suas necessidades; a cada qual segundo a sua posição; e cada qual*

---

<sup>59</sup> ARISTÓTELES. **Retórica das Paixões**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 28.

<sup>60</sup> ROBLES, Gregorio. **O Direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do Direito**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005, p. 43.

<sup>61</sup> PERELMAN, Chaïm. Perelman. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.19-33.

*segundo o que a lei atribui (suum cuique tribuere – promotor de uma justiça estática, sem análise casuística).*

Para o rompimento relativo aos desígnios da justiça formal, mister se faz o uso da eqüidade<sup>62</sup> e, para tanto, o implemento do direito justo reclama uma *racionalidade dialógico-processual-argumentativa*, salientando que a retórica discursiva, pressupõe um ordenamento jurídico aberto e dinâmico e flexível.

As normas jurídicas são incapazes de edificar um sistema jurídico completo, impassível de incongruências e vácuos, razão pela qual sobreleva a importância do aparato principiológico, essencialmente aberto e, conseqüentemente, plurívoco.

A principal celeuma do paradigma principiológico pós-positivista concerne à eterna tensão entre dois valores caros aos atuais Estados Democráticos de Direito, quais sejam a segurança jurídica e a justiça.

A segurança jurídica diz respeito à estabilização das instituições jurídicas, bem como à maximização da previsibilidade quanto ao *modus operandi* do estado-juiz ante determinadas situações conflituosas de seus administrados.

No tocante ao valor justiça percebe-se uma maior dependência da casuística, com vistas à materialização da justiça concreta, que transcende o justo formal, posto ser este último, apriorístico e estanque. Nessa toada, pensar na aplicação de um direito justo, necessariamente, importa a relativização da segurança jurídica.

Os princípios jurídicos têm função complementar e de embasamento dos mandamentos da ordem jurídica. Sua principal função é a de limitar o arbítrio/subjetivismo do intérprete/aplicador do direito conferindo legitimidade à atividade jurídico-hermenêutica.

Nessa linha, os princípios jurídicos, encontram-se numa dimensão alheia ao *all or nothing* (tudo ou nada), razão pela qual, melhor se coadunam à *dimension of weight*

---

<sup>62</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p.54.

(*dimensão de peso*), haja vista que sua aplicação decorre de um exercício ponderativo, via densificação/concretização<sup>63</sup>.

Para Eros Grau<sup>64</sup>, os princípios possuem uma capacidade expansiva maior que as regras, sendo concretizados à luz dos casos específicos. Ademais, os princípios jurídicos têm um caráter alográfico<sup>65</sup>, tal qual as artes, posto que o significado das disposições normativas é corporificado apenas mediante atividade intelectual do intérprete/aplicador do direito.

Theodor Viehweg<sup>66</sup>, em 1953, desenvolve a Tópica, com fundamento no *Organon* – obra da lógica Aristotélica – lastreado em premissas não necessariamente verdadeiras, mas que partem de um acordo prévio. Entendida como *técnica do pensar por problemas*, a tópica constitui um conjunto de métodos axiomático-dedutivos, responsáveis pela construção de sistemas teóricos. Para ele não é necessário negar o método silogístico da subsunção, mas sim, aprimorá-lo, situação alcançada pela Tópica. A idéia de *topoi* (lugares-comuns) é o cerne dessa argumentação, uma vez que toda a construção de conceitos parte de um *locus* discursivo, ou ponto de vista consensual/tendente à unanimidade, *v.g.*, *interesse, proporcionalidade, exigibilidade, inaceitabilidade, justiça, falta de equidade, natureza das coisas*.

Viehweg apresenta, ainda, a idéia de *catálogo de topoi*, indicando ser necessário hierarquizar os lugares-comuns a fim de que seja possível operacionalizá-los, vale dizer, conferir-lhes, aplicabilidade. Os elementos *pré-jurídicos*, ético e social, constituem o substrato do labor jurídico do intérprete, fundamento das opções hermenêuticas adequadas à construção de decisões consentâneas ao valor do justo.

Consoante Manuel Atienza<sup>67</sup>, os conceitos de justiça de Perelman, *a cada um o mesmo; a cada um segundo o atribuído pela lei; a cada um segundo a sua categoria; a cada um segundo seus méritos ou sua capacidade; a cada um segundo seu trabalho; a cada um*

---

<sup>63</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26-31.

<sup>64</sup> GRAU, Eros. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 29 e 90.

<sup>65</sup> GRAU, Eros. *op. cit.*, p. 30.

<sup>66</sup> ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1977, p.382-388.

<sup>67</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006. p.60.

*segundo suas necessidades*, são capazes de indicar os diversos tipos societário-ideológicos.

Perelman trata da distinção aristotélica dos raciocínios analíticos/lógico-formais e raciocínios dialéticos ou retóricos, enquadrando teoria da argumentação nesse último modelo.

A retórica não aspira à verdade cartesiana, mediante demonstração, pois trabalha com a plausibilidade/verossimilhança.

A plausibilidade/verossimilhança diz respeito ao razoável e não possui o condão de apresentar respostas absolutas/definitivas.

É possível distinguir três elementos na argumentação: o *discurso*, o *orador* e o *auditório*.

O discurso constitui o objeto/instrumento da argumentação. O orador, por óbvio, é o sujeito que o profere, ao passo que, o auditório é o destinatário do discurso.

Perelman menciona, ainda, três gêneros oratórios: deliberativo, judicial e epidítico.

No gênero deliberativo, o objetivo é convencer/persuadir uma assembléia, com vistas à adesão a uma determinada tese.

Na oratória judicial o discurso tem, geralmente, um auditório unissubjetivo, posto que, normalmente, ele é direcionado a um magistrado, embora, seja possível, evidentemente, a sua utilização voltada para um órgão colegiado. *In casu*, o intento é a prestação jurisdicional, consubstanciada na persuasão racional do juiz, nos moldes do art. 93, X, da CF/88<sup>68</sup>.

Uma argumentação persuasiva, para Perelman, é aquela que só vale para um auditório particular, ao passo que uma argumentação

---

<sup>68</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

convincente é a que se pretende válida para todo ser dotado de razão.<sup>69</sup>

Desse modo, a Nova Retórica perelmaniana surge como trunfo do pós-positivismo jurídico, posto que, como movimento da pós-modernidade, compreende ser o direito um fenômeno casuístico, histórico-condicionado e, portanto, plural e avesso às tendências cristalizadoras do conhecimento jurídico.

## 2.2. A SUPERAÇÃO DA LÓGICA FORMAL-DEDUTIVA

A lógica formal dedutiva afigura-se incapaz de solucionar os problemas ante a complexidade social do contexto pós-moderno.

Consoante Olivier Reboul<sup>70</sup>, deve-se atentar para a não criação de sofismas “raciocínio cuja validade é apenas aparente e ganha a adesão por fazer crer em sua lógica”.

E continua o autor aduzindo que o raciocínio entimemático sofisticado extrapola, na conclusão, os limites estabelecidos pelas premissas, conduzindo a uma idéia aparentemente adequada, porém desarrazoada, e.g.: “-Todos os deputados de direita votaram esta lei; - Ora, Duran votou esta lei. - Logo...”. Percebe-se não ser possível inferir, necessariamente que o deputado Duran é de direita, o que, em acontecendo, configuraria um argumento sofisticado, desprovido, portanto de respaldo<sup>71</sup>, em que pese haja uma garantia (premissa) que valide a tese.

Para Atienza<sup>72</sup> é possível distinguir três campos jurídico-argumentativos: o da atividade legiferante; o da aplicação normativa e; o da dogmática jurídica.

A atividade legiferante consiste na produção normativa, que reclama do orador um esforço tendente à persuasão.

---

<sup>69</sup> ATIENZA, Manuel. *op.cit.*, p.63.

<sup>70</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 100-103.

<sup>71</sup> TOULMIN, Stephen E. **The uses of argument**. Cambridge Universit Press, 2003, p. 103 e ss.

<sup>72</sup> ATIENZA, Manuel. *op.cit.*, p. 18-19.

No que tange à aplicação normativa, depreende-se uma maior peculiaridade, uma vez que ela trabalha com a problemática casuística, conduzida por órgãos administrativos e judicantes.

Por fim, os argumentos jurídicos encontram-se inseridos no campo da *dogmática jurídica* e têm por finalidade: “1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico.”<sup>73</sup>

Cabe apresentar a distinção teórico-científica entre o *contexto de descoberta* e o *contexto de justificação*.

A descoberta constitui tarefa do sociólogo/historiador da ciência, ao passo que a justificação/validação fica sob os cuidados do metodólogo que analisará a congruência lógica das afirmações.

Para Atienza<sup>74</sup> é possível partir de uma argumentação com premissas verdadeiras e, no entanto, incorrer em conclusão falsa, razão pela qual é deficiente a lógica da subsunção.

Ainda com base no pensamento de Atienza<sup>75</sup> temos uma *implicação/inferência lógica/argumentação válida* quando premissas e conclusão são verdadeiras.

[...] a especificidade do raciocínio jurídico parece consistir no seguinte: ao contrário do que ocorre nas ciências (em particular nas ciências dedutivas) e semelhante ao que ocorre na filosofia e nas ciências humanas, na argumentação jurídica é difícil chegar a um acordo entre as partes; quer dizer, a argumentação tem o caráter de uma controvérsia.<sup>76</sup>

O raciocínio silogístico é prevalecente no ocidente desde o advento da Codificação Napoleônica e o surgimento da Escola de Exegese até o positivismo kelseniano.

---

<sup>73</sup> ATIENZA, Manuel. *op. cit.*, p. 19.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p.75.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, no Ocidente, foi recendeu-se o debate acerca da utilização da *tópica* no raciocínio jurídico, ante a barbárie dos regimes nazifascistas, encobertas pelo manto da legalidade obtusa. Tal fato promoveu a reaproximação os modelos de *civil law* aos sistemas *commom law*.<sup>77</sup>

O discurso jurídico, na perspectiva da Nova Retórica, passa a ter como marca indelével a razoabilidade, surgindo um forte movimento de negação de assento na ordem jurídica válida daqueles dispositivos considerados desarrazoados, urgindo a adoção de um direito eqüitativo, ainda que dissonante em relação ao direito posto<sup>78</sup>.

Conforme Atienza<sup>79</sup>, interpretando Perelman, o direito positivo se caracteriza por:

1) eliminar do Direito toda referência à Justiça; 2) entender que o Direito é a expressão arbitrária da vontade do soberano, enfatizando assim o elemento de coação e esquecendo o fato de que "para funcionar eficazmente o Direito deve ser aceito, e não apenas imposto por meio da coação" (Perelman, 1979b, pág. 231); e 3) atribuir ao juiz um papel muito limitado, já que não leva em conta os princípios gerais do Direito e nem os tópicos jurídicos, apenas o texto escrito da lei (ou, em todo caso, a "intenção do legislador").

Atienza<sup>80</sup> concebe Hart como o precursor do pós-positivismo, posto que não vislumbra inconvenientes na utilização dos princípios gerais do Direito e dos tópicos jurídicos pelo magistrado, desde que admitisse a regra de reconhecimento do sistema ao qual está inserido.

Afirma Perelman<sup>81</sup>:

Na ausência de técnicas unanimemente admitidas, é que se impõem o recurso aos raciocínios *dialéticos e retóricos*, raciocínios que visam estabelecer um *acordo* sobre os valores e sobre sua aplicação, quando estes são objeto de uma controvérsia.

Perelman<sup>82</sup> entende que o objetivo da retórica é a persuasão por meio do discurso.

---

<sup>77</sup> ATIENZA, Manuel. *op. cit.*, p.76-77.

<sup>78</sup> GRAU, Eros. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000, p.44.

<sup>79</sup> ATIENZA, Manuel. *op.cit.*, p. 85.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p.86.

<sup>81</sup> PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Virgínia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.139.

<sup>82</sup> PERELMAN, Chaïm. *op. cit.*, p.140-143.



A lógica formal, típica das matemáticas não é adequada à retórica, posto ser a primeira demonstrativa e o acordo, ponto de partida da argumentação retórica, não necessariamente tem afinidade com tal postulado.

Impende ressaltar que a adesão, assentimento relativo ao acordo sobre *topos*, pode apresentar intensidade variável.

Nesse diapasão, nota-se que a retórica difere da lógica formal e das ciências positivas, na medida em que prima pela verossimilhança, e adesão argumentativa mais que a uma verdade apriorística do paradigma moderno.

Se, como demonstrou Thomas S. Kuhn, em sua obra consagrada às revoluções científicas, cada busca científica insere-se em uma visão do mundo e em uma metodologia, que não podem dispensar juízos de valor, apreciações preliminares a qualquer teoria e a qualquer classificação, a qualquer elaboração de uma terminologia apropriada, relegar tais juízos de valor ao arbitrário e ao irracional retira todo fundamento científico do edifício da ciência, o qual garante os juízos de realidade cuja objetividade parecia a mais segura<sup>83</sup>.

Thomas Kuhn<sup>84</sup> representa uma reflexão lúcida acerca do fenômeno científico, já que deixa assente a forma como se desenvolvem as revoluções científicas. Para ele, a ciência funciona como mecanismo legitimador de um sistema, mediante sua discursividade.

Com espeque na obra de Perelman, é a univocidade dos signos e regras que oportuniza a eliminação do desacordo interpretativo. O sistema reclama por coerência e não contradição, bem como por completitude.

Enquanto as presunções do homem concernem apenas aos *factos non qualificatos* juridicamente, as presunções legais *juris tantum*, que podem ser derrubadas por uma prova em contrário, determinam enquanto não forem derrubadas os efeitos jurídicos de dada situação. Seu papel é facilitar a tarefa do juiz ou do administrador público, daquele que se acha na obrigação de julgar ou decidir, ao passo que é muito difícil fornecer a prova dos factos. A instituição de tais

---

<sup>83</sup> PERELMAN, Chaïm. *op. cit.*, p.153.

<sup>84</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 7ª ed. Trad.: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 52.

presunções justifica-se essencialmente por preocupações de *segurança jurídica*<sup>85</sup>.

A subsunção diz respeito à qualificação do pensamento judiciário.

A antinomia, incongruência sistêmica, diz respeito a uma incompatibilidade de diretrizes igualmente válidas, porém indicadoras de um *telos* oposto, de modo que a utilização de uma, implica na violação da outra.

[...] em caso de conflito entre uma lei geral e uma lei especial, consideraremos que o legislador quis, com a legislação especial, derogar a regra geral, cujo campo de aplicação será com isso limitado: imediatamente será eliminada a antinomia.<sup>86</sup>

Evidentemente, a resolução dessas situações *conflictivo-normativas* implicam a utilização de uma lógica diferente da formal, cunhada por Perelman de lógica jurídica.

Vale salientar que apenas se pode falar em lacuna normativa, ante uma situação cuja resolução pelos métodos tradicionais, mostre-se insuficiente.

Tradicionalmente distinguem-se três espécies de lacunas: as lacunas *intra legem*, *praeter* ou *contra legem*. A lacuna *intra legem* é uma lacuna resultante de uma omissão do legislador, quando, por exemplo, a lei prescreve a elaboração de dispositivos complementares que não foram promulgados.

Na maioria dos casos as lacunas são criadas pelos intérpretes que, por uma ou outra razão, pretendem que certa área deveria ser regida por uma disposição normativa, quando não o é expressamente, que afirmam a existência de uma lacuna axiológica, ou seja, de uma lacuna *praeter legem*.

[...] os casos mais flagrantes são aqueles em que intérpretes, desejando evitar a aplicação da lei, em dada espécie, restringem-lhe o alcance introduzindo um princípio geral que a limita e criam assim uma lacuna *contra legem*, que vai de encontro às disposições expressas da lei.<sup>87</sup>

Portanto, a lacuna *intra legem* pode ser solvida pela ação legislativa, ao passo que a lacuna *praeter legem* e *contra legem* são resultantes da atividade interpretativa, sendo estas últimas, de ordem axiológica.

---

<sup>85</sup> PERELMAN, Chaïm. *op. cit.*, p.43.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p.65-67.

A lacuna *praeter legem* reconhece o vácuo valorativo, ao passo que a lacuna *contra legem* constrói uma tese de embate ao sistema posto, entendendo dever prevalecer o direito pressuposto<sup>88</sup>.

### 2.3. A ABERTURA VALORATIVA AO INTÉRPRETE NA LÓGICA JURÍDICO-ARGUMENTATIVA PÓS-POSITIVISTA

Para Boaventura Santos<sup>89</sup> há uma crise do paradigma dominante, na medida em que o pensamento moderno sofreu abalos em seus fundamentos, já que, com o advento da teoria de Einstein e Heisenberg, a ciência ingressa num terreno de instabilidade e insegurança epistemológicas.

Nesse íterim, o conhecimento torna-se plural, local e resultante de uma experiência idiossincrática, nos moldes do pensamento hermenêutico-gadameriano. Essa refutabilidade e não aspiração de perenidade por parte do pensamento científico constitui o cerne do paradigma emergente.

As ciências do espírito são ciências morais<sup>90</sup>, que reclamam uma relação de fusão horizontal entre sujeito e tradição com vistas à realização plena do processo compreensivo. Elas indicam que as relações humanas são decorrentes de uma construção histórica e de liberdade, encontrando-se no campo da ética e valorizando os princípios de variedade e probabilidade<sup>91</sup>.

Há uma revisão do formalismo, sobrelevando-se o pluralismo e a intersubjetividade na experiência histórica, com resgate da retórica e da tópica. A norma é vista como um

---

<sup>88</sup> GRAU, Eros. **O Direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 65.

<sup>89</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 13.ed. São Paulo: Cortez, 2003. Idem, **Conhecimento prudente para uma vida decente**: um discurso sobre as ciências revisitado. São Paulo: Cortez, 2004, *passim*. Idem, **A universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade**. São Paulo: Cortez, 2004. *passim*. Idem, **A Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, *passim*.

<sup>90</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 457 e ss.

<sup>91</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe Camargo. **Hermenêutica e Argumentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.16-53.

fazer humano e, com esopeque no pensamento gadameriano, como um fazer interpretativo/compreensivo, fundado na experiência.

A interpretação, como ação mediadora e responsável, carece da adoção de técnicas argumentativas, objetivando a inteligibilidade pelo pretense receptor. Há dois valores que comandam a ação nas ciências do espírito: internamente (*ratio legis*) e externamente (contexto histórico/tradição cultural).

A argumentação constitui a técnica que viabiliza a interpretação. Para a Margarida Lacombe o método do direito é o tópico-hermenêutico, na medida em que entende que a compreensão ocorre inserida numa dada tradição histórica.

Conforme a autora<sup>92</sup>, Vattimo situa a hermenêutica na filosofia, sob a corrente Heidegger-Gadamer, e sobreleva dois aspectos: o ontológico e o lingüístico. Gadamer destaca a importância da experiência na interpretação, contrariando o método positivista.

Richard Palmer<sup>93</sup> pontua três objetivos da Hermenêutica: *Dizer* (afirmar, expressar), *explicar* (clarificar, discursivamente), e *traduzir* (conferir inteligibilidade, compreensibilidade).

É nesse último aspecto que ganha relevo a argumentação tópica, haja vista que a adoção de lugares-comuns permite a fusão de horizontes<sup>94</sup> interpretativos.

Roma adotou a Lei das Citações, no século IV d.C., promulgada por Constantino, lastreada nas opiniões de Ulpiano, Modestino, Gaio, Papiniano e Paulo, na seguinte ordem: Opinião da maioria; em divergência, opinião de Papiniano; e, em não havendo regras específicas, a melhor tese no entendimento do juiz.

Na Idade Média merece destaque o conceito de *kerygma*, ou mensagem velada que deve ser proclamada, patrocinado pelas instituições religiosas, hegemônicas na determinação da essência do conhecimento teológico.

---

<sup>92</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe Camargo. *op. cit.*, p.23-24.

<sup>93</sup> PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2006, p.23-41.

<sup>94</sup> GADAMER, Hans-Georg. *op. cit.*, p.311 e ss.

No terreno jurídico, foi importante a atividade dos *glosadores*, nos séculos XI e XII, na Universidade de Bolonha, responsável pela compilação, em 1080, das leis romanas do século VI d.C. de Justiniano, o famoso, *Corpus Iuris Civilis*. As glosas constituíam explicações minudentes acerca do sistema jurídico. Em Bolonha era seguida a tradição do ensino trivial (gramática, lógica e retórica).

O romantismo e o renascimento continuam bastante exegéticos. Sob a influência do historicismo, isso muda gradativamente, na medida em que a interpretação passa a ser sopesada com as circunstâncias históricas de criação e aplicação.

Adequação está jungida à aplicação, na medida em que a compreensão é fruto de um acontecer. A interpretação pressupõe um *estar-aí*, logo, reclama uma participação na tradição. O direito como concretização, deve ser compreendido como “elemento ético da vida social – teoria da vida reta” tendente, portanto, à realização do bem. Ainda conforme Gadamer, o processo de compreensão pressupõe um acordo, entendido como fusão horizontal, aproximando-se da Nova retórica.

A adoção da idéia de *acordo*, por Gadamer, substitui as posições monolíticas da filosofia tradicional por um novo paradigma.

Gadamer e Perelman representam a corrente tópico-retórica, na medida em que a tradição fundamenta a compreensão, em contraponto à Descartes. É factível aliar as concepções ontológico-existencialistas de Gadamer à racionalidade argumentativa de Perelman.

Toda produção humana carece de um esforço hermenêutico para o alcance de seu significado. Na tarefa interpretativa, é inafastável a idéia de pré-compreensão.

A pré-compreensão adquire relevo no âmbito jurídico, expresso pela normatividade dogmática, responsável por dotar as decisões jurídicas de certo grau de previsibilidade<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *op. cit.*, p. 58-60.

Interessantes são as observações do filósofo Cossio<sup>96</sup> acerca do método, espinhal dorsal de um modelo científico. Para ele a metodologia tem por principal aspiração a universalidade, sendo, no entanto, este, o principal erro do jurista.

Cossio, ainda apresenta três grandes erros metodológicos: tratar como conteúdo dogmático a valoração jurídica; como valoração jurídica a estrutura lógica e; como conteúdo dogmático a estrutura lógica.

É possível haver uma harmonia metodológica, desde que haja uma aplicação adequada às diversas possibilidades objetivas. Entretanto, Cossio salienta que o método que se intitula absoluto é negativo e deve ser rechaçado.

O professor argentino aponta ainda o valor como resultante de uma interferência intersubjetiva, posto não ser possível a construção de um ordenamento unissubjetivo.

A valoração é contingencial, material, e estimativa, sendo o direito a positividade que, em si, já carrega um plexo axiológico. Isso porque varia de acordo com as circunstâncias espaciais e temporais, sendo qualquer atividade interpretativa, um posicionamento momentâneo, tendente desuso.

A atividade judicante constitui um repensar da norma a ser aplicada, no âmbito do direito legislado, ao passo que, na atividade judicante consuetudinária, há tão só uma construção jurídica (considerando a qualidade e a quantidade), que permite uma maior liberdade criativa ao aplicador, em menor medida nos sistemas de direito legislado.

É a concretização do caso que permite a valoração, posto que, embora a norma já esteja valorada, ela é ressignificada à luz das situações objetificadas.

Lastreado no pensamento perelmaniano<sup>97</sup>, o método do lugar-comum constitui um ponto de partida discursivo utilizado pelo orador no seu esforço persuasivo. Para ele, tal

---

<sup>96</sup> COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del Derecho**. Buenos Aires: Arayu, 1954, p. 71-132.

<sup>97</sup> PERELMAN, Chaïm. *op. cit.*, p. 155-170.

método é adequado, uma vez que se vale de idéias claras e simples, cujas máximas tendem à universalidade.

De acordo com o professor de Bruxelas<sup>98</sup> merecem atenção especial, na argumentação, os lugares da quantidade (que atribui prevalência à superioridade numérica e de resistência temporal); os lugares da qualidade (que valorizam a exclusividade, o ineditismo, a escassez e a intangibilidade); os lugares da ordem (que privilegiam a gênese em detrimento do resultado).

Assim posicionou-se Perelman<sup>99</sup>:

Os lugares-comuns desempenham na argumentação um papel análogo ao dos axiomas em um sistema formal. Podem servir de ponto inicial justamente porque os supomos comuns a todos os espíritos. Mas diferem dos axiomas porque a adesão que se lhes concede não é fundamentada na evidência deles, mas, ao contrário, na ambigüidade deles, na possibilidade de interpretá-los e de aplicá-los de modos diversos.

Nessa toada, os *topoi* adquirem função central na argumentação jurídica da Nova Retórica, devendo o intérprete eleger as premissas que deve valorizar para apresentar aos ouvintes, mediante a técnica argumentativa conhecida como *presença*.

Quanto às técnicas para obtenção de resultados eficazes na argumentação jurídica, relativamente à *presença*, merecem destaque as figuras retóricas:

Nunca será demais insistir sobre o papel que desempenham as figuras de retórica na obtenção desse efeito de *presença*, principalmente a *amplificação*, desenvolvimento oratório de um assunto, a *congruência*, amplificação por enumeração das partes de um conjunto, a *repetição*, o *pseudodiscurso direto*, no qual se atribuem ficticiamente palavras a alguém, a *hipotipose*, na qual se descreve um acontecimento como se se desenrolasse ante nossos olhos, a *enálage do tempo*, em que se substitui um tempo por outro, contrariando as regras da gramática (se falas, *estás* morto).<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> PERELMAN, Chaïm. *op. cit.*, p.159.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p.159.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p.161.

Perelman<sup>101</sup> em comentário ao trabalho “Presunções” de Patrice Day, ressalta três princípios, por ele denominados de *conservador*, *liberal* e *socialista*.

O princípio conservador valoriza a tradição e os pensamentos consolidados em detrimento da mudança, do novo.

O princípio liberal que, segundo o autor, tem por principal expoente J. Stuart Mill indica serem preferíveis as decisões espontâneas às forçadas via coerção ou coação, evidentemente, considerando circunstâncias normais.

Por fim, no que toca ao princípio da presunção socialista, há uma necessidade argumentativa para a desigualdade, sendo a igualdade uma categoria que prescinde de embasamento.

A argumentação<sup>102</sup>, *a contrario sensu* da demonstração, é propositiva, jamais impositiva, carecendo, antes, de acordo sobre o *topos*. Desse modo, percebe-se o quão significativa é a construção teórica pós-positivista, notadamente da nova retórica, para o estabelecimento e consolidação de uma cultura jurídico-política e social democrática.

---

<sup>101</sup> PERELMAN, Chaïm. *op.cit.*, p. 168-169.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 170.



### 3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: EXPRESSÃO PALMAR DE UM SISTEMA DEMOCRÁTICO

#### 3.1. DEFINIÇÃO E AMPLITUDE CONCEITUAL

Os direitos do homem<sup>103</sup>, a democracia e a paz são momentos históricos imprescindíveis, posto que estabelecem o reconhecimento e proteção *di diritti dell'uomo* via adoção do conceito democrático, condição mínima para o estabelecimento da paz estável e garantia da cidadania.

Para Bobbio, já em 1951, estava firmado o entendimento de que os direitos humanos são historicamente condicionados; resultam da concepção individualista da idade moderna e constituem indicadores de uma evolução histórica.

Todo direito pressupõe um correlato dever que adquire concreção na linguagem normativa, salientando que tal linguagem é ambígua e, por vezes meramente simbólica. Os direitos de terceira e quarta geração, *e.g.*, constituem aspirações carentes de concretude, devido ao alto grau de abstração, em que pese sirvam de balizamento na elaboração de novas políticas.

O constitucionalismo<sup>104</sup> surge com o fito de promover, implementar e efetivar o ideal de liberdade humana. A origem histórica das constituições, ainda que não escritas, está ligada à Antigüidade.

Na antigüidade clássica, séculos V a III a.C., desenvolveu-se um sistema de democracia direta, garantidor de igualdade entre governantes e governados na *Ekklesia*, em que pese ínfima parcela da população pudesse ser considerada cidadã, portanto, dotada de direitos políticos. Merece destaque o instituto da *apagoguê*, ação criminal movida contra os maus gestores do erário.

Em Roma (séculos V a II a.C.) o constitucionalismo amadureceu por intermédio do desenvolvimento de um sistema de freios e contrapesos, que dividiu e limitou o poder, em que o papel do Senado foi preponderante.

---

<sup>103</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Elsevier: Rio de Janeiro, 2004, p. 1-9.

<sup>104</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 35-38

Em 1215, com a edição da Magna Carta inglesa, os poderes do monarca foram limitados, via acordo entre Nobreza e Realeza, objetivando a defesa da liberdade e da propriedade.

*A posteriori*, outros documentos merecem destaque: *Petition of Rights* (1628); *Habeas Corpus Act* (1679); *Bill of Rights* (1689).

No constitucionalismo antigo não há menção a Constituições escritas, não havia controle das atividades do executivo e do legislativo e, este último poderia alterar a Constituição pelas vias ordinárias.

A idéia de Constituição escrita e rígida inaugura o constitucionalismo moderno, EUA (1787) e França (1791), via declaração de direitos e garantias fundamentais, limitando o poder e colocando a Constituição no ápice dos ordenamentos jurídicos, bem assim, punindo os gestores públicos por desatendimento aos ditames constitucionais.

Esse movimento constitucional, expressão do liberalismo político e econômico, legitimou o desenvolvimento do Estado Liberal, que tem como mote a doutrina do *laissez-faire*.

O *Welfare State*<sup>105</sup> tem início com a Constituição Mexicana de 1917. No Brasil, o seu marco legal é a Constituição de 1934, sob influência da Constituição de Weimar de 1919. O ideal de bem-estar e desenvolvimento está consubstanciado nos arts. 170 e 193 da Constituição Republicana de 1988, e indica a conformação de um estado pró-ativo na efetivação de políticas públicas.

O fim da Segunda Grande Guerra marca o crepúsculo do *Estado Legislativo* e a aurora do Estado Constitucional de Direito, que impinge à Constituição uma força normativa<sup>106</sup> apta a empurrar a legislação infraconstitucional para a periferia sistêmica e, *pari passu*, assumir a centralidade axiológico-vinculativa.

Esse protagonismo constitucional do pós-1945 promoveu o desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro hodierno, fundado na preocupação quanto à valorização e

---

<sup>105</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *op.cit.*, p. 39.

<sup>106</sup> *Ibidem*, 40-42.

efetivação de direitos, que culminou na adoção primordial da teoria jurídica material ou substancial dos direitos fundamentais, assentada na dignidade da pessoa humana.

O patriotismo constitucional<sup>107</sup> representa, segundo Habermas, um movimento do constitucionalismo, capaz de fomentar a construção de uma identidade coletiva nacional serena, prescindindo da xenofobia e do vilipêndio aos valores garantidores da dignidade da pessoa humana, harmonizados com o compromisso universal de valores de um Estado Democrático de Direito, sendo, portanto, republicano e inclusivo.

O respeito aos direitos humanos fundamentais<sup>108</sup> representam o termômetro do grau democrático de um Estado.

O Estado contemporâneo assume um papel de sujeição ante as demandas sociais, uma vez que os direitos humanos fundamentais impõem-lhe posturas negativas (não violação) e positivas (promoção).

Algumas terminologias<sup>109</sup> merecem destaque, no tocante à definição dos direitos humanos fundamentais: direitos individuais (direitos individuais de *per si*, apartados dos direitos políticos), subjetivos (direitos disponíveis), públicos subjetivos (situação jurídica do indivíduo em face do Estado) e direitos humanos (de caráter universal, referente à vida digna, com liberdade garantida e igualdade).

Os direitos fundamentais podem ser entendidos como os direitos humanos positivados e a fundamentalidade material desses direitos encontra porto seguro na dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais almejam a salvaguarda das liberdades (direitos individuais), das carências humanas (direitos sociais, políticos, econômicos e culturais) e da preservação da humanidade (direitos de fraternidade e solidariedade).

---

<sup>107</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *op.cit.*, p. 43-44

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 546-547.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 549-556.

Com espeque na doutrina de Jorge Miranda, é possível inferir que a Constituição Formal é aquela que positivou os direitos humanos, ao passo que a Constituição material, tutela tais direitos de maneira não-escrita.

Para Georg Jellinek<sup>110</sup>, os direitos fundamentais apresentam uma dimensão plurívoca, o que leva à elaboração de uma teoria, que revela os direitos humanos sobre quatro *status*: (*status subjectionis* ou *status passivo* – em que sobre o indivíduo recai um plexo de deveres, em dissonância com o paradigma contemporâneo de catálogo de direitos; *status negativus* ou *status libertatis*, que impõe ao Estado um dever de abstenção em relação à violação dos direitos da personalidade, inclusive, na própria atividade legiferante, que não pode transpor os limites constitucionais; *status positivus* ou *status civitatis*, determinante na imposição de um dever do Estado para com o indivíduo, notadamente, no tocante à efetivação de políticas públicas; *status activus* oportunizando ao indivíduo uma participação ativa nos destinos do Estado, via consolidação de direitos políticos e da cidadania.

Merece destaque o *status activus processualis* desenvolvido por Peter Häberle, responsável por estender a todos a legitimidade hermenêutico-constitucional.

Tal função diz respeito ao direito ao não impedimento de ação legítima do sujeito pelo Estado e, consoante Alexy, constitui um *direito a não afetação de propriedades e situações*. Ademais, englobam o *direito a não eliminação de posições jurídicas*

Representa a função do Estado de atuação direta, via promoção de políticas públicas e efetivação dos direitos sociais originários (pré-concretizados, v.g., liberdades associativas) e derivados (pós-concretizados, e.g., direito social subjetivo – saúde – acesso a medicamentos).

Está consubstanciado no dever do Estado de garantir o exercício de direitos fundamentais, protegendo contra ingerências de particulares na esfera subjetiva.

---

<sup>110</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *op. cit.*, p. 558-566

Tal função é jungida ao princípio da igualdade, modelado para a reparação de desníveis sociais, especialmente, no tocante à garantia de oportunidades eqüitativas e, conseqüentemente, possibilidade de afirmação e efetividade do princípio democrático.

A todo direito fundamental há uma norma de direito fundamental garantidora, sendo a recíproca, inverídica, posto que há normas jusfundamentais que não prescrevem direitos subjetivos.

A vagueza constitui traço marcante do conceito de norma<sup>111</sup>, notadamente da norma jusfundamental.

A norma pode ser compreendida sob o sentido objetivo (via modais deônticos – permissão, proibição, ordem), pela idéia de expectativa de conduta contrafaticamente estabilizada, como um imperativo, ou mesmo como um modelo de comportamento.

É imperiosa a distinção entre norma e enunciado normativo, haja vista que a norma constitui o significado do enunciado normativo, sendo a primeira, o conceito primário da segunda.

Vale ressaltar, que existem enunciados deônticos, imperativos e indicativos sem expressões deônticas.

Os enunciados afirmativos se encontram na categoria do ser, ao passo que os enunciados normativos, estão na categoria do dever-ser.

É possível pensar uma norma sem validade, caso contrário, a idéia de invalidez normativa restaria despicienda.

O conceito semântico<sup>112</sup> é imprescindível para a delimitação adequada da idéia de norma, uma vez que cientificiza o direito, minorando a polissemia e, por conseguinte, potencializa sua funcionalidade.

---

<sup>111</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 51-58.

<sup>112</sup> ALEXY, Robert. *op.cit.*, p.60-61.

Três teorias explicam a validade normativa: a teoria sociológica (preocupada com a dimensão de efetividade); a teoria jurídica (voltada para a competência formal do órgão que emana a normatividade) e; a teoria ética (que se debruça sobre a idéia de justiça transcendente à lei).

Os enunciados sobre a validade normativa<sup>113</sup> têm o condão de delimitar o espaço de validade da norma. Há, ainda, enunciados sobre asserções interpretativas (necessários a uma boa hermenêutica jurídica) e enunciados sobre criação normativa (fulcrais para a construção juscientífica).

Os grandes problemas, no tocante à delimitação do conceito de norma de direito fundamental, giram em torno da dúvida quanto ao pertencimento exclusivo das normas jusfundamentais<sup>114</sup> às disposições expressas da Constituição alemã, bem como da delimitação da fundamentalidade dos direitos dessa Constituição.

Uma disposição de direito fundamental<sup>115</sup> pode ser explicada sob três aspectos: material (substância/conteúdo), estrutural (fundamento do Estado) e formal (ritualístico-positivista).

Tais teses reafirmam o substrato constitucional e, *pari passu*, dão margem a considerações mais generalizantes.

As normas de direitos fundamentais atribuídas<sup>116</sup> decorrem de uma abertura estrutural normativa, garantida por uma *relação de refinamento* (densificação) e uma relação de fundamentação (justificação).

A validade de uma norma jusfundamental atribuída está relacionada à capacidade potencial de *correta fundamentação referida a direitos fundamentais* expressos.

O conceito de norma de direito fundamental<sup>117</sup>, para Müller, apresenta três níveis: a autoridade responsável pela positivação; correção da atribuição a dispositivos dotados

---

<sup>113</sup> ALEXY, Robert. *op.cit.*, p.62-65.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p.65-66.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p.68-69.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p.71-74.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p.-77-78.

de autoridade e; a idéia de que a fundamentação correta confere validade a todas as normas (diretamente extraídas e atribuídas).

Segundo Müller, sua teoria é pós-positivista e dissocia a idéia de norma da de texto normativo, sendo a norma a minudência contextualizada do programa normativo. Desse modo, a teoria da norma pode ser analisada sob o aspecto de um modelo estrutural geral das normas jurídicas, processo de decisão jurídica e exigência de trabalho aos juristas. É desse conceito normativo que Alexy constrói a sua teoria da normatividade jusfundamental, desenvolvida neste trabalho.

### 3.2. A PRICIPIOLOGIA JURÍDICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A investigação de uma adequação principiológica não pode prescindir de uma apreciação do pensamento de Humberto Ávila<sup>118</sup>, que busca definir o método mais adequado à realização máxima dos princípios, haja vista que estes se encontram numa dimensão alheia ao *all or nothing*, qual seja a *dimension of weight*. No estudo do princípio da proporcionalidade, este infere que o mencionado, em verdade, é um postulado normativo de aplicação, devendo estar presente em toda e qualquer aplicação/interpretação jurídica, sob pena, inclusive, da supressão dos bens jurídicos a serem resguardados.

Bobbio infere que a liberdade<sup>119</sup>, marco dos sistemas democráticos hodiernos, apresenta duas dimensões, consubstanciadas na: liberdade negativa (como ausência de constrangimento e ausência de impedimento) e liberdade positiva (como capacidade de autodeterminação).

---

<sup>118</sup>ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade.** In: Revista de Direito Administrativo, 215, 1999, p. 163. A este respeito esclarece que: “O dever de proporcionalidade consiste num postulado normativo aplicativo. Como já afirmado acima, o dever de proporcionalidade impõe uma condição formal ou estrutural de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas. Não consiste numa condição no sentido de que, sem ela, a aplicação do direito seria impossível. Consiste numa condição normativa, isto é, instituída pelo próprio Direito para a sua devida aplicação. Sem obediência ao dever de proporcionalidade não há a devida realização integral dos bens juridicamente resguardados. É dizer: ele traduz um postulado normativo aplicativo como aqui se afirma.”

<sup>119</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade.** Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Ediouro, 1996. Título original: Eguaglianza e Libertà, p. 38.

Impende salientar que, o princípio republicano, fundamento do Estado Democrático de Direito, traz consigo um imperativo de publicização<sup>120</sup> das atividades estatais, posto que o Estado, na qualidade de gestor da *res publica*, deve manter sua atividade às claras, sob pena de não promoção do valor justiça, tal como assevera Immanuel Kant<sup>121</sup>.

Os princípios apenas apontam uma direção decisória de forma não conclusiva, embora um conjunto de princípios possam ditar um resultado, cabendo às autoridades avaliarem os pesos relativos dos vários fatores e, nesse sentido, não há o que se falar em arbitrariedade, haja vista que o magistrado está sempre adstrito à ressonância que seus atos encontram na jurisprudência e na moralidade média da comunidade.

As normas jurídicas são incapazes de edificar um sistema jurídico completo, impassível de incongruências e vácuos, razão pela qual se sobreleva a importância do aparato principiológico, essencialmente aberto e, conseqüentemente, plurívoco.

A principal celeuma do paradigma principiológico pós-positivista concerne à eterna tensão entre dois valores caros aos atuais Estados Democráticos de Direito, quais sejam a segurança jurídica e a justiça.

A segurança jurídica diz respeito à estabilização das instituições jurídicas, bem como à maximização da previsibilidade da *modus operandi* do estado-juiz diante dos conflitos qualificados por pretensões resistidas entre os administrados.

---

<sup>120</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 93. Assevera que: “A República é o símbolo jurídico, tornado norma impositiva de um sistema de convivência política segundo o Direito, no qual a coisa do povo é exercida, efetiva, imediata e permanentemente, segundo o seu interesse, não se podendo consagrar, nesse exercício, peculiaridades decorrentes da condição pessoal específica e de privilégios, preferências e preconceitos. A República é o brasão jurídico da igualdade no trato e no retrato da coisa pública; o símbolo tornado princípio jurídico-normativo, de cumprimento impositivo e impostergável, da publicização dos negócios de todos os cidadãos, titulares não apenas do poder, mas senhores do seu exercício e do seu destino. A vocação da República é a comunidade. A cidade é pública. A sua Constituição, República. O seu governo, *res publica*.” (grifos do autor).

<sup>121</sup> “Todas as ações relativas ao direito de outros homens cuja máxima não é suscetível de se tornar pública são injustas” in A Kant, Immanuel. **À Paz Perpétua**. São Paulo, L&New, 2008, p. 52.



No tocante ao valor justiça percebe-se uma maior dependência da casuística, com vistas à materialização da justiça concreta, que transcende o justo formal, posto ser este último, apriorístico e estanque. Nessa linha, pensar na aplicação de um direito justo, necessariamente, carece de uma revisão dos conceitos tradicionais da segurança jurídica.

Os princípios jurídicos têm função complementar e de embasamento dos mandamentos da ordem jurídica. Sua principal função é a de limitar o arbítrio/subjetivismo do intérprete/aplicador do direito conferindo legitimidade à atividade jurídico-hermenêutica.

Nessa toada, os princípios jurídicos, encontram-se numa dimensão alheia ao *all or nothing* (tudo ou nada), razão pela qual, melhor se coadunam à *dimension of weight* (*dimensão de peso*), haja vista que sal aplicação decorre de um exercício ponderativo, via densificação/concretização<sup>122</sup>.

Conforme o jurista brasileiro Eros Grau<sup>123</sup>, os princípios possuem uma capacidade expansiva maior que as regras, sendo concretizados à luz dos casos específicos. Ademais, os princípios jurídicos têm um caráter alográfico<sup>124</sup>, tal qual as artes, posto que o significado das disposições normativas são corporificados apenas mediante atividade intelectual do intérprete/aplicador do direito.

O juiz deve fazer uso do poder discricionário sempre respaldado na doutrina da supremacia do Poder Legislativo (não lhe é dado afastar a lei sem um motivo plausível) e na doutrina do precedente (que deriva da idéia de que as decisões já proferidas no mesmo sentido conferem uma maior consistência à prestação jurisdicional), pois, do contrário, nenhuma regra seria considerada obrigatória. Os positivistas, acertadamente concluem que os princípios e políticas são regras válidas acima do direito, mas se equivocam ao aduzirem que a aplicação destes se dá pelos magistrados no uso de um poder discricionário.

---

<sup>122</sup> ÁVILA, Humberto. *op.cit.*, p. 26-31.

<sup>123</sup> GRAU, Eros. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 29 e 90.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 30.

A manutenção da legitimação do poder depende de este poder manter uma compreensão do que é apropriado à comunidade. Para os princípios, não parece apropriada a distinção de Hart entre aceitação e validade, tendo em vista que, a idéia de validade remete a um conceito de tudo ou nada, incompatível com a dimensão de peso própria de um princípio.

Os princípios devem ser tratados como direito, pois, desse modo, tem-se a possibilidade de que uma obrigação jurídica seja imposta por um conjunto de princípios, da mesma forma que por uma regra estabelecida, podendo, dessa forma, pela característica própria da dinâmica principiológica, mais flexível, oportunizar a construção de um sistema jurídico inclusivo e mais adequado à atmosfera democrática.

### 3.3. A COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS JUSFUNDAMENTAIS E A TÉCNICA DO SOPESAMENTO OU PONDERAÇÃO DE BENS E INTERESSES

É por intermédio da ponderação de bens e interesses, aplicando-se a máxima da proporcionalidade que se torna possível a construção de decisões adequadas, necessárias e razoáveis no amplo espectro casuístico, posto que, conforme analisado, a lógica subsuntiva é inapropriada para a resolução da colisão principiológica.

Para que façamos uma construção adequada da teoria dos direitos fundamentais, as regras e princípios, como espécies normativas que são, carecem de distinção<sup>125</sup>. O critério distintivo da generalidade entre regras e princípios informa que os princípios apresentam grau de generalidade relativamente alto e, as regras, relativamente baixo.<sup>126</sup>

Existem outros critérios de distinção que também se destacam, tais como, a determinabilidade dos casos de aplicação, o caráter explícito da carga axiológica, a referência à idéia de direito ou ao conceito de justiça, a relevância para a ordem jurídica,

---

<sup>125</sup> ALEXY, Robert. *op. cit.*, p.85-86.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p.87.

o fato de os princípios constituírem o fundamento das regras e serem regras, bem como constituírem normas de argumentação e de comportamento<sup>127</sup>.

Podemos elencar três teses acerca da diferenciação entre princípios e regras: a primeira nega a necessidade distintiva; a segunda aduz ser a diferença ligada ao grau e; a terceira, defendida por Alexy, entende haver uma diferença gradual e qualitativa<sup>128</sup>.

Segundo Alexy, os princípios devem ser entendidos como mandados de otimização, já que são realizados em graus distintos, posto que se submetem às condições fáticas e jurídicas cambiantes<sup>129</sup>.

As antinomias principiológicas recebem a denominação de colisões, ao passo que as antinomias de regras, são denominadas conflitos. Para dirimir a contradição entre regras, caso não possa ser eliminada pela introdução de uma cláusula de exceção, será necessário a invalidação de uma delas, via recurso às máximas interpretativas da *lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali*, ou ainda pelo grau de importância, *v.g.*, a prevalência de uma lei federal em detrimento de uma lei estadual<sup>130</sup>.

A colisão principiológica ocorre na dimensão de peso. Reforçando a tese do mandado de otimização, devemos considerar que a lei de colisões determina que não existe uma relação de precedência absoluta entre princípios, e que a referência a ações e situações não são quantificáveis, mas qualitativas<sup>131</sup>.

Na árdua tarefa de realizar o sopesamento, num primeiro momento consta-se a tensão entre princípios constitucionais equipotentes; em seguida sustenta-se a tese de prevalência de um sobre o outro e, por fim; se decide com base no sopesamento das variáveis pró e contra<sup>132</sup>.

---

<sup>127</sup> ALEXY, Robert. *op. cit.*, p.88-89.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p.89-90.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p.90.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p.91-93.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p.94 e 97-99.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p.100-102.

Ao distinguirmos o caráter *prima facie* das regras e dos princípios, observamos que os princípios apresentam um comando *prima facie*, ao passo que as regras têm um comando potencialmente mais definitivo que os princípios. Cabe salientar que, quanto maior a categoria de princípios formais, maior o caráter *prima facie* das regras.

As regras e princípios, analisados como razões, nos informam que as regras podem fundamentar outras regras, e princípios podem motivar decisões. Regras, neutras à exceções, podem ser razões definitivas, ao passo que os princípios, serão sempre razões *prima facie*.<sup>133</sup>

Os princípios apresentam uma carga, eminentemente axiológica, têm uma importância substancial para a ordem jurídica e constituem um modelo normativo fundamentador “desenvolvido”, na medida em que não apriorístico, mas tão só existentes na dimensão de aplicação/concretização<sup>134</sup>.

Acrescente-se que ao tentarmos elucidar possíveis colisões entre princípios ou conflitos entre regras devemos considerar as três máximas da proporcionalidade, a saber: a adequação; a necessidade (utilização do meio que menos afete direitos fundamentais) e proporcionalidade em sentido estrito (razoabilidade via sopesamento)<sup>135</sup>.

Ao conceito dado aos princípios, na leitura de Alexy, podemos encontrar três objeções: os princípios podem ser invalidados; existem princípios absolutos e; os princípios são inúteis, ante o alto grau de abstração apresentado e, a conseqüente senda para o arbítrio<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> ALEXY, Robert. *op. cit.*, p.107-108.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p.109.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p.116-117.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p.109.

Cumprе salientar, que o teorema da colisão não vislumbra o sopesamento entre princípios válidos e inválidos, haja vista que a colisão entre princípios pressupõe a sua validade.<sup>137</sup>

Devemos ressaltar que não há princípio absoluto, tampouco a dignidade da pessoa humana, também insculpida na Constituição brasileira como fundamento do Estado, uma vez que ela deve sempre ser considerada em sua dimensão interativa/fática, apresentando, portanto, contornos diferenciados circunstancialmente condicionados<sup>138</sup>.

Quanto maior a afetação de um princípio, maior será a importância da satisfação do outro em conflito. Somente é possível falar em pesos relativos e, as curvas de indiferença, respondem bem às necessidades decisórias diante de colisões, sendo este o cerne da lei do sopesamento. O modelo de sopesamento está intimamente relacionado ao princípio da concordância prática<sup>139</sup>.

Com relação à amplitude do conceito de princípios, Dworkin afirma que o conceito amplo de princípio é explicado pelo fato de que os direitos individuais são a resultante de interesses coletivos, consubstanciados na ideia de “políticas”, apresentando, assim, uma grande abertura semântica, facilitadora da consecução de conveniências<sup>140</sup>.

Ao discorrer acerca dos modelos de princípios, Alexy enumera três modelos. O modelo puro de princípios, proposto por Eike Von Hippel, indica que os direitos fundamentais são princípios e, como tais, estão sempre sujeitos a uma variação interpretativa condicionada pela faticidade. O principal contraponto a tal modelo diz respeito à sua negação dos limites impostos pelo legislador constituinte<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> ALEXY, Robert. *op. cit.*, p.110.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p.112-113.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p.167-169 e 173.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p.116.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p.121-123.

O modelo puro de regras propugna uma construção de direitos fundamentais livres de sopesamentos, dividindo os direitos fundamentais em: sem reserva; com reserva simples e com reserva qualificada<sup>142</sup>.

O traço marcante desses modelos jusfundamentais é a imposição de limitação ao próprio legislador quanto à restrição de direitos fundamentais, o que, em verdade, já representa a imposição de um sopesamento<sup>143</sup>, ainda que prévio ao ingresso na ordem jurídica.

Desse modo, os direitos fundamentais podem ter sua incidência suspensa, pois, segundo a lei de colisão, nenhum princípio é absoluto, estando, portanto, sujeitos ao condicionamento fático, resolvido pela via do sopesamento<sup>144</sup>.

Além disso, devemos ressaltar o duplo caráter dos direitos fundamentais, ou seja, para o edifício de um modelo adequado para os direitos fundamentais impõe-se o reconhecimento de uma normatividade constitucional de caráter dúplice, uma vez que os direitos fundamentais devem ser reconhecidos como princípios e como regras ao mesmo tempo<sup>145</sup>.

### 3.4. PRINCÍPIOS E VALORES

Quanto à teoria dos princípios e dos valores, resta patente que a realização dos princípios corresponde ao implemento dos valores. Do ponto de vista prático, os princípios e valores podem ser considerados sob três aspectos: deontológicos (plano do dever e dever-ser – ligado à tese da jurisprudência dos conceitos); axiológicos (jungido ao conceito do bom, do belo e do justo – próximo das contribuições da jurisprudência

---

<sup>142</sup> ALEXY, Robert. *op. cit.*, p.123.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p.131.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p.133-135.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p.144.

dos valores) e; antropológico (voltado às concepções de vontade, interesse, necessidade, etc. – relacionado à jurisprudência dos interesses)<sup>146</sup>.

O valor pode ter duas dimensões: a da atribuição e a da essência. O juízo classificatório diz respeito à idoneidade ou não da constituição; o comparativo lança uma valoração relativa entre constituições e, por fim; o métrico que atribui uma escala numérica de valoração. Ademais, quase tudo pode ser objeto de valoração e, a discordância gira em torno dos critérios valorativos. A valoração global decorre de uma determinação da relação entre critérios<sup>147</sup>.

A diferença entre princípios e valores é tratada por Alexy da seguinte forma: o modelo de princípios (definitivamente devido) é melhor para o plano deontológico, ao passo que os valores (definitivamente melhor) são melhores no plano axiológico<sup>148</sup>.

As objeções à teoria dos valores são de ordem filosófica, metodológica e dogmática.

A objeção filosófica diz respeito à falta de objetividade do intuicionismo, considerando-o uma teoria subjetivista, desprovida, assim, de cientificidade<sup>149</sup>.

A objeção metodológica ataca o arcano da interpretação constitucional e construção teórica de uma ordem de valores hierarquizada<sup>150</sup>.

Segundo Carl Schmitt e Hartmann<sup>151</sup>, o grande problema sobre a concepção de uma ordem hierarquizada de valores gira em torno da possibilidade de uma tirania dos valores.

---

<sup>146</sup> ALEXY, Robert. *op.cit.*, p.144-146.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p.147-149.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p.153.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p.155-157.

<sup>150</sup> *Ibidem*, p.158.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p.160.

Nas objeções dogmáticas, permanece a discussão em torno da segurança jurídica, porém o modelo de regras e princípios busca racionalizar as decisões com base em critérios científicos<sup>152</sup>.

Ainda assim, resta patente a íntima relação entre os valores e princípios, bem como a recorrente utilização destes de forma conjunta, na medida em que a valoração é intrínseca a qualquer processo hermenêutico e, hodiernamente, conforme a orientação pós-positivista, indicativa de uma abertura valorativa ao intérprete, é inviável dissociá-los.

É por isso que, os direitos fundamentais, eminentemente principiológicos e carregados de um plexo axiológico, constituem verdadeiros símbolos das democracias contemporâneas.

---

<sup>152</sup> ALEXY, Robert. *op.cit.*, p.178-179.



## 4. O DIREITO FUNDAMENTAL À MEMÓRIA

### 4.1. DIREITO À MEMÓRIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito à memória consiste em estudar, desvendar, rememorar o passado, debruçando-se sobre o passado para resgatar a sua verdade, trazendo à tona seus acontecimentos marcantes, possibilitando, assim, a transmissão da experiência e herança histórica de um povo que permite, por sua vez, a constituição de uma memória individual e coletiva, imprescindíveis para a construção de uma identidade, social e cultural, nacional e a consolidação efetiva da democracia.

[...] atualmente, a maioria dos autores concorda que a memória não pode ser vista simplesmente como um processo parcial e limitado de lembrar fatos passados, de importância secundária para as ciências humanas. Trata-se da construção de referenciais sobre o passado e o presente de diferentes grupos sociais, ancorados nas tradições e intimamente associados a mudanças culturais<sup>153</sup>.

Consubstancia um direito fundamental implícito, sendo passível de ser extraído do direito de acesso à informação, sobretudo, dos documentos de interesse coletivo, do direito de participação popular na vida pública e o direito à verdade, como meio de resgate e compreensão da história de um povo. O acesso às informações, especialmente, as oficiais, permite que tantos quantos necessitem ou tenham interesse, tomem consciência dos acontecimentos de um dado período histórico e sobre eles, elaborem seus próprios conceitos.

A memória perfaz-se em um bem público e resulta de uma construção histórica que deve ser conhecida por quem quer que seja, para que, a partir de um juízo de valor, cada um possa reconhecer, sob a sua perspectiva, os acontecimentos históricos de seu país.

[...] há várias leituras sobre o 31.03.1964 no Brasil. [...] as interpretações são as mais variadas em função das diferentes visões de mundo: desde aqueles que enxergavam no golpe um resultado da instabilidade criada pelo governo de João Goulart, que ameaçava as Forças Armadas;

---

<sup>153</sup> CHIOZZINI, Daniel. Memória é Matéria-Prima do trabalho do Historiador. *In*: **Direito à memória e à verdade**. Coletânea de Subsídios I: Reportagens, Depoimentos e outros. Brasília: junho de 2007, p. 05.

passando por análises da ciência política que inserem a ditadura brasileira no contexto das crises dos regimes latino-americanos das décadas de 1960 e 1970, até visões de cunho marxista, que objetivam, *grosso modo*, desmascarar o fato de que o golpe não foi resultado de ação autônoma dos militares, mas teve como pano de fundo o apoio da classe dominante e do imperialismo, que se sentiram ameaçados em seu interesse de preservação da propriedade privada e da força coercitiva do Estado diante da dimensão que a luta dos trabalhadores alcançou de 1960 a 1964<sup>154</sup>.

Esse direito fundamental encontra respaldo na Constituição Federal de 1988, embasando-se no regime adotado pelo constituinte, qual seja o Estado Democrático de Direito e Republicano, bem como nos princípios e objetivos da Carta Magna, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade livre, respectivamente. Ressalte-se que a liberdade e a autodeterminação de um povo, somente imperam numa sociedade que oferece aos seus cidadãos o conhecimento e a interação com sua memória e passado histórico.

Ademais, esse direito fundamental é reconhecido no âmbito internacional, citando-se a título de exemplificação o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992 e pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em vigor desde 14 de dezembro de 2005.

O princípio da publicidade, encerrado no art. 5º, XXXIII da Constituição Federal de 1988, igualmente desempenha importante papel na consecução da cidadania e concretização dos direitos fundamentais outrora olvidados. Além disso, o acesso à memória documental de um país, materializada através da transparência dos arquivos estatais, revela-se imprescindível para o exercício da cidadania e da soberania popular, uma vez que resta consignado na Constituição Federal de 1988 que todo o poder emana do povo e a participação, direta ou indireta, do povo no exercício do poder deve acontecer de modo a expressar fielmente a vontade popular<sup>155</sup>.

No entanto, ressalte-se, por oportuno, que o direito à memória, seguindo a tônica dos demais direitos fundamentais, encontra limites no próprio Documento Magno. O seu exercício é condicionado à preservação da inviolabilidade da intimidade, vida privada,

---

<sup>154</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Direito à memória e reparação: da inclusão jurídica das pessoas perseguidas e torturadas na ditadura militar brasileira. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 17, n. 67, abr/jun 2009. Coord. Maria Garcia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 142.

<sup>155</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.131.

honra e imagem das pessoas, conforme inteligência do artigo art. 5º, inciso X da Constituição Republicana de 1988, assim como aos imperativos de segurança nacional e da sociedade (art. 5º, inciso XXXIII). Assim, conclui-se que o sigilo é medida excepcional, condicionada a uma justificativa pontual, razoável e atual, não sendo permitido pactuar com um segredo eterno<sup>156</sup>.

Conceituar os direitos fundamentais não é das tarefas mais fáceis, ante a inexistência na doutrina de um consenso acerca da sua significação. Embora seja árdua a tarefa de se atribuir um conceito aos direitos fundamentais, resta imperioso consignar que, hodiernamente, entende-se por fundamentais os direitos humanos expressamente reconhecidos na Constituição dos Estados.

Malgrado o limitado critério formal, corriqueiramente utilizado na definição dos direitos fundamentais, emerge um importantíssimo raciocínio, que insere o critério material e/ou estrutural para a construção do conceito de fundamentalidade.

A partir desse critério, mostra-se possível conceituar como fundamentais outras normas contidas no texto constitucional às quais se pode atribuir uma argumentação de direito fundamental, pois guardam uma estreita ligação com as normas formais jusfundamentais. Essas normas, qualitativamente destacadas, são denominadas como direitos materialmente fundamentais. Desse modo, constata-se que “a nota de fundamentalidade é essencial para a revelação de direitos fundamentais fora do catálogo expresso na Constituição, permitindo uma interpretação extensiva<sup>157</sup>”

No ensejo, vale lembrar os ensinamentos de Bobbio:

[...] os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos

---

<sup>156</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. O direito à verdade e os arquivos sigilosos. *In: Direito à memória e à verdade*. Coletânea de Subsídios I: Reportagens, Depoimentos e outros. Brasília: junho de 2007, p. 22.

<sup>157</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais e suas características**. *In: Revista dos Tribunais*. Ano 07, nº. 29, out.-dez. 1999. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Coord. Maria Garcia. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, p. 56.

interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. [...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas<sup>158</sup>.

Na tentativa de se conceituar os direitos fundamentais, mostra-se de importância singular, trazer à baila algumas abordagens teóricas construídas por Antonio-Enrique Pérez Luño:

[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional<sup>159</sup>.

Os direitos fundamentais se reportam aos direitos inerentes à figura humana, como indivíduo ou como parte integrante da vida política; às liberdades, à defesa dos cidadãos frente à atuação estatal em sua esfera jurídica; e às garantias ou meios processuais aptos a garantir a defesa dos direitos.

Após essas breves considerações acerca de uma definição do que se considera direito fundamental, cabe adentrar na seara das características dos princípios jusfundamentais. Há um catálogo de direitos fundamentais, ressalte-se, *numerus apertus*, com rol meramente exemplificativo. Impõem limitações, consubstanciadas no dever de abstenção (dimensão defensiva), bem como dever de ação, de prestação positiva, tanto por parte dos particulares, como do Poder Público. Os direitos fundamentais, todos eles, mantêm-se interligados, numa relação de interdependência, exigindo-se o desenvolvimento e a realização de todos.

A condição de ser humano já é atributo suficientemente apto a conferir a característica de universais aos direitos fundamentais. Todos, indistintamente, são titulares de direitos fundamentais, a despeito de suas convicções religiosas, políticas, morais, sexuais e etc. No entanto, o conteúdo desses direitos fica a cargo do pensamento, valores e ideologias

---

<sup>158</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18-19.

<sup>159</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo**, p. 20 apud VULCANIS, Andréa. In: **Revista de Direito Ambiental**. Ano 15, n. 60, out.-dez. 2010. Coord. Eládio Lecey e Sílvia Cappelli. São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 172.

vigentes em determinado período histórico. Portanto, renega-se, veementemente a idéia de qualquer valor com uma roupagem absoluta, lembrando os ensinamentos de Bobbio, segundo o qual “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas<sup>160</sup>”.

Os direitos fundamentais têm por suporte e alicerce o princípio maior da dignidade da pessoa humana, assim como a proteção de valores caros à sociedade, tais como a vida, liberdade e a igualdade<sup>161</sup>. Ademais, desempenham a significativa função de base axiológica do ordenamento jurídico brasileiro<sup>162</sup>.

Além dessa característica, percebemos certa internacionalização dos direitos fundamentais, estando salvaguardados em diversas convenções e declarações, tais quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, e a Declaração Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica de 1969. Neste ensejo, devemos ressaltar que a nossa Constituição Federal em seu art. 5º, § 3º, inserido pela emenda constitucional nº. 45/04 versa sobre a incorporação de tratados internacionais, satisfeitos os requisitos exigidos, ao sistema jurídico nacional com o status de norma constitucional.

A imprescritibilidade dos direitos fundamentais, englobando-se, certamente, a inalienabilidade e indisponibilidade destes, implica na assertiva de que, caso o indivíduo não exerça seu direito, o seu gozo, esse não perecerá, restando latente, sendo disponível, tão-somente, o exercício desse direito.

Todos têm o direito irrenunciável de conhecer a real história de seu país, sejam as atrocidades cometidas em nome do Estado, seja qualquer outro tipo de agressão aos direitos humanos. Ademais, o conhecimento do passado histórico desempenha,

---

<sup>160</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 38.

<sup>161</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9.ed. Porto alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 55-57.

<sup>162</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais e suas características**. In: Revista dos Tribunais. Ano 07, nº. 29, out.-dez. 1999. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Coord. Maria Garcia. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, p. 55.

também, uma função pedagógica, tendo em vista que possibilita uma conscientização ética do povo, de modo a tornar proscrita do cotidiano nacional atos indesejáveis na atualidade e no porvir.

#### 4.2. DIREITO À MEMÓRIA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade, qualidade inerente à pessoa humana, indistintamente não pode ser renunciada ou mitigada frente a interesses econômicos, políticos ou ideológicos, ou seja, tal qualidade intrínseca sempre será preponderante. O ser humano é um sujeito de direito e não um objeto, meio ou instrumento para a obtenção dos supracitados interesses, sendo incalculável seu valor. Consubstancia em um princípio ético-jurídico que veda, terminantemente, que o ser humano venha a sofrer qualquer forma de agressão à sua condição humana, seja através da degradação moral, física, psíquica, aviltamento ou coisificação<sup>163</sup>.

A dignidade da pessoa humana não se mostra como um valor absoluto, invariável ou metafísico. Ao contrário, mostra-se cambiante de acordo com a experiência axiológica de cada cultura, sendo concebido como fundamento do direito justo<sup>164</sup>.

A magnitude desse princípio implica na sua primazia axiológica na ordem jurídica, irradiando seus efeitos por todo o sistema, sendo o caminho para a construção e concretização de um direito justo<sup>165</sup>. Direito justo é, por sua vez, o sinônimo de direito legítimo, porque capaz de espelhar, em certo ambiente histórico-cultural, os valores tendentes à concretização do valor do justo numa dada comunidade humana<sup>166</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana, localizado, certamente, no mais alto posto do nosso sistema jurídico, teve a sua força normativa reconhecida, passo importantíssimo para a compreensão e concretização dos demais direitos fundamentais.

---

<sup>163</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 149-150.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p.24.

Consoante os ensinamentos de Ricardo Maurício, a dignidade da pessoa humana deve ser analisada sob duas óticas: subjetiva e objetiva. Na primeira situação, temos uma perspectiva individual, perante a qual o Poder Público e os demais particulares devem respeitar; sob a perspectiva objetiva, temos o princípio da dignidade da pessoa humana compreendido como uma norma que encerra valores e finalidades precípuas do ordenamento jurídico, que deve ser concretizado e buscado pelo Estado e pela sociedade de modo geral.<sup>167</sup>

Sendo fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), a dignidade da pessoa humana funciona como suporte de toda a ordem jurídica brasileira, e assim, orienta a compreensão e interpretação do catálogo de direitos fundamentais inserto na Constituição Federal. Encontra expressa menção também em outros dispositivos constitucionais, a saber, os artigos 170, 205, *caput*, 226, §7º, 227, *caput* e 230, enunciados que versam sobre a ordem econômica, financeira e social brasileira<sup>168</sup>.

Vem desempenhando a função de “marco axiológico e teleológico da interpretação e aplicação dos diversos ramos que integram o sistema jurídico brasileiro<sup>169</sup>”.

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana permite, assim, reconstruir semanticamente o modo de compreensão e aplicação dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro, potencializando a realização do direito justo ao oportunizar: a aceitação da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais; o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais de cunho prestacional; a inadequação dos conceitos de “reserva do possível” no constitucionalismo brasileiro; a aceitação da idéia de vedação ao retrocesso no campo dos direitos fundamentais; e a recusa à hipertrofia da função simbólica dos direitos fundamentais<sup>170</sup>.

A omissão de documentos e informações afetos à ditadura militar atinge diretamente o direito das famílias dos mortos e desaparecidos políticos, que não puderam ter ciência das circunstâncias em que se deram as acusações, seqüestros e mortes de seus entes

---

<sup>167</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p.149.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 204.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 150.

queridos, nem em quais lugares foram depositados os restos mortais dos opositores políticos do regime militar que sofreram abomináveis violações da dignidade da pessoa humana.

Atinge, igualmente, o direito de toda a sociedade de ter acesso à sua história, impossibilitando a formação de uma consciência ética, com profundas implicações na construção de um futuro diferente, que não mais permita os excessos e atrocidades cometidas outrora<sup>171</sup>. As torturas perpetradas no regime militar envolvem violência, vilipêndio à honra, integridade física e moral, coisificação do gênero humano, sendo, portanto, interesse de todos que as devidas apurações sejam realizadas. Todos os seres humanos são dotados de igual valor, jamais podendo ser taxado um preço para aferi-lo, não merecendo prosperar a tese da prevalência do mais forte em detrimento do mais fraco.

#### 4.3. DIREITO À MEMÓRIA COMO MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO REPUBLICANO

Dentre as formas de governo criadas e utilizadas pelas sociedades, como, por exemplo, a Monarquia, Aristocracia ou Anarquia, certamente, a República, sempre galgou posto de destaque, pois a sua aspiração de constituir uma forma de governo na qual o poder deve ser exercício a serviço do bem da coletividade, fazendo jus a sua etimologia, qual seja *res publica*, coisa do povo, pública, sempre cativou muitos defensores.

O autor clássico romano Cícero, que viveu de 106 a 43 a.C., impingiu ao conceito de República a idéia de que realmente se tratava de uma forma de governo intrinsecamente ligada ao interesse comum da maioria, contrapondo-a não somente à Monarquia, poder de um, como aos governos considerados injustos, ou seja, que não respeitavam e consideravam o interesse da maioria<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Direito à memória e reparação: da inclusão jurídica das pessoas perseguidas e torturadas na ditadura militar brasileira. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 17, n. 67, abr/jun 2009. Coord. Maria Garcia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 137.

<sup>172</sup> CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antônio. **Sobre o Princípio Republicano**. NEJ, Vol. 13, n. 01, jan-jun 2008. Disponível em: <[www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1226/1029](http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1226/1029)>. Acesso em: 06 out. 2011, p. 46.



Nos primeiros artigos da Constituição Federal de 1988, já se menciona, expressamente, que o Brasil constitui-se em uma República Federativa, colocando, assim, o princípio republicano, como um princípio político-ideológico, ou seja, orientador dos demais princípios resguardados na Constituição.

Princípio Republicano indica a busca pelo Interesse da maioria para a formação do “espaço público” a partir da utilização de outros princípios constitucionais político-ideológicos, destinados a auscultar a sociedade e a garantir direitos à maioria e às minorias<sup>173</sup>.

Paulo Márcio Cruz citando as preciosas anotações de Jorge Miranda acerca dos valores que emanam do Princípio Republicano elenca os seguintes exemplos:

a) A configuração de todos os cargos de Estado, políticos e não políticos, em termos de um estatuto jurídico traduzido em situações funcionais, e não em direitos subjetivos *stricto sensu* ou, muitos menos, em privilégios. b) A temporalidade de todos os cargos do Estado, políticos e não políticos, eletivos e não eletivos. c) Conseqüentemente, a proibição quer de cargos hereditários, quer de cargos vitalícios, quer mesmo de cargos de duração indeterminada. d) A duração curta de cargos políticos. e) A limitação da designação para novos mandatos (ou do número de mandatos que a mesma pessoa pode exercer sucessivamente), devendo entender-se a renovação assim propiciada tanto um meio de prevenir a personalização e o abuso do poder, como uma via para abrir as respectivas magistraturas ao maior número de cidadãos. f) Após o exercício dos cargos, a não conservação ou a não atribuição aos antigos titulares de direitos não conferidos aos cidadãos em geral (e que redundariam em privilégios). g) A não sucessão imediata no mesmo cargo do cônjuge ou de qualquer parente ou afim próximo<sup>174</sup>.

Consoante análise de Joaquim Carlos Salgado, o Estado Republicano é aquele que expressa da melhor forma a liberdade, entendida como autonomia. O elemento essencial do governo republicano é a representação do povo.

[...] o princípio da autonomia da vontade popular é concebido como supremo princípio da ordem política. Ora, o princípio da autonomia ou auto-legislação do povo é a liberdade positiva na sociedade civil. Essa liberdade não aparece, contudo, como conceito abstrato de uma vontade popular indefinida, mas emerge da idéia do contrato social e, com isso, manifesta-se como liberdade não só do povo como um todo, mas também de cada cidadão que o compõe<sup>175</sup>.

<sup>173</sup> CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antônio, *op. cit.*, p. 49.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>175</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de Justiça em Kant – Seu fundamento na liberdade e na igualdade**. Belo Horizonte: UFMG, 1986, p. 328.

Na república, a legitimação tradicional cede lugar ao crivo popular. Uma das grandes marcas republicana, portanto, é a representatividade potestativa, conforme já aduzido, conferindo aos representantes políticos responsabilidade para com os seus representados. Esse é o entendimento de Geraldo Ataliba, ao afirmar que o “regime republicano é regime de responsabilidade<sup>176</sup>”.

Impende salientar que, o princípio republicano, fundamento do Estado Democrático de Direito, traz consigo um imperativo de igualdade. Nas palavras de Carmen Lúcia Antunes Rocha, tal idéia foi assim traduzida:

[...] a República é o símbolo jurídico, tornado norma impositiva de um sistema de convivência política segundo o Direito, no qual a coisa do povo é exercida, efetiva, imediata e permanentemente, segundo o seu interesse, não se podendo consagrar, nesse exercício, peculiaridades decorrentes da condição pessoal específica e de privilégios, preferências e preconceitos. A República é o brasão jurídico da igualdade no trato e no retrato da coisa pública; o símbolo tornado princípio jurídico-normativo, de cumprimento impositivo e impostergável, da publicização dos negócios de todos os cidadãos, titulares não apenas do poder, mas senhores do seu exercício e do seu destino. A vocação da República é a comunidade. A cidade é pública. A sua Constituição, República. O seu governo, *res publica*. (grifos do autor)<sup>177</sup>.

Tendo em vista a igualdade essencial de todos os seres humanos, a supremacia do interesse comum sobre os interesses particulares, revela-se como decorrência lógica do princípio republicano.

Num Estado Democrático de Direito, o resguardo dos direitos humanos, é oportunizado pela via da “cristalização do supremo princípio da dignidade da pessoa humana<sup>178</sup>”.

No seio do princípio republicano, exsurge a imperiosa necessidade de se atribuir eficácia imediata às normas constitucionais que versam sobre direitos e garantias fundamentais, atribuindo, também, às normas de tratados internacionais de direitos humanos caráter constitucional<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 38.

<sup>177</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 93.

<sup>178</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 623.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 624.

Outra instituição fundamental do regime republicano consiste na abolição dos privilégios, isto é, não se pode conceber que em uma sociedade haja cidadãos “mais iguais do que os outros”<sup>180</sup>. A raiz etimológica de *privilegium* nos traz significativos esclarecimentos, consolidando a idéia de que os privilégios conferidos a determinado indivíduo ou grupo de indivíduos visa, tão-somente, atender aos interesses particulares destes, olvidando, portanto, o interesse público.

[...] no entanto, o que se vê hoje, na generalidade dos Estados que se declaram republicanos, é a indiscriminada concessão de privilégios a certos agentes públicos, chegando-se até à instituição de isenção penal a chefes de Estado ou de governo; sem contar a multiplicação de privilégios judiciais de foro, mesmo em benefício de ex-agentes públicos<sup>181</sup>.

Infere-se que, com base no princípio republicano, deve-se impedir à apropriação ou controle dos bens ou serviços de cunho comunitário, destinados ao bem comum de todos os componentes do corpo social. Mostra-se anti-republicano, também, a apropriação e ocultação de documentos, informações e arquivos que contam a história dos integrantes de um corpo social, negando-lhes a satisfação de necessidades fundamentais, tais como o direito à memória, à verdade e à justiça.

Por fim, pode-se elencar como uma instituição essencial do regime republicano a publicidade integral dos atos oficiais. No Brasil, intitulado como República, “ninguém pode exercer o poder em benefício próprio ou de grupos ou corporações às quais pertença, mas deve fazê-lo para a realização do bem público, que é o bem do povo (*res publica, res populi*)<sup>182</sup>”.

Todos têm o direito fundamental de ter acesso e conhecimento da verdade histórica, acerca do que fora produzido e incorporado em nome do povo. As questões de poder não podem ficar confinadas ao interesse pessoal dos agentes públicos, sendo imprescindível dar publicidade ao povo os assuntos de interesse da nação.

---

<sup>180</sup> COMAPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 625.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 624.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 636.

Uma República, tendo em vista a sua essência, demanda a ampla e integral publicidade dos atos e documentos oficiais, sendo, portanto, vedada a manutenção de quaisquer segredos estatais, conferindo ao povo, real detentor do poder estatal, o acesso às informações de interesse coletivo.

#### 4.4. DIREITO À MEMÓRIA E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Em seu art. 1º, *caput*, a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio democrático como um fundamento basilar da República Federativa Brasileira, norma que embasa toda a organização jurídico-política brasileira. Esse regime político, cujo poder repousa na vontade do povo, tem por missão instrumentalizar a realização dos direitos fundamentais do homem, pois a democracia “não é um mero conceito político abstrato e estático<sup>183</sup>”, consistindo em “um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história<sup>184</sup>”.

A democracia, para que floresça plenamente, deve ser pautada na soberania popular, na qual o povo decide os rumos da Nação, avalia e julga seus representantes, além da inegável associação com a realização dos direitos fundamentais, tendo como objetivo-fim a concretização da justiça social.

O princípio democrático guarda íntima relação com o princípio republicano. Na República, o Estado de Direito recebe diretamente as convicções democráticas. A dedicação e a participação ao bem comum, à coisa coletiva correspondem ao liame de articulação entre a República e a Democracia.

Ao vocábulo democracia estão imbricados alguns valores, tais como eleições livres e participação popular; império da lei, liberdade de expressão; constitucionalismo e

---

<sup>183</sup> SILVA, José Afonso da. Democracia e Direitos Fundamentais. *In*: **Direitos Humanos e Democracia**. Coord. Clémerson Merlin Cléve, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Coutinho Pagliarini. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.369.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p.369.

atualmente, responsabilidade social<sup>185</sup>. Percebe-se, portanto, que a democracia está assentada sobre o princípio da soberania popular, donde o povo é a fonte do poder, que deverá, invariavelmente, ser exercido por este e em seu proveito, assim como no princípio da participação, direta ou indireta, do povo no poder, tornando imperiosa a observância da vontade popular<sup>186</sup>. A democracia para que exista deve ser continuamente aperfeiçoada, de modo a garantir e reconhecer os direitos fundamentais das pessoas, em todas as dimensões, ofertando-lhes igualdade de oportunidades.

A ética democrática demanda, impreterivelmente, que o Poder Público, em todas as suas esferas, preste as informações cabíveis e necessárias afetas à gestão *da res publica*. A manutenção do sigilo irrestrito dos documentos perpetua uma situação de anacronismo social, contrariando o ideal democrático que demanda a transparência administrativa.

No Estado Democrático de Direito, a lei – notadamente a Constituição – tem uma função transformadora. É da sua essência, a instrumentalização da lei para o vir-a-ser de uma sociedade justa, solidária, onde a promoção da dignidade humana seja a razão da própria existência do Estado.

O modelo estatal vigente deve permitir a participação mais ampla possível dos interessados no processo de nomogênese, sob pena de vivermos sob os auspícios de um Estado antidemocrático.

[...] a interface entre o direito e o poder torna-se evidente no processo de nomogênese jurídica. Se entendermos a nomogênese como um processo de ordenação de fatos e valores aos arquétipos normativos, melhor vislumbraremos a interferência do poder na produção e aplicação do direito<sup>187</sup>.

Um país, como o Brasil, que optou pela Democracia, deve, indiscutivelmente, refletir e discutir as violações de direitos humanos perpetradas durante o ciclo ditatorial,

---

<sup>185</sup> JUNQUEIRA, Bráulio. Ignomínia aos princípios democrático e republicano. *In: Revista Brasileira de Direito Constitucional*- RBDC n. 10, jul-dez 2007. Disponível em: <www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-481-Bráulio\_Junqueira.pdf.> Acesso em: 06 out. 2011, p. 12.

<sup>186</sup> SILVA, José Afonso da. Democracia e Direitos Fundamentais, *op. cit.*, p. 370.

<sup>187</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Reflexões sobre o Poder e o Direito: A Tensão entre o Controle e a Liberdade**. Revista do Instituto dos Advogados da Bahia, p. 177.

buscando meios aptos a promover as devidas reparações ocorridas na vigência desse sombrio período histórico de repressão política, rompendo definitivamente com o passado autoritário e consolidando a ordem democrática.

Um dos caracteres mais relevantes do Estado Democrático é a idéia orientadora de que ninguém está acima da lei. Nesse passo, um Estado Democrático de Direito não pode ignorar as graves violações dos direitos humanos perpetradas durante a repressão política que vigeu no Brasil há pouco mais de duas décadas. Deve, sim, trazer a lume os fatos toda a ação estatal, sob pena do cometimento de uma nova injustiça.

[...] a insuficiência da democracia em realizar todos esses valores até o momento, no plano concreto, não retira sua validade, pois, [...] ela é um conceito histórico, tanto quanto os valores que busca garantir, o que ela nem sempre consegue pacificamente. Ao contrário, por ser governo do povo e para o povo, só se firma na luta incessante, no embate constante, não raro na via revolucionária, inclusive quanto ao próprio conceito de povo que é essencial à idéia de democracia<sup>188</sup>.

Agindo assim, fomentar-se-á em seus cidadãos o sentimento de que o sistema legal se mostra viável e legítimo, pronto a atender os anseios sociais, descortinando a memória nacional e individual, consolidando a democracia, alçando os direitos fundamentais ao primeiro patamar na escala de prioridades<sup>189</sup>.

Cabe, assim, tecer algumas considerações acerca do vocábulo cidadania, haja vista sua condição de consectário lógico do Estado Democrático de Direito. A palavra deriva do latim *ciuitas*, ou seja, cidade, cidadania ou Estado. Esta expressão latina deriva de outra, qual seja *ciuis*, que traz a idéia de que o ser humano é livre, portanto, a percepção de liberdade também se encontra enraizada no conceito de cidadania<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> SILVA, José Afonso da. Democracia e Direitos Fundamentais, *op. cit.*, p. 370.

<sup>189</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: Memória, verdade e justiça**. Teoria e Debate nº 87 - março/abril 2010. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/editora/teoria-e-debate/direitos-humanos-memoria-verdade-e-justica>>. Acesso em: 20 out. 2011, p. 01.

<sup>190</sup> SIQUEIRA, Paulo Hamilton Júnior; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.241.

A cidadania pode ser compreendida no sentido restrito, estando, sob esse enfoque, relacionada ao exercício dos direitos políticos, que, por sua vez, só podem ser gozados pelos cidadãos, *status* alcançado com a condição de eleitor, de participante da vida política, com direito de ser ouvido pelos seus representantes eleitos. No entanto, essa acepção se mostra incompleta, pois o direito ao voto não é o único meio de participação na vida política do país. Complementando esse entendimento, temos o sentido amplo de cidadania, que demonstra consubstanciar-se num desdobramento do Estado Democrático de Direito, propiciando o exercício de outras prerrogativas constitucionais<sup>191</sup>.

Tal valor, previsto no artigo 1º, II, do texto constitucional, configura-se como um alicerce do Estado Democrático de Direito, propiciando aos cidadãos integração à dinâmica estatal, transformando-o em um elemento integrante do Estado, “na medida em que o legitima como sujeito político, reconhecendo o exercício de direitos em face do Estado<sup>192</sup>”.

Conforme a tese de Hannah Arendt, cidadania significa ter a consciência de que se tem direito. Assim, deve o cidadão se enxergar como titular de direitos fundamentais, reivindicando do Estado a adoção de todas as medidas plausíveis para que haja a satisfação de múltiplas dimensões dos direitos fundamentais, não só para si, mas também para a coletividade. “Sem democracia não há possibilidade de haver cidadania, a cidadania é exercida no espaço público, por indivíduos conscientes<sup>193</sup>”.

#### 4.5. DIREITO À MEMÓRIA E A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

A Carta Magna, em seu art. 37, *caput*, elenca os princípios fundamentais que orientam a atuação da Administração Pública, dentre os quais, menciona o princípio da publicidade, de cunho eminentemente instrumental. Outros dispositivos da Constituição também trazem menção ao aludido princípio, *v.g.*, inciso LX do artigo 5º e incisos IX e X do artigo 93.

---

<sup>191</sup> SIQUEIRA, Paulo Hamilton Júnior; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *op. cit.*, p. 243-244

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 244.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 249.

Ressalvadas as hipóteses excepcionais nas quais o sigilo se mostra como imperativo, devendo ser preservado integralmente o segredo encerrado em determinados documentos e arquivos, a exemplo das questões afetas à segurança da sociedade e do Estado, regulamentado pela lei nº. 11.111/2005, até o mês de novembro de 2011, e revogada pelos diplomas normativos 12.527/2011 e 12.528/2011, a Administração Pública deve assegurar a todos, indistintamente, acesso aos atos que pratica, através da publicação oficial dos dados, garantindo a transparência na gestão da coisa pública (inciso XXXIII do art. 5º da Constituição).

[...] a Constituição reconhece na publicidade um instrumento diretamente associado a traços fundamentais dos princípios republicano e democrático como a cidadania ativa, a soberania popular, o dever de prestar contas, a responsabilidade dos governantes, enfim, o direito de saber e conhecer o andamento da administração pública<sup>194</sup>.

Assim, incumbe ao Estado o ônus de explicitar que o sigilo mostra-se como medida imprescindível para prevenir riscos aos interesses coletivos, não estando açambarcada a prevenção de prejuízos aos “interesses individuais de autoridades, ou a possibilidade de esconder da população fatos do passado apenas por serem desabonadores de biografias<sup>195</sup>”.

O princípio da publicidade, a obrigatoriedade da Administração Pública de prestar contas e a responsabilidade dos representantes eleitos pelo povo, encontra seu complemento no direito à informação e, juntos, possibilitam a viabilização do direito à verdade e à memória<sup>196</sup>. Em consonância com as significativas lições de Immanuel Kant, nas quais a moral e publicidade caminham lado a lado, as ações para ser tidas como morais devem ser passíveis de publicidade, devem passar pelo crivo dos cidadãos a fim de que seja aferido se os interesses de quem realmente detêm o poder (o cidadão) estão sendo observados<sup>197</sup>.

---

<sup>194</sup> KLAUTAU FILHO, Paulo. **O Direito à verdade, a Lei 11.111/2005 e os gastos com cartões corporativos.** Disponível em <http://tj.pa.gov.br/esm/artigos/direito-verdade-gastos-cartoes-corporativos.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2011, p.03.

<sup>195</sup> Weichert, Marlon A. Arquivos secretos e direitos à verdade. Boletim dos Procuradores da república 77/17, Nov. 2007 *apud* NOHARA, Irene Patrícia. Direito à memória e reparação: da inclusão jurídica das pessoas perseguidas e torturadas na ditadura militar brasileira. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 17, n. 67, abr/jun 2009. Coord. Maria Garcia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.136.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 04.

<sup>197</sup> KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos.** Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 165/166.



O jusfilósofo Norberto Bobbio assevera em sua obra *O Futuro da Democracia* que o caráter público das informações, arquivos e documentos oficiais é a regra e o sigilo deve restringir-se à hipótese excepcional e "mesmo assim é uma exceção que não deve fazer a regra valer menos, já que o segredo é justificável apenas se limitado no tempo, não diferindo neste aspecto de todas as medidas de exceção<sup>198</sup>".

#### 4.6. DIREITO À MEMÓRIA E A REALIZAÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 tratou dos princípios afetos à acessibilidade e preservação dos documentos nos incisos XIV e XXXIII do artigo 5º, art. 37, inciso II do § 3º e no artigo 216, inciso IV, parágrafo 1º e 2º<sup>199</sup>. O direito à informação também vem expressamente consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seu artigo 19, asseverando que se trata do direito de expressar livremente opiniões, assim como buscar, receber, transmitir informações e idéias que entenderem pertinentes, sem limites de fronteiras.

A regulamentação do Estado no tocante ao acesso e controle a documentos e arquivos que se perfazem, por sua vez, em suportes materiais da memória, surge como imperiosa para o exercício da própria cidadania, compreendida aqui em seu sentido amplo, como "formação, informação e participação múltiplas na construção da cultura, da política, de um espaço e de um tempo coletivos<sup>200</sup>".

---

<sup>198</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 10ª edição, São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 100.

<sup>199</sup> Art. 5º [...] XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...] XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob a pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; [...]

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...] IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; [...] § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

<sup>200</sup> MASSEI, Roberto. **Do direito à memória**. Disponível em: < <http://avesso.net/memoria.htm>>. Acesso em 18 out. 2011, p. 02.

Consoante a Lei nº 8.159, de 08.01.1991 que versa sobre a política nacional de arquivos públicos e privados, o poder público tem a obrigatoriedade de empreender a gestão do patrimônio arquivístico, dando-lhes especial proteção quanto à sua conservação, manejo, acondicionamento, sob pena de responsabilização civil, administrativa e penal.

Os arquivos devem estar devidamente organizados, catalogados e abertos ao público, propiciando a transparência da administração pública e o resgate da história, sem embaraços. Somente assim, o direito de acesso à informação, constitucionalmente salvaguardado, poderá ser exercido, viabilizando que o patrimônio arquivístico desempenhe a sua função, qual seja a de testemunhar acerca da história de um povo, dos direitos dos cidadãos e do resgate da identidade nacional, regional ou local<sup>201</sup>.

A regra é o acesso pleno aos documentos públicos, sendo cabível, caso reste configurada ofensa a esse direito fundamental, recorrer ao remédio constitucional *habeas data* (art. 7º da Lei nº. 9.507/97), somente se justificando qualquer restrição a essa acessibilidade, nos casos em que haja flagrante e imprescindível interesse público, não assentado exclusivamente no poder de gestão governamental. Portanto, o acesso às informações de interesse coletivo ou geral não podem ficar à mercê dos interesses governamentais, que averiguam e definem quais são as hipóteses de ressalva ao pleno acesso às informações, em prejuízo dos anseios dos detentores diretos do poder – o povo.

O artigo 24 da Lei nº 8.159/91 gera bastante polêmica. Este dispositivo enuncia que caberá ao Poder judiciário “determinar a exibição reservada de qualquer documento sigiloso, sempre que *indispensável à defesa de direito próprio ou esclarecimento de situação pessoal da parte* (grifos nossos)”. Da leitura superficial do artigo resta evidenciado que não é permitido à população de modo geral o acesso e análise de documentos ocultos, alijando, conseqüentemente, o manejo e conhecimento desses documentos pelos familiares de perseguidos e desaparecidos durante o ciclo ditatorial.

O acesso aos documentos de interesse público, como os relacionados ao período da Ditadura Militar, são essenciais para a consolidação da memória coletiva, conferindo,

---

<sup>201</sup> FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra. **Direitos Humanos e Memórias**, Disponível em: [http://www.redhbrasil.net/documentos/biblioteca\\_on\\_line/modulo1/8.dh\\_e\\_memorias\\_lucia\\_guerra.pdf](http://www.redhbrasil.net/documentos/biblioteca_on_line/modulo1/8.dh_e_memorias_lucia_guerra.pdf). Acesso em: 20 out. 2011, p. 05-06.

também, meios para a formação da identidade individual de todos os cidadãos brasileiros, através da formação de um ambiente de debates, embates e acordos.

[...] pensando na dimensão que a memória e os registros documentais têm na construção do presente e do futuro, podendo contribuir para ruptura com os processos de resignação diante das injustiças sociais e da violação de direitos, a questão do acesso à informação e aos documentos não se restringe à discussão do arcabouço normativo. Faz-se necessária a implementação de políticas públicas que propiciem não só controle das ações do Estado pelos cidadãos e sua necessária transparência, mas que fomentem outros elementos vinculados aos territórios da identidade individual e coletiva<sup>202</sup>.

Impende ressaltar que o direito à informação não se restringe tão-somente ao acesso às informações atuais ou de um passado histórico, nem à liberdade de informar e ser informado; remonta, também, o direito à educação “no sentido de propiciar o domínio do conhecimento e das ferramentas necessárias para a sua decodificação<sup>203</sup>”. Além disso, é um importante instrumento de fiscalização da gestão e das políticas públicas, sendo eficaz no combate à corrupção e outras condutas ilícitas.

---

<sup>202</sup> FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra. *op.cit.*, p. 07.

<sup>203</sup> *Idem*. **Memória e educação em direitos humanos**. In: Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/10\\_cap\\_2\\_artigo\\_02.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/10_cap_2_artigo_02.pdf). Acesso em: 01.10.2011, p. 136.

## 5. DIREITO À MEMÓRIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

### 5.1. ANÁLISE DO CONFLITO SEGURANÇA/SOBERANIA VERSUS REPÚBLICA/DEMOCRACIA

Quando se questiona se os arquivos e documentos do passado histórico ditatorial brasileiro devem ter seu acesso amplificado integralmente, possibilitando que venham à tona as feridas do passado, assim como a identificação dos agentes que deram azo a concretização de toda sorte de mazelas contra opositores políticos, a resposta passa, quase que obrigatoriamente, pelo embate entre os seguintes valores: segurança jurídica e estabilização, para os que defendem que os acontecimentos do período ditatorial não devem ser expostos em sua integralidade, de modo a não penalizar ainda mais as vítimas, diretas e indiretas, da violência, nem permitir uma retroatividade errônea da lei penal, responsabilizando os agentes políticos que praticaram violações aos direitos humanos; e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, qual seja a dignidade da pessoa humana, estabelecendo-se que acesso ao patrimônio arquivístico é uma das últimas vias para o resgate da memória e do direito à verdade, possibilitando, assim, a realização de justiça<sup>204</sup>.

Comumente, esses valores são postos em situação antitética, numa espécie de maniqueísmo, como se para a realização de um, o outro devesse ser, necessariamente excluído. Porém, deve-se lembrar que ambos os princípios se encontram resguardados pela Constituição Federal de 1988 e, diante disso, o que poderá ocorrer é que, perante o caso concreto, ora prevaleça um, ora outro, mas não será permitida, sob nenhuma hipótese, a eliminação de qualquer deles.

Como complemento necessário da república, a democracia pode ser resumida, de forma simplista, na soberania do povo. Fábio Konder Comparato, retomando os ensinamentos de Jean Bodin, Hobbes e Rousseau, traz a elaboração original do conceito de soberania, consignando que este conceito, conforme elucidações tecidas pelos aludidos autores, certifica que a ela consiste em um poder supremo, autônomo, livre de

---

<sup>204</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Direito à memória e reparação: da inclusão jurídica das pessoas perseguidas e torturadas na ditadura militar brasileira. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 17, n. 67, abr/jun 2009. Coord. Maria Garcia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 134.

quaisquer amarras ou limite de competência. A soberania confere ao soberano poder ilimitado, concedendo-lhe o direito de fazer o que melhor satisfaça seus próprios desígnios, seja por ação própria ou delegando poderes aos subalternos para agir em seu nome e em prol da satisfação de seus interesses.

Hodiernamente, no regime democrático, ao povo fora conferido o papel de soberano oficial, malgrado, na prática, esteja despido de qualquer poder real de ingerência e decisão. Tal postura advém do milenar pensamento de que o povo caracteriza-se por marcante ignorância e incompetência. A ojeriza pela soberania popular remonta aos tempos da Grécia, quando Platão, na construção de sua tese sobre a *pólis*, asseverou que o poder deveria ser concedido, com total exclusividade, aos integrantes do corpo social que por sua sapiência distanciava-se do povo ignorante e tolo, ou seja, caberia aos filósofos a confiança dos poderes políticos<sup>205</sup>.

[...] acresce notar que os adversários da soberania do povo são, sempre e em qualquer circunstância, os membros das chamadas elites ou classes dominantes, justamente os grandes responsáveis pelo estado de penúria, ausência de instrução, ou mesmo aberrante miserabilidade, em que se encontra uma grande parcela, senão a maioria do povo<sup>206</sup>.

Como reflexo dos componentes da soberania popular, o povo tem de deter o poder-dever de controlar as ações governamentais; instituir as diretrizes gerais do governo; promover eleição, por períodos bem delimitados, dos agentes governamentais, bem como plenas condições de pôr termo ao mandato político antes de seu prazo fatal, caso se faça necessário e razoável; e por fim, a outorga ao povo de poderes fiscalizatórios e de responsabilização dos titulares de cargos públicos, quer tenham sido eleitos diretamente por prerrogativa popular, ou não, demandando dos homens públicos explicações e justificativas de seus respectivos atos de gestão<sup>207</sup>.

Para que haja, efetivamente um regime democrático, a soberania deve pertencer ao povo de modo que seja realizado o bem comum da coletividade, sem olvidar que o poder soberano deve estar submetido aos limites emanados de princípios éticos como a liberdade, igualdade, segurança, solidariedade, além, por óbvio, da verdade e justiça.

---

<sup>205</sup> COMAPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 656.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 660.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 654-655.

Devido ao instinto gregário dos homens, desde os séculos XVII e XVIII, época em que os pensadores europeus formularam a teoria do contrato social, sustenta-se que a existência da sociedade política é vital para a sobrevivência humana, garantindo aos homens a integração a um habitat coletivo que lhe confira meios de proteção contra fatores externos desconhecidos e, por vezes, letais.

Apurando-se as conclusões das mencionadas construções teóricas, chegou-se à conclusão de que o homem não busca somente proteção à sua incolumidade física, individual, senão “o estabelecimento das condições institucionais necessárias à realização dos grandes valores espirituais do belo, do justo, do amável<sup>208</sup>”.

Com efeito, quando se impede o acesso aos documentos públicos armazenados nos arquivos de órgãos de informação, civis e militares, do período ditatorial, restringe-se o direito à memória individual e coletiva, pois as circunstâncias das mortes, torturas e desaparecimentos involuntários, assim como a localização dos restos mortais dos dissidentes políticos restarão para sempre sob o manto da ocultação e esquecimento.

## 5.2. O USO DA PONDERAÇÃO DE BENS E INTERESSES

Prioritariamente, cabe pontuar que não se reconhece a existência de direitos absolutos, ainda que erigidos à categoria de fundamentais, encontrando-se limites em outros direitos fundamentais, igualmente previstos na Constituição Federal. Quando da ocorrência de um conflito entre princípios, jamais pode ser concebida a exclusão da ordem jurídica brasileira de uma das normas em conflito. A partir da atribuição de peso a cada um dos princípios, tendo em vista o interesse que cada um visa resguardar, será possível aferir a sua importância e, assim, afastar um deles diante das circunstâncias do caso concreto que, em tese, comportaria diversas soluções.

[...] a colisão de direitos fundamentais não pode acarretar o sacrifício definitivo de algum deles, sendo resolvidas, na prática, através do critério da proporcionalidade, buscando-se o máximo de aplicação com um

---

<sup>208</sup> COMAPARATO, Fábio Konder. *op.cit.*, p. 574.

mínimo indispensável de prejuízo dos direitos fundamentais envolvidos<sup>209</sup>.

Desse modo, conclui-se que os princípios devem ser analisados sob a qualidade de “deveres de otimização”, sendo aplicado em diversidade de graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas<sup>210</sup>. A colisão principiológica ocorre na dimensão de peso, sendo este um dado relativo, formulado a partir do princípio contraposto.

Reforçando a tese do mandado de otimização, devemos considerar que a lei de colisões determina que não existe uma relação de precedência absoluta entre princípios, e que a referência a ações e situações não são quantificáveis, mas qualitativas<sup>211</sup>.

A partir dessas premissas, podem-se elencar ângulos sob os quais pode se empreender limitações aos direitos fundamentais:

1) quando se define o seu próprio âmbito de incidência, delimitando-se o seu objeto e conteúdo principais, ou, no dizer de Canotilho, quando se configuram restrições constitucionais diretas ou imediatas, diretamente estabelecidas pelas normas constitucionais; 2) através de leis restritivas, originárias da autorização constitucional para que o legislador defina ou moldure os contornos do direito; 3) por meio do exame do caso concreto, pelo qual o Judiciário buscará uma solução para o conflito<sup>212</sup>.

A resolução de um conflito entre princípios não se resolve igualmente aos conflitos entre regras, ou seja, pelo critério da validade, do *tudo ou nada*, que parte da assertiva de que as regras em choque não podem coexistir simultaneamente, devendo-se expurgar uma em detrimento da outra. Ao contrário, busca-se a máxima realização dos interesses em jogo, primando pela conciliação entre ambos, devendo prevalecer, no caso concreto, o que se mostrar mais útil para o objetivo almejado. Isso não implica em admitir a substituição ou exclusão do outro direito fundamental que lhe contraponha.

---

<sup>209</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos **Fundamentais e suas características**. In: Revista dos Tribunais. Ano 07, nº. 29, out.-dez. 1999. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Coord. Maria Garcia. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, p 62.

<sup>210</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso. Malheiros: São Paulo, 2008, p.90.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p.94 e 97-99.

<sup>212</sup> VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. O Direito Constitucional à moradia, no contexto dos direitos sociais e econômicos. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Homenagem ao Prof. Mário de Figueiredo Barbosa, nº. 19. Salvador: EDUFBA, 2009.2, p. 74.

Impende ressaltar que o método da ponderação de bens e interesses deve observar impreterivelmente o núcleo essencial dos direitos fundamentais em colisão. Considerado como o “limite dos limites”, o núcleo essencial dos direitos fundamentais equipara-se a uma esfera de proteção que visa, sobretudo obstar que esses direitos sofram uma ingerência tal que acarrete uma desnaturação completa de suas características, comprometendo, destarte, a sua própria essência<sup>213</sup>.

Na colisão de princípios, de dois ou mais princípios particulares, embora haja a precedência de um em relação ao outro diante das condições verificadas no caso particular, a validade de qualquer dos princípios envolvidos não resta afetada. O juízo de ponderação induz falar-se no princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade revela-se como uma ferramenta que possibilita o controle da racionalidade das ponderações realizadas quando da colisão entre normas constitucionais. Decompõe-se em três regras de argumentação: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A exigência de adequação objetiva perquirir se a restrição a ser imposta a cada um dos interesses em jogo revela-se apta a garantir a preservação do outro, deve existir uma harmonia entre o meio utilizado e o fim perseguido. A necessidade almeja averiguar qual princípio proporcionará maior benefício ao interesse a ser resguardado, através de meios menos gravosos, sem que haja alternativa mais benéfica ou igualmente eficaz e menos prejudicial ao interesse em jogo. A subregra da proporcionalidade em sentido estrito visa “estabelecer uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto<sup>214</sup>”.

No cenário jurídico-político brasileiro, discute-se a possível colisão entre os princípios da segurança/soberania e da república/democracia, notadamente no quesito relativo à

---

<sup>213</sup> SAMPAIO, Marcos. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais**. Revista do Curso de Direito da UNIFACS- Universidade Salvador, n. 11. Artigos do Corpo Docente. Porto Alegre: Síntese, 2011, p. 21, p. 23-25.

<sup>214</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC 82.424/RS**, voto do Min. Gilmar Mendes.



apresentação dos arquivos relativos aos atos criminosos praticados pelo Estado brasileiro.

Ponderando e, valendo-se do instrumento da máxima da proporcionalidade, é possível extrair algumas considerações.

Conforme analisado, a apresentação imediata desses arquivos, pelas razões já aduzidas, materializa os princípios da dignidade da pessoa humana, republicano, democrático, da publicidade e do direito à informação. O crivo da adequação (idoneidade) resta, portanto, atendido.

O decurso temporal parece ter debelado qualquer dúvida quanto a possíveis riscos à segurança e soberania nacionais, relativas às informações sigilosas, mas, ainda assim, considerando que a necessidade de resguardo de segredos, possivelmente comprometedores, persista, é evidente que a apresentação desses documentos do recente período ditatorial brasileiro, representa condição imprescindível e única para a reconstrução histórica nacional em moldes fidedignos. A condição de necessidade (inafastabilidade), assim, chancela tal medida.

Por último, sopesando e analisando a razoabilidade de tal medida, depreende-se não haver prejuízo substancial para o direito fundamental restringido (segurança/soberania), haja vista o lapso temporal extenso que, se ainda pode trazer problemas à nação, estes são mínimos diante dos benefícios auferidos. Portanto, o último muro do postulado da proporcionalidade é transposto, uma vez que a proporcionalidade em sentido estrito foi devidamente respeitada.

### 5.3. A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À MEMÓRIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

*A priori*, mostra-se relevante ressaltar que o descaso para com a história de um país, mantendo-a esquecida e silenciada, longe do processo necessário de transmissão de geração em geração, implica em nefastos efeitos para a construção pública da verdade, da identidade nacional e cidadania.

Pode-se estabelecer que a memória constrói-se a partir de uma valoração subjetiva dos fatos e dos conhecimentos das coisas, bem como da interação com os aspectos materiais e imateriais que circundam as pessoas. “A percepção e a consciência são importantes para a formação da representação imagética da lembrança. Com efeito, ela é a sobrevivência do passado<sup>215</sup>”.

O direito à memória encontra-se intimamente ligado a necessidade de preservação. Preservar não se resume a guardar, mas engloba, também, a realização de pesquisa, catalogação, registros, entre outras medidas, formando um acervo de fácil acessibilidade ao público.

A repressão política experimentada no Brasil durante o período do regime militar de 1964, assim como as barbáries cometidas ao longo dos 21 anos de vigência da ditadura militar no Brasil não deve ser olvidada. Durante a ditadura militar brasileira, recorreu-se a manobras repressivas de segregação, esquecimento e massificação de ideologias e objetivos.

Com a deposição do governo civil, o Estado de Exceção foi instaurado, instituindo, progressivamente, órgãos de repressão, que utilizavam a censura e tortura como *modus operandi* a fim de debelar qualquer insurreição contra o regime autoritário consolidado, impondo, nesse contexto, gravíssimas restrições aos direitos e garantias fundamentais, através de decreto-lei e dos famigerados atos institucionais, que feriam mortalmente a Constituição da República então vigente.

Não se mostra razoável a delonga dos governos democráticos em reconhecer cabalmente e sem artifícios ou desculpas as conseqüências dos males empreendidos contra os dissidentes políticos durante o regime militar, bem como a disponibilização ao público, aos torturados e suas respectivas famílias dos arquivos da ditadura militar, considerando-se que há muito que se esclarecer.

Mostra-se necessário revisitar o passado, retirando as experiências dolorosas, violentas e as mortes do limbo do esquecimento e indiferença, de modo a propiciar uma

---

<sup>215</sup>MASSEI, Roberto. **Do direito à memória**. Disponível em: <<http://avesso.net/memoria.htm>>. Acesso em 18 out. 2011, p. 01.

superação do trauma histórico vivenciado durante o aludido momento histórico, com a conseqüente expurgação dos resquícios desse período sombrio, como, por exemplo, a tortura, do cotidiano brasileiro.

[...] a compreensão do passado por intermédio da narrativa da herança histórica e pelo reconhecimento oficial dos acontecimentos possibilita aos cidadãos construir os valores que indicarão sua atuação no presente. O acesso a todos os arquivos e documentos produzidos durante o regime militar é fundamental no âmbito das políticas de proteção dos Direitos Humanos<sup>216</sup>.

Realizar um exercício de rememorar o passado, entrando em contato com informações que permitem conhecer em profundidade as atrocidades e barbáries cometidas, nesse período, é medida de extrema e irrefutável necessidade que se insere tanto “no âmbito dos direitos humanos, como também na tutela da memória da dor como bem imaterial (forma de expressão)<sup>217</sup>”.

No Brasil, ainda não há um panorama suficientemente claro e inteligível acerca das vítimas, diretas e indiretas, da repressão política reinante por vinte e um anos de ditadura. Persiste uma lacuna entre passado e futuro, haja vista a manutenção de uma ocultação dos acontecimentos, com uma verdadeira negação ao direito à memória, verdade e justiça. Apesar da Lei de Anistia ter ampliado a atividade política, trazendo os perseguidos exilados, houve retrocesso na medida em que o direito de investigação do passado ficou sobremaneira mitigado, inviabilizado quando da edição da aludida lei. Os familiares de mortos e desaparecidos políticos ficaram alheios aos fatos relacionados aos seus entes queridos, prejudicando, assim, a formação da memória coletiva e individual.

O grande equívoco do Estado brasileiro foi o de, ao incorporar a lei de anistia, confundir o perdão relativo aos delitos contra os direitos humanos com o apagamento, e

---

<sup>216</sup> BRASIL, Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)**. Brasília: SEDH, Paraná, 2010, p. 170.

<sup>217</sup> SOARES, Inês Virgínia Prado; QUINALHA, Renan Honório. **Lugares de memória no cenário brasileiro da justiça de transição**. In: Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 11, Disponível em: <http://reid.org.br/?CONT=00000263>. Acesso em: 12.11.2011, p. 09.

conseqüente esquecimento de um período histórico fundamental para a formação adequada da identidade coletiva nacional.

O direito à memória vem, paulatinamente sendo afirmado na história do sistema jurídico nacional, por intermédio de uma série de diplomas normativos, com destaque para, nesta ordem, a lei de reconhecimento de mortos e desaparecidos políticos (9.140/95), a lei da reparação (10.559/2002) e a polêmica lei 11.111/2005.

O mais recente capítulo desse processo de afirmação é a edição, no mês de novembro de 2011 dos diplomas legais 12.527/11 e 12.528/11, salientando que a problemática, em pese tenha evoluído, continua.

## 6. DIREITO À MEMÓRIA E A MANUTENÇÃO DO SIGILO DOS ARQUIVOS DA DITADURA MILITAR NO BRASIL

### 6.1. DOCTRINA DA SEGURANÇA NACIONAL

A Doutrina da Segurança Nacional, concebida durante a Guerra Fria, consiste na ideologia oficial adotada pelo regime autoritário brasileiro após 1964, através das Forças Armadas, que visava identificar e perseguir o inimigo interno, utilizando, para tanto, os órgãos e regulamentos de segurança, instrumentos institucionalizados da repressão e tortura. Baseou-se na escola americana de guerra *National War College*, de cunho eminentemente anticomunista<sup>218</sup> e visava à defesa dos valores cristãos e democráticos pertencentes ao mundo ocidental, funcionando como uma "resposta ao comunismo ateu"<sup>219</sup>

[...] a Doutrina da Segurança Nacional desenvolvida pelos órgãos repressivos na ditadura objetivou desarticular qualquer forma de contestação da deslegitimidade do regime autoritário, sendo brutalmente torturadas e assassinadas também pessoas que não tinham nenhuma pretensão de participar da luta armada pela reconquista do poder, se e para classificar a resistência como rebeldia<sup>220</sup>.

Os militares apregoavam como legitimação da doutrina da segurança nacional, concebido como um regime transitório, a consolidação da democracia. No entanto, o efeito da implantação de tal doutrina ceifava qualquer possibilidade de uma vindoura democracia, tendo em vista que o seus alicerces e fundamentos destinavam-se ao conhecimento apenas das grandes figuras políticas nacionais, como, por exemplo, "exército, administração, economia, ensino, grandes empresas públicas e privadas"<sup>221</sup>, alijando o povo da tomadas de decisões e da participação ativa na vida política.

O Estado passou a ser o intérprete da vontade nacional e toda crítica à ordem social por ele instituída deveria ser debelada, donde "a repressão e o controle visavam

<sup>218</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Direito à memória e reparação: da inclusão jurídica das pessoas perseguidas e torturadas na ditadura militar brasileira. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 17, n. 67, abr/jun 2009. Coord. Maria Garcia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 145.

<sup>219</sup> FERNANDES, Ananda Simões. **A reformulação da Doutrina de Segurança Nacional pela Escola Superior de Guerra no Brasil: a geopolítica de Golbery do Couto e Silva**. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/antiteses/article/view/2668>>. Acesso em: 25 out. 2011, p. 07.

<sup>220</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>221</sup> UNTURA, Marcos Neto. **Ideologia da Segurança Nacional no Brasil durante a ditadura militar – uma análise a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dos anos de 1968 e 1969**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/ver\\_monografia.php?idMono=17](http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=17)>. Acesso em: 20 out. 2011, p. 03.

diretamente os diversos setores do espaço público, pois combater o comunismo internacional era destruir toda a crítica<sup>222</sup>. Sob os auspícios da manutenção da segurança, todos os meios eram válidos, até mesmo o aniquilamento e mitigação de garantias constitucionais previstas contra o arbítrio do Estado.

A doutrina da segurança nacional aspirava se tornar uma ciência, encontrando no campo da geopolítica seu fundamento científico, conferindo embasamento para conceitos significativos desta doutrina, como soberania e bipolaridade, utilizando ensinamentos da geopolítica alemã, inglesa e americana.

[...] a geopolítica tem por objeto a relação entre geografia e Estados, sua história, destino, rivalidades e lutas. Busca nos dados geográficos orientações para uma política, pois na geografia está inscrito o destino da nação. É a ciência do projeto nacional e fundamento racional dos projetos políticos<sup>223</sup>.

Sob a influência dos conceitos conferidos pela geopolítica aos termos nação e bipolaridade, os adeptos da doutrina da segurança nacional defendiam que o Brasil fora alçado ao papel de guardião do Atlântico na luta anticomunista, por estar localizado no Ocidente, utilizando como mecanismos a forte proteção das fronteiras, assim como uma precisa ação interventiva na esfera da iniciativa privada<sup>224</sup>.

O jurista Marcos Untura Neto traz à baila importantíssimo questionamento acerca da doutrina da segurança nacional: como o regime de segurança nacional, que gozava de indefinição, não sabia estabelecer concretamente quais bens estavam postos sob segurança, o que defendia, revelou-se tão eficiente aos desígnios do período ditatorial? O mesmo autor põe termo a tal questionamento, pontuando que apesar da indefinição mencionada, um ponto estava bem definido: a luta contra a expansão do comunismo. Assim:

[...] sua indefinição servia à sua eficiência, pois, desta forma, o comunismo podia ser encontrado em todos os setores da sociedade. E à onipresença do comunismo respondia-se com a onipresença da segurança nacional<sup>225</sup>.

---

<sup>222</sup> UNTURA, Marcos Neto, *op. cit.*, p.12.

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 21.

Desse modo, conferindo um sentido elástico ao que seria ameaça comunista, qualquer ator social que contrariasse os anseios do governo ditatorial poderia vir a ser perseguido e enquadrado como “inimigo interno”, seja “grupos armados de esquerda, partidos democrático-burgueses de oposição, trabalhadores e estudantes, setores progressistas da Igreja, militantes de Direitos Humanos até qualquer cidadão que simplesmente se opusesse ao regime<sup>226</sup>”.

Houve uma concentração dos poderes estatais nas mãos do presidente da República que legislava por decretos, podendo imprimir restrições e limitações aos direitos e garantias constitucionais e todas as causas judiciais que versavam sobre segurança nacional deveriam ser analisadas e julgadas pelo representante do Poder Executivo. O Congresso continuava a existir, contudo, sua importância na vida política foi, sobremaneira, minorada.

Para dar suporte ao bom funcionamento da doutrina da segurança nacional, em junho de 1964 foi criado o Serviço Nacional de Informação (SNI), que abrigava, também, o Conselho de Segurança Nacional. Ao longo do tempo, transmutou de objetivos; dantes, servia como fonte de conhecimento para embasar as decisões do Presidente da República, posteriormente, por meados de 1967, “transformou-se, sob a chefia do general Emílio Garrastazu Médici, em cabeça de uma ampla *rede de espionagem*<sup>227</sup> (grifos do original).”

Em 1970, surgiu o Destacamento de Operações de Informações de Defesa Interna (DOI-Codi), onde cada Estado tinha sua própria unidade. Funcionava como um centro de torturas, extermínios e toda sorte de condutas violadoras dos direitos humanos, sob o comando das Forças Armadas e integrantes da polícia militar, civil e federal. Os seus integrantes eram deliberadamente educados, mediante aulas teóricas e práticas, com

---

<sup>226</sup> FERNANDES, Ananda Simões. **A reformulação da Doutrina de Segurança Nacional pela Escola Superior de Guerra no Brasil:** a geopolítica de Golbery do Couto e Silva. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/antiteses/article/view/2668>>. Acesso em: 25 out. 2011, p 08.

<sup>227</sup> FICO, Carlos. Versões e controvérsias sobre 1964 e a ditadura militar. *Revista Brasileira de História* 24-47/38. São Paulo, 2004 *apud* NOHARA, Irene Patrícia. Direito à memória e reparação: da inclusão jurídica das pessoas perseguidas e torturadas na ditadura militar brasileira. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 17, n. 67, abr/jun 2009. Coord. Maria Garcia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 146.

cobaias humanas vivas, a praticar a tortura para obter seus intentos, utilizando-se, inclusive, nas primeiras aulas sobre essa temática, de mendigos recolhidos das ruas<sup>228</sup>.

[...] uma estudante de 24 anos [...] foi obrigada a servir de cobaia em quartel no Rio de Janeiro, sendo totalmente despida e submetida a espancamento diante de todos. Nesta sessão-aula de tortura sofreu choques-elétricos, foi pendurada em pau-de-arara e quando a “aula” terminou, foi posta na cela e assistida por um médico para que novamente pudesse ter utilidade para outras aulas demonstrativas, segundo consta, em outra ocasião, na frente de 20 oficiais<sup>229</sup>.

Resta patente que a Doutrina da Segurança Nacional, forjada no interior dos órgãos repressivos da ditadura militar, teve por intento desarticular sumariamente qualquer espécie de contestação ou questionamento acerca da legitimidade do regime autoritário, empreendidos por participantes da luta armada pela reconquista do poder ou simples cidadãos insatisfeitos com os rumos políticos da nação utilizando, para tanto, todas as formas de violência, física, psíquica e moral (tortura, assassinato, mutilações, ameaças, etc.). Sob o véu da oficialidade da Doutrina da Segurança Nacional, bem como proteção de outros militares e políticos, os agentes militares se aproveitavam da situação de incógnita de suas identidades para realizar um show de horrores, “dando vazão aos mais cruéis impulsos do sadismo, que, em inúmeros casos, resultaram na morte de suas vítimas<sup>230</sup>”.

## 6.2. EXAME DA ANTIGA LEI 11.111/2005 E O PROBLEMA DA SUA COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A Lei 11.111, advinda da conversão da Medida Provisória n.º 228/04, foi sancionada em 05 de maio de 2005 pelo então Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva e teve por escopo regulamentar o disposto no art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988.

A aludida lei encerrava as balizas para o acesso às informações estatais, estabelecendo, de forma controvertida e polêmica, a possibilidade de determinados

<sup>228</sup> FICO, Carlos. Versões e controvérsias sobre 1964 e a ditadura militar. Revista Brasileira de História 24-47/38. São Paulo, 2004 *apud* NOHARA, Irene Patrícia. Direito à memória e reparação: da inclusão jurídica das pessoas perseguidas e torturadas na ditadura militar brasileira. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 17, n. 67, abr/jun 2009. Coord. Maria Garcia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 146-148.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>230</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Direito à memória e reparação: da inclusão jurídica das pessoas perseguidas e torturadas na ditadura militar brasileira. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 17, n. 67, abr/jun 2009. Coord. Maria Garcia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 140.



documentos, cujo sigilo mostrava-se "imprescindível à segurança da sociedade e do Estado" ficar sob o manto do sigilo eterno, haja vista a possibilidade de vir a ser catalogados na lista dos indefinidamente vedados à consulta, ficando a critério de uma comissão composta por membros do Poder Executivo a decisão sobre a sua eventual e remota publicidade.

As incongruências não se restringem a esse aspecto, irradiando-se nas questões afetas aos prazos, a responsabilidade das autoridades e aos critérios justificadores da exceção ao direito de acesso à informação, por imperativos da segurança da sociedade e do Estado.

Também no plano infraconstitucional, coube à Lei 8.159/91, instituir a política nacional de arquivos públicos e privados. Essa lei versa sobre a conceituação e caracterização do que se entende por arquivo, estabelecendo pleno acesso ao patrimônio arquivístico estatal. Entretanto, em seu artigo 23 impõe limites ao acesso, embasando tais restrições na segurança da sociedade e do Estado, assim como em alguns direitos personalíssimos das pessoas, como, por exemplo, o direito de imagem.

A *posteriori*, outros instrumentos normativos foram editados para a regulamentação da matéria: o Decreto n.º 2.134/97, versando sobre a Lei 8.159/91, criou espécies de documentos sigilosos, estabelecendo, também, em escala crescente o tempo máximo de restrição; o Decreto n.º 4.553/02 que revogou integralmente o decreto anterior; o Decreto n.º 5301/04 que regulamentou a Medida Provisória n.º 228/04 restituindo os prazos de sigilo aos da Lei 8.159/91; e a Lei 11.111/05, integralmente revogada recentemente pela Lei n.º 12.527/11.

Como dito, com a edição da Lei 11.111/05, alguns documentos, tidos por imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, podiam ficar indefinidamente em segredo, restando aniquilado, portanto, o direito de acesso aos documentos governamentais, bem como às informações públicas.

No tocante ao estabelecimento de prazos para que a autoridade responsável apresente ao cidadão a informação solicitada, a Lei 11.111/05 foi silente, ensejando, entretanto, a demasiada demora da autoridade estatal em responder aos requerimentos,

comprometendo, portanto, a agilidade e facilidade dos cidadãos em obter as informações que necessita. Padece, assim, também, de inconstitucionalidade por omissão.

Casos que envolvam a necessidade de informações relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem, o parágrafo único do art. 7º da Lei 11.111/05 remete aos prazos do § 3º do art. 23 da Lei 8.159/91, vale dizer, de 100 anos a contar da data de sua produção.

O *caput* do art. 6º da Lei 11.111/05 estabelece que a restrição de acesso aos documentos classificados no mais alto grau de sigilo, isto é, referentes à segurança da sociedade e do Estado, será de 30 anos, a contar da data de sua produção, podendo esse prazo ser prorrogado uma única vez por igual período e, quando do seu termo final, tais documentos deverão se tornar de acesso público.

O art. 6º, § 2º da Lei 11.111/05 outorga aos membros da *Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas*, quando instados a se manifestar, o poder de analisar e decidir acerca da necessidade do sigilo dos documentos, levando-se em conta eventuais ameaças à soberania, integridade territorial nacional ou relações internacionais, podendo estipular pelo período que achar necessário e conveniente, o segredo e ocultação de arquivos e documentos, obstaculizando, portanto, a concretização do direito à memória, a formação da identidade nacional e individual, imprescindível para o resguardo da dignidade da pessoa humana.

A lei em estudo estabelece, no que se refere à responsabilidade das autoridades governamentais, três aspectos que devem ser observados: a graduação de sigilo, as autoridades competentes para classificar os documentos e os prazos de duração da classificação.

Consoante escala decrescente de sigilo, os documentos podem ser graduados como ultra-secreto, secreto, confidencial e reservado, estabelecendo-se, também que, quão maior for a gravidade das ameaças à segurança da sociedade e do Estado mais extenso será o prazo de sigilo. As autoridades que detêm a competência privativa para realizar o juízo de valor acerca da gradação de sigilo estão expressamente elencadas

no *caput* do art. 6º do Decreto 4.553/02, podendo, em determinadas circunstâncias, delegar tal função.

O art. 5º do Decreto 4.553/02 estabelece a classificação dos documentos sigilosos, assim como as hipóteses caracterizadoras de ameaças à segurança da sociedade e do Estado que consistem, por sua vez, em exceções legais ao direito de amplo acesso à informação. Os documentos classificados como “ultra-secreto”, fincados na primeira posição na escala de sigilo, possuem um poder latente de gerar gravíssimos danos à segurança da sociedade e do Estado, pois contêm “dentre outros, dados ou informações referentes à soberania e à integridade territorial nacionais, a planos e operações militares, às relações internacionais do País, a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico de interesse da defesa nacional e a programas econômicos” (art.5º, §1º).

Os documentos classificados como “secretos” detêm potencialidade danosa apenas “grave” à segurança da sociedade e do Estado. Cinge-se dentro dessa potencialidade danosa grave “dentre outros, dados ou informações referentes a sistemas, instalações, programas, projetos, planos ou operações de interesse da defesa nacional, a assuntos diplomáticos e de inteligência e a planos ou detalhes, programas ou instalações estratégicos” (art. 5º, §2º).

A classificação “confidencial” é conferida aos documentos dos quais se extrai dados e informações que “no interesse do Poder Executivo e das partes, devam ser de conhecimento restrito e cuja revelação não autorizada possa frustrar seus objetivos ou acarretar dano à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, §3º). No art. 5º, §4º, temos a categoria “reservados”, destinada aos documentos que possuem dados e informações “cuja revelação não autorizada possa comprometer planos, operações ou objetivos neles previstos ou referidos”.

Após uma detida análise das mencionadas legislações infraconstitucionais, constata-se, com clareza solar, que esses instrumentos normativos obstaculizam o direito à memória e à verdade, pois consolida o sigilo como regra e não como exceção, como deveria ser, negando aos cidadãos, desse modo, o acesso a um vasto arcabouço documental que permite, entretanto, a compreensão da historicidade do povo brasileiro.

Impende pontuar que maiores esclarecimentos ou indagações acerca da (in)constitucionalidade ou desproporcionalidade da Lei 11.111/05, mostra-se despicienda, haja vista a sua integral revogação pela da Lei. 12.257/11 que passará a regular o direito de acesso a informações

### 6.3 O PROJETO DE LEI QUE TRAMITAVA NO CONGRESSO NACIONAL

O Projeto de Lei que visava regular o acesso a informações públicas fora aprovado pela Câmara dos Deputados em 13 de abril de 2010 e dentre outros avanços, consignou ao cidadão o direito de requerer e obter informações e dados dos três poderes da federação, estando o Poder Público impelido a atender a solicitação, dando uma resposta ao pleito, em até 15 dias. *A contrario sensu* do estipulado pela Lei nº. 11.111/05 vedou-se, nesse projeto de lei, o sigilo eterno, e, nesse arrimo, os documentos considerados ultras-secretos têm de ser divulgados no prazo de 25 anos, renováveis uma única vez pelo mesmo período.

[...] o PL de acesso à informação contém diversos elementos positivos. Eles incluem, entre outros, uma declaração clara e expressa do direito de acesso, a definição de prazos curtos de resposta a pedidos de informação, bons dispositivos de comunicação, abertura absoluta em relação às informações concernentes à proteção e violação dos direitos humanos, um sistema progressivo de classificação da informação, boas normas de sanção à obstrução de acesso e ampliações importantes na proteção a denunciante<sup>231</sup>.

O ponto nevrálgico do aludido do projeto é o reconhecimento e a conscientização efetiva de que a informação é um bem público, devendo ser conferido a todos, indistintamente, o acesso amplo, irrestrito e integral ao patrimônio arquivístico brasileiro. Nesse arrimo, prima-se pelo acesso gratuito e irrestrito da população às informações públicas, excetuando as hipóteses relativas às questões afetas à segurança nacional ou em segredo de justiça. Além disso, há a determinação, no corpo do projeto, de que, se a solicitação de acesso ao documento for negada, caberá socorrer-se das instâncias superiores do órgão em questão, visando à revisão da negativa.

---

<sup>231</sup> **Análise do Projeto de Lei de Acesso à Informação Pública.** Artigo 19 Brasil: Campanha Global pela Liberdade de Expressão. São Paulo: Jaraguá, junho de 2009. Disponível em: <[www.artigo19.org](http://www.artigo19.org)>. Acesso em: 28 out. 2011, p. 05-06.

Apesar da importância das considerações aqui tecidas, tendo em vista que o retro citado projeto de lei 41/2010 foi aprovado pelo Senado Federal, em 25 de outubro de 2011, sem alterações em relação ao texto previamente aprovado pela Câmara, e submeteu-se à sanção presidencial, convertendo-se na Lei nº. 12.527/2011 mostra-se imprescindível elaborar algumas considerações acerca dessa inovação legislativa.

#### 6.4 OS NOVOS DIPLOMAS REGULADORES DO ACESSO AOS ARQUIVOS DA DITADURA MILITAR NO BRASIL: LEI 12.527/11 E LEI 12.528/11.

A lei nº. 12.527, sancionada pela presidente Dilma Rousseff e publicada em 18 de novembro de 2011, visa regular o direito de acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216, todos da Constituição Federal de 1988, dispondo acerca dos procedimentos que devem ser observados em todos os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e em todos os níveis de governo (federal, estadual e municipal), a fim de garantir o direito fundamental de acesso à informação.

Com a sanção da referida lei, o Brasil se tornou o 89º país do mundo a incorporar em seu ordenamento jurídico uma legislação específica versando sobre o direito de acesso às informações públicas, ocupando, na América Latina, a 19ª posição no *ranking* dos países que já adotaram uma regulamentação especializada da matéria<sup>232</sup>. A contar da data de sua publicação, conta-se 180 (cento e oitenta dias) para que passe a vigorar em todo o território brasileiro.

No artigo 3º da aludida lei recém publicada, constam algumas balizas que devem ser, irremediavelmente, observadas a fim de que seja assegurado, efetivamente, o direito constitucional de acesso à informação. No ensejo, cabe salientar que estas diretrizes se encontram na esteira da melhor doutrina, que apregoa ser a publicidade, regra geral e o sigilo, exceção.

As diretrizes que devem ser seguidas são: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II - divulgação de informações de interesse público,

---

<sup>232</sup> Informações disponíveis em: <<http://www.informacaopublica.org.br/node/1929>>. Acesso em: 26 out. 2011.

independentemente de solicitações; III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V - desenvolvimento do controle social da administração pública. Imperiosa revela-se uma análise combinada dessas balizas com o disposto no artigo 5º, que entabula ser “dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão“. Uma crítica que pode ser tecida sobre o mencionado artigo é constatação da ausência de esclarecimento acerca das espécies de informações que estão acobertadas pelo dispositivo<sup>233</sup>.

Buscou-se dar concreção ao conteúdo do direito de acesso à informação, isto é, regulou-se, expressamente, que o mencionado direito se consubstancia não somente no direito de informar e ser informado, mas no poder-dever estatal de divulgar tais informações, a despeito de qualquer provocação, como meio de promover a transparência da gestão da coisa pública, assim como a incumbência de organizar, acondicionar, zelar e disponibilizar o patrimônio arquivístico de forma a propiciar a todos o amplo acesso ao acervo documental histórico.

Ademais, restou patente que o Estado deve, através de procedimentos ágeis, pontuais, transparentes e inteligíveis, franquear o acesso à informação a quem tenha interesse. Embora o ente público não esteja obrigado a fornecer qualquer informação solicitada pelos cidadãos, incumbe-lhe, impreterivelmente, justificar por escrito, o motivo pelo qual não pôde fornecê-las. Caso o funcionário público tenha negado o direito de acesso a uma informação sem justificativa, será submetido a processo administrativo e poderá vir a ser punido com, no mínimo, uma suspensão.

Independentemente de requerimento, o Poder Público deve dar publicidade, em veículos idôneos e de fácil acesso ao público, inclusive, através da *internet*, às informações, por ela produzidas ou custodiadas, que sejam do interesse coletivo, divulgando as informações com a observância do conteúdo mínimo estipulado nos incisos do § 1º do artigo 8º da referida lei.

---

<sup>233</sup> **Análise do Projeto de Lei de Acesso à Informação Pública.** Artigo 19 Brasil: Campanha Global pela Liberdade de Expressão. São Paulo: Jaraguá, junho de 2009. Disponível em: <[www.artigo19.org](http://www.artigo19.org)>. Acesso em: 28 out. 2011, p. 09.

Em seu artigo 10, a lei reafirma o direito de qualquer cidadão pleitear o acesso a informações públicas. Quando requerida informações, o órgão público quando não puder fornecê-las imediatamente, disporá do prazo de vinte dias para prestá-las, podendo prorrogar tal prazo, uma única vez, por mais 10 (dez) dias, desde que apresente justificativas para o adiamento (art. 11, §§ 1º e 2º). Além disso, “são vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público (art. 11, § 3º)”.

O acesso às informações é gratuito, todavia, poderá ser cobrada a quantia correspondente, exclusivamente, ao valor despendido para a reprodução dos documentos que serão fornecidos. (art. 12, *caput*). Os que declararem, nos termos da lei, não dispor de recursos financeiros suficientes para arcar com os custos mencionados, sem prejuízo de sua própria subsistência ou de sua família, estará isento de ressarcir os custos despendidos com as cópias (art. 12, parágrafo único). Para que o direito à informação fosse plenamente garantido, o referido artigo deveria prever a isenção ou redução das taxas na hipótese das informações requeridas serem de interesse público, de modo a viabilizar a disseminação das informações de forma ampla<sup>234</sup>.

Consoante estatui o artigo 24, as informações poderão ser classificadas como ultrassecreta, secreta ou reservada, tendo em vista o seu teor, bem como a sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado. Em relação a cada classificação, consignaram-se prazos máximos nos quais as informações podem ser mantidas sob o manto do sigilo, a saber: I - ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos; II - secreta: 15 (quinze) anos; e III - reservada: 5 (cinco) anos<sup>235</sup>. Após o transcurso dos prazos assinalados, a informação torna-se, automaticamente, de acesso público. Somente os documentos ultrassecretos podem ter seu sigilo renovado e apenas por uma única vez (Art. 35, § 2º). A partir da análise das informações colacionadas, conclui-se que um documento, no Brasil, só pode ficar oculto, em segredo, pelo prazo máximo

---

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>235</sup> Artigo 24, § 1º, da Lei n.º. 12.257/11.

de 50 (cinquenta) anos. Consoante informações extraídas do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (GSI), existem, apenas, dois papéis sob a sua guarda considerados como ultrassecretos<sup>236</sup>.

Todos os órgãos e entidades públicas terão de divulgar, anualmente, a lista com a quantidade de documentos classificados no período como reservados, secretos e ultrassecretos, assim como os desclassificados. Além disso, “deverão ser examinadas a permanência dos motivos do sigilo e a possibilidade de danos decorrentes do acesso ou da divulgação da informação (art. 29, § 2º)”. Ressalte-se que a classificação deve levar em consideração o interesse público na informação, utilizando-se o critério menos restritivo possível.

Outra importantíssima Lei Federal foi recentemente sancionada pela presidente Dilma Rousseff e publicada em 18 de novembro de 2011. Trata-se da Lei nº. 12.528/11, já em vigor, que criou a Comissão Nacional da Verdade, no âmbito da Casa Civil, da Presidência da República.

Conforme preceitua o art. 1º da referida lei, a Comissão Nacional da Verdade terá por escopo examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no Art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de 18 de Setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição vigente (05 de outubro de 1988), a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional. As suas atividades não possuem caráter jurisdicional ou persecutório (Art. 4º, § 4º).

A Comissão deve observar uma composição pluralista e será composta por 7 (sete) membros escolhidos diretamente pela Presidente da República Dilma Rousseff, dentre brasileiros “de reconhecida idoneidade e conduta ética, identificados com a defesa da

---

<sup>236</sup> Informações disponíveis em: <<http://www.informacaopublica.org.br/node/1929>>. Acesso em: 26 out. 2011.



democracia e da constituição, bem como com o respeito aos direitos humanos (art. 2º, *caput*). Perceberão remuneração nos termos do art. 7º, sendo devido, também, o reembolso de eventuais despesas com passagens e diárias realizadas com o fim de realizar seus objetivos e atividades.

Os integrantes da Comissão Nacional de Justiça exercerão um *munus* público e, portanto, devem sustentar uma conduta ética e proativa na defesa dos direitos humanos, apresentando um compromisso com a luta pelo resgate da memória histórica do povo brasileiro, buscando retirar o véu do sigilo e ocultação que reveste o patrimônio arquivístico brasileiro, de modo a possibilitar a concretização dos princípios fundamentais outrora violados.

Cabe transcrever integralmente os incisos do artigo 3º da Lei nº. 12.258/11 que versam sobre os objetivos da Comissão: “I - esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos mencionados no *caput* do art. 1º; II - promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior; III - identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de violações de direitos humanos mencionadas no *caput* do art. 1º e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade; IV - encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995; V - colaborar com todas as instâncias do poder público para apuração de violação de direitos humanos; VI - recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional; e VII - promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos, bem como colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações.”

Preceitua o art. Art. 2º, § 2º c/c art.11 que a comissão já se estabelece tendo prazo estipulado para a sua dissolução: 2 (dois) anos, a partir de sua data de instalação. Quando de sua dissolução, deverá ser apresentando um relatório, que deverá conter, obrigatoriamente, as atividades realizadas, os fatos examinados, as conclusões e recomendações.

Com o intuito de executar os seus objetivos, a Comissão Nacional da Verdade poderá requisitar informações, dados ou documentos produzidos ou custodiados por órgãos ou entidades do poder público, independentemente da classificação imputada às informações requeridas (Art. 4º, II). Porém, os dados disponibilizados "não poderão ser divulgados ou disponibilizados a terceiros, cabendo a seus membros resguardar seu sigilo". Além disso, poderá requerer ao Poder Judiciário acesso a informações públicas ou privadas necessárias para a consecução de seus objetivos.

A atuação da Comissão Nacional da Verdade realiza-se sob o crivo da publicidade, comportando, apenas, algumas exceções, nas hipóteses em que a Comissão, a seu critério, conclua que a manutenção de sigilo seja relevante para que as suas atividades e objetivos sejam alcançados ou para resguardar a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem de pessoas.

No desempenho de suas atividades, poderá atuar, de forma articulada, com outros órgãos públicos como, por exemplo, o Arquivo Nacional, a Comissão de Anistia e a Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos políticos, bem como associada com instituições de ensino superior ou organismos internacionais. O aporte financeiro, técnico e administrativo que subsidiará a atuação da Comissão será fornecido pela Casa Civil da Presidência da República

Após a dissolução da Comissão, todo o seu acervo documental, impresso ou em formato multimídia, provenientes de suas pesquisas, esclarecimentos e investigações,

integrará o patrimônio arquivístico pertencente ao Projeto Memórias Reveladas. Tal iniciativa demonstra o caráter progressista da lei em comento, que visa, sobretudo, resguardar o direito à memória, à verdade e à justiça e, por conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana, iniciando um processo de cicatrização e cura das mazelas vivenciadas durante o regime político-militar brasileiro, para que o futuro seja forjado de modo a resguardar os direitos fundamentais, com a conseqüente edificação de uma sociedade cada vez mais justa, solidária e livre.

## 7. A MEMÓRIA COMO PROCESSO DE AUTOCONHECIMENTO COLETIVO: O RESGATE DA CONSCIÊNCIA HISTÓRICA

Segundo Bobbio<sup>237</sup>, o historicismo teve origem na escola histórica do direito, desenvolveu-se na Alemanha, a partir do final do século XVIII e início do século XIX e apresentou como maior expoente Savigny.

O filósofo Richard Palmer<sup>238</sup> considera que o problema hermenêutico engloba os aspectos da compreensão e da interpretação, aduzindo que “(...) a compreensão é simultaneamente um fenômeno epistemológico e ontológico” e passa por “um encontro histórico que apela para a experiência pessoal de quem está no mundo”. Para ele, é por intermédio da teoria hermenêutica que o autoconhecimento é oportunizado, pela via da compreensão de seu próprio mister.

Todo fato só adquire significado inserido num dado contexto e, a pré-compreensão, juízo pressuposto, constitui o conhecimento prévio a ser lapidado, base de qualquer interpretação, sendo a dinâmica interpretativa construída pela fusão dos horizontes prévio e apresentado pelo texto.<sup>239</sup>

O hermeneuta precisa adquirir todo o conhecimento possível da história, com vistas à adequada formação pré-compreensiva do processo interpretativo. Toda compreensão é feita com base em referências, evidentemente pré-conhecidas.<sup>240</sup>

Habermas<sup>241</sup> compreende que a consciência histórica precisa apropriar-se da tradição, reelaborando-a sob o olhar do atual horizonte, a fim de que, com a produção histórica dinâmica o passado constitua elemento de atualização da formação da história, representando, assim, verdadeira *força plástica*, apta a tornar transparente o homem e sua cultura, na medida em que o passado é *presentificado*.

---

<sup>237</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliese, Edson Biani, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p.45.

<sup>238</sup> PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 20-22.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p.33-36.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 90 e 93.

<sup>241</sup> HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 306.

Consoante lição de Gadamer<sup>242</sup>, Dilthey é o grande intérprete da escola histórica, na medida em que este filósofo compreende o nexos histórico à semelhança do princípio hermenêutico que aponta como método interpretativo, a premência de compreensão do todo para que as partes individuais textuais sejam clarificadas. Com esta tese, Dilthey promove a *transferência da hermenêutica para a historiografia*.

Dilthey tinha como meta desenvolver mecanismos para uma interpretação objetivamente válida das experiências da vida interior, utilizando, para tanto, a experiência concreta, histórica e viva como norte para a apreensão do conteúdo das ciências do espírito.<sup>243</sup>

O filósofo Dilthey batizou sua tarefa de *abordagem fenomenológica*, vista como um problema epistemológico, uma questão de aprofundamento da consciência histórica e uma necessidade de compreender a expressão a partir da própria vida.<sup>244</sup>

Richard Palmer, compreendendo o pensamento de Dilthey, afirma que:

[...] quando a expressão é escrita utiliza a linguagem, um meio que é comum àquele que compreende, e a compreensão ocorre em virtude de uma experiência análoga. Assim, é possível postular a existência de estruturas gerais nas quais e pelas quais o conhecimento objetivo ocorre”.<sup>245</sup>

Esse conhecimento objetivo constitui a própria experiência da realidade social e histórica, frise-se, avessa ao psicologismo.

Palmer, ainda, firma o entendimento de que “O homem é um ser histórico”<sup>246</sup> e informa haver duas acepções para o significado de historicidade, a saber: 1) “O homem compreende a si próprio, não pela introspecção, mas sim por meio das objetivações da vida; 2) A natureza humana não é uma essência fixa.” O filósofo conclui que a moderna hermenêutica é baseada na historicidade.<sup>247</sup>

---

<sup>242</sup> GADAMER, Hans Georg. *op. cit.*, p. 308.

<sup>243</sup> PALMER, Richard. *op.cit.*, p.105.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p.107.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 123.

Desse modo, Dilthey pode ser considerado o pai da hermenêutica contemporânea, na medida em que colocou a interpretação no horizonte da historicidade, entendendo que a autocompreensão ocorre no horizonte da temporalidade.<sup>248</sup>

A consciência histórica<sup>249</sup> *compreende-se a si mesma a partir de sua história*, constituindo, portanto, uma forma de autoconhecimento, pois é capaz de compreender historicamente, o seu potencial de comportar-se historicamente.

Heidegger<sup>250</sup>, em *Ser e Tempo*, afirma que, para a compreensão do sentido do ser, é necessária uma análise de sua historicidade e temporalidade. Conforme entendimento de Palmer<sup>251</sup>, o *dasein* heideggeriano apresenta uma ontologia e uma fenomenologia da compreensão. E continua: “(...) o mundo e a compreensão são partes inseparáveis da constituição ontológica da existência do *dasein*.”<sup>252</sup> Assim, é na ruptura que o sentido dos objetos é revelado, no momento em que ingressam no contexto de funcionalidade do mundo<sup>253</sup>.

A análise heideggeriana promove a junção da ontologia existencial com a fenomenologia, indicando uma hermenêutica fundada na faticidade do mundo e na historicidade da compreensão.<sup>254</sup>

Ainda com foco no pensamento de Palmer, a temporalidade constitui essência da compreensão, visualizando o mundo tricotomicamente, numa relação de passado, presente e futuro, concebida como historicidade compreensiva. Assim, “(...) os juízos prévios do indivíduo são mais do que meros juízos; são a realidade histórica do ser”<sup>255</sup>, sendo os pressupostos condição da interpretação, haja vista que é a tradição que apresenta os elementos da realidade e da história, sob os quais o hermeneuta debruçar-se-á.<sup>256</sup> Logo, é fácil concluir que: “A compreensão é sempre situada; coloca-se num ponto da história.”<sup>257</sup>

<sup>248</sup> PALMER, Richard. *op.cit.*, p.128.

<sup>249</sup> GADAMER, Hans Georg. *op. cit.*, p.358.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p.387.

<sup>251</sup> PALMER, Richard. *op. cit.*, p.51.

<sup>252</sup> *Ibidem*, p.137.

<sup>253</sup> *Ibidem*, p.138.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p.141.

<sup>255</sup> *Ibidem*, 185

<sup>256</sup> *Ibidem*, p.184-186.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p.225.

Gadamer, em alusão ao pensamento heideggeriano, pontuou:

*Compreender* não é um ideal resignado da experiência de vida humana na idade avançada do espírito, como em Dilthey, mas tampouco, como em Husserl, um ideal metódico último da filosofia frente à ingenuidade do ir-vivendo, mas ao contrário, é a *forma originária de realização da presença*, que é ser-no-mundo. Antes de toda diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, a compreensão é o modo de ser da presença, na medida em que é poder-ser e "possibilidade".<sup>258</sup>

Cumprido salientar que todo o processo cognoscitivo é fruto do procedimento compreensivo, responsável pela realização do *dasein*, a verdadeira presença.

Outro importante elemento na compreensão da consciência histórica, diz respeito ao conceito de pertença<sup>259</sup>. A pertença promove o interesse histórico, na medida em que está relacionada ao pertencimento a tradições e, por conseguinte, à própria finitude histórica do *dasein*, que conforma, inclusive, projeções futuras do próprio *dasein*.

De acordo com o pensamento de Palmer, Gadamer traz o conceito de *consciência historicamente operativa*, salientando que o ser passível de compreensão é linguagem<sup>260</sup>.

O filósofo alemão Gadamer preocupa-se, ainda com o tema dos preconceitos – pré-concepções formadas pela própria historicidade do ser – que, podem ser responsáveis pela distorção interpretativa, haja vista que obscurece o horizonte da tradição.

Heidegger descobre na crítica kantiana à metafísica "dogmática" a idéia de uma metafísica da finitude, na qual seu próprio projeto ontológico deve ser validado. Desse modo, "assegura" o tema científico introduzindo-o e pondo-o em jogo na compreensão da tradição. E assim que se mostra a concreção da consciência histórica, da qual se trata no compreender. Somente um tal reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão leva o problema hermenêutico à sua real agudeza. Medido por essa clareza torna-se claro que o *historicismo*, apesar de toda crítica ao racionalismo e ao pensamento naturalista, encontra-se ele mesmo sobre o solo do moderno *Aufklärung* e compartilha, inadvertidamente, seus preconceitos. Pois há realmente um preconceito do *Aufklärung* que suporta e

<sup>258</sup> GADAMER, Hans Georg. *op. cit.*, p.392.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p.396.

<sup>260</sup> PALMER, Richard. *op. cit.*, p.51-52.

determina sua essência: esse preconceito básico do *Aufklärung* é o preconceito contra os preconceitos, enquanto tais, e, com isso, a despotenciação da tradição. Uma análise da história do conceito mostra que é somente *no Aufklärung* que o conceito do preconceito recebeu o matiz negativo que agora possui. Em si mesmo, "preconceito" (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes segundo a coisa.<sup>261</sup>

A tradição e a herança histórica representam uma autoridade anônima<sup>262</sup> e, a própria fiinitude do ser, frise-se histórico, é formada e conformada pelos elementos transmitidos, ainda que por fundamentos não evidentes e, mesmo com o alcance da maturidade do ser, quando a autoridade dos responsáveis pela transmissão da tradição e herança histórica não é mais a mesma e o ser histórico passa a ostentar certa autonomia, as marcas tradicionais e históricas o acompanharão sempre. Mesmo os costumes, que são gerados espontaneamente, não possuem liberdade total quanto ao fundamento criador, sendo estes, verdadeiramente resultantes tradicional-históricas.

A tradição, desse modo, representa aquilo que os especialistas em arte denominam estado da arte, influenciando sobremaneira o presente e o porvir das diversas gerações, posto que forma e conforma padrões de conduta e modelos institucionais.

É isso, precisamente, que denominamos tradição: o fundamento de sua validade. E nossa dívida para com o romantismo é justamente essa correção do *Aufklärung*, no sentido de reconhecer que, à margem dos fundamentos da razão, a tradição conserva algum direito e determina amplamente as nossas instituições e comportamentos.<sup>263</sup>

Para o pesquisador tedesco, os efeitos tradicionais e da investigação histórica são recíprocos, sendo, exatamente a tradição o grande motor da produção hermenêutica.

Outro conceito apresentado por Gadamer é o de círculo hermenêutico, informando a compreensão como a "interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete."<sup>264</sup> Todo o processo compreensivo é iniciado com uma antecipação de sentido orientadora que, em verdade, não é um constructo subjetivo, posto que se perfaz intermediado pelo horizonte tradicional.

<sup>261</sup> GADAMER, Hans Georg. *op. cit.*, 406-407.

<sup>262</sup> *Ibidem*, 421.

<sup>263</sup> *Ibidem*, p.421.

<sup>264</sup> *Ibidem*, p.439.



O comportamento histórico-hermenêutico<sup>265</sup> se dá a partir de preconceitos fundamentais que o embasam e, o lugar hermenêutico encontra-se no meio termo entre a pertença a uma tradição e a objetividade da distância relativa ao fato a ser compreendido.

Insta destacar que a tese historicista<sup>266</sup> defensora da necessidade de encontro do intérprete com o espírito da época como único caminho para o alcance da objetividade histórica deve ser superada, pois a herança e a tradição são continuamente atualizadas, prescindido da visão originária.

A formação hermenêutica da consciência perpassa a consciência histórica<sup>267</sup>, haja vista que esta conscientiza o hermenauta de seus preconceitos guiando da melhor forma possível a compreensão.

Merece atenção a advertência gadameriana de que o próprio pensamento histórico apresenta uma historicidade, sendo, de fato o objeto histórico uma dupla realidade: a da história e a da compreensão. Desse modo, uma hermenêutica correta considera essas duas circunstâncias, que constituem o conceito do mestre alemão denominado *história efetual*<sup>268</sup>.

Sobre isto, afirma Lênio Luiz Streck:

Por isso, acrescenta Gadamer, o projeto de um horizonte histórico é, portanto, uma fase ou um momento na realização da compreensão, e não se consolida na auto-alienação de uma consciência passada, senão que se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. Na realização da compreensão, tem lugar uma verdadeira fusão horizontica que, com o projeto do horizonte histórico, leva a cabo, simultaneamente, a sua superação. A essa realização controlada dessa fusão é que Gadamer dá o nome de *“tarefa da consciência histórico-efetual”*.<sup>269</sup>

A amplitude semântica do conceito de *horizonte*<sup>270</sup> é fundamental para a compreensão das questões relativas à tradição e situação hermenêutica. É o horizonte que define o potencial hermenêutico, pois ele representa a visão do intérprete numa dada ambiência

<sup>265</sup> GADAMER, Hans Georg. *op. cit.*, p.442.

<sup>266</sup> *Ibidem*, p.445.

<sup>267</sup> *Ibidem*, p. 447.

<sup>268</sup> *Ibidem*, p.448.

<sup>269</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Heremênutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.214.

<sup>270</sup> GADAMER, Hans Georg. *op. cit.*, p. 452.

espacial/temporal. Portanto, um horizonte interpretativo errôneo, está apto a produzir uma hermenêutica igualmente distorcida.

Cumpra observar que o horizonte do presente é dinâmico e cambiável, pois, constantemente as pré-concepções ou preconceitos coletivos e individuais são testados e reformulados, primeiro, com base na tradição informada pelo passado, para, em seguida encontrar a concepção presente, e realizar a compreensão, resultante, precisamente, da fusão horízontica<sup>271</sup> desses momentos.

Desse modo, Gadamer compreende que a fusão controlada dos indicativos do horizonte da tradição com a visão do horizonte presente constitui a base da *tarefa da consciência histórico efetiva*<sup>272</sup>.

Os indicativos do horizonte da tradição, por constituírem um processo anterior à própria interpretação, Gadamer batiza de *pré-compreensão*<sup>273</sup>.

Esta, também é a posição de Lênio Luiz Streck ao dizer que:

“O intérprete compreende o conteúdo da norma desde o ponto de vista quase arquimédico situado fora da existência histórica, senão unicamente desde a concreta situação histórica em que se encontra, cuja elaboração (maturidade) conformou seus hábitos mentais, condicionando seu conhecimento e seus pré-juízos.”<sup>274</sup>

O hermeneuta precisa estar ciente de que o processo compreensivo é permeado de preconceitos, aduzindo Gadamer que a desconsideração desse fato implica, necessariamente, em equívocos interpretativos.

*Pensar historicamente* quer dizer, na realidade, *realizar a conversão que acontece aos conceitos do passado*, quando neles procuramos pensar. Pensar historicamente implica sempre uma mediação entre aqueles conceitos e o próprio pensar. Querer evitar os próprios conceitos na interpretação, não somente é impossível, mas é também um absurdo evidente. Interpretar significa justamente colocar em jogo os próprios conceitos prévios, com a finalidade de que a intenção do texto seja realmente trazida à fala para nós.<sup>275</sup>

<sup>271</sup> GADAMER, Hans Georg. *op. cit.*, p. 457.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p.458.

<sup>273</sup> *Ibidem*, p.491.

<sup>274</sup> STRECK, Lênio Luiz, *op. cit.*, p. 223.

<sup>275</sup> GADAMER, Hans Georg. *op. cit.*, p.578.

Esse entendimento é comungado, na doutrina nacional, por Eros Roberto Grau, quando asseverou que: “O juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito todo, e não apenas um determinado texto normativo”<sup>276</sup> e, ainda: “[...] a pré-compreensão do juiz é conformada por *topoi* de um complexo ético da tradição. Essa pré-compreensão dirige a reconstrução das conexões relacionais entre normas e circunstâncias à luz de princípios historicamente provados (*historisch bewährter prinzipien*)”<sup>277</sup>, e mais uma vez: “[...] o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo”<sup>278</sup>.

Eros Grau<sup>279</sup>, ainda pontua que, a norma descola-se do texto e essa autonomia apenas é possível porque ela é formada e conformada, não pelo enunciado, mas antes sim, pela história, cultura e todas as características condicionadoras de uma dada sociedade.

Conforme o pensamento do jurista brasileiro, o problema jurídico é essencialmente político, haja vista que o mesmo foge à lógica da cientificidade e coloca-se, definitivamente, no plano da *phronésis*, ou prudência. Desse modo, portanto, cabe ao hermenauta compreender a realidade, pautado no movimento dos fatores reais potestativos, a fim de que capte o conteúdo histórico e esteja apto a transformar o enunciado normativo em norma consentânea aos parâmetros adequados do verossímil.

A questão da memória<sup>280</sup>, vinculada ao conhecimento histórico e cerne deste trabalho, é desenvolvida com maestria pelo filósofo francês Paul Ricoeur e, *pari passu*, o referido autor discorre sobre o perdão. Consoante lição de Luci Buff<sup>281</sup> “é da natureza do perdão descarregar o passado, liberar a dívida e a culpa que aprisionam”.

---

<sup>276</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42.

<sup>277</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>279</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>280</sup> BUFF, Luci. **Tempo de perdão?**. In: SOARES, Inês Virginia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.) *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.235-237.

<sup>281</sup> *Ibidem*, p.237.

O perdão, ao contrário da justiça, não segue a lógica da reciprocidade, pois a dívida é saldada de forma não equivalente, voltando-se, desse modo, para a lógica da abundância e do excesso.

A temática do perdão remete aos conceitos de culpabilidade e reconciliação com o passado, sendo, exatamente, a irreversibilidade de atos nefastos, v.g., os homicídios, torturas e desaparecimentos ocorridos no Brasil no período do regime de exceção de 1964-1985, que reclamam a cultura do perdão.

Impende ressaltar que o perdão se perfaz com a lembrança, sendo assim, umbilicalmente ligada à memória individual e coletiva de cada povo.

O perdão tem vínculo com a verdade, seja judiciária ou extrajudiciária, como aquela apurada pelas Comissões de Verdade e Reconciliação, entre outros meios, através da narrativa, em que a memória é trazida à linguagem, com a possibilidade de a história ser contada de outra maneira, do ponto de vista do outro, dos testemunhos, donde essas comissões serem cada vez mais utilizadas na transição para regimes democráticos.<sup>282</sup>

Para a realização do perdão é imperiosa construção da memória em moldes fidedignos com vistas ao desenvolvimento de uma cultura de paz e conseqüente reparação, ainda que simbólica.

Não é possível haver perdão, em relação aos atos criminosos da ditadura militar brasileira de 1964-1985, posto que os fatos a serem perdoados sejam desconhecidos.

Paul Ricoeur observou o fenômeno da falta ou excesso de memória e refletiu:

Não se poderá dizer que certos povos sofrem de “demasiada” memória, como se estivessem envergonhados pela lembrança das humilhações sofridas num passado remoto e também pela das glórias longínquas? E, ao invés, não se poderá dizer que outros povos sofrem de falta de memória, como se fugissem perante a obsessão do seu próprio passado? Não é esse mesmo, muitas vezes, o nosso caso, dos franceses, confrontados com a lembrança da época de Vichy ou da guerra da Argélia? Mas como é que se pode falar de demasiada memória, neste caso, e de escassez de memória, naquele? Não haveria assim apenas uma espécie de memória?<sup>283</sup>

<sup>282</sup> BUFF, Luci. *op. cit.*, p.238.

<sup>283</sup> RICOEUR, Paul. **O perdão pode curar?** Tradução José Rosa. In: *Esprit*, n°210, 1995, p. 77.

O referido filósofo francês, em alusão ao pensamento do alemão Koselleck, aduz que a construção de uma consciência histórica passa pela compreensão dos significados de *espaço de experiência* e *horizonte de espera*<sup>284</sup>. O espaço de experiência é constituído das heranças e características do passado, responsáveis por influenciar os anseios, receios, antecipações e previsões que conformam o horizonte de espera.

A psicanálise aponta caminhos para o enfrentamento de um mal que se deseja apagar, quando, v.g., o psicanalista recomenda ao paciente, que padece de um mal grave, não a negação da doença, mas sim, a coragem para reconhecê-la, com vistas à construção de um porvir mais digno e feliz, posto que o simples apagamento da memória não será responsável pela oferta de qualquer benefício.

O trabalho de lembrança, apontado por Ricoeur como instrumento de alcance da memória, é atingido por intermédio da narrativa, do ato de contar que transforma em linguagem os fatos da memória.

Consoante Ricoeur, Freud entende que a construção da memória ocorre por um processo de *translaboração*, que deve afastar o preconceito de que o passado é estanque e imutável, e o futuro incerto e aleatório.

Não só os acontecimentos do passado permanecem abertos a novas interpretações, como também se dá uma reviravolta nos nossos projectos, em função das nossas lembranças, por um notável efeito de “acerto de contas”. O que do passado pode então ser mudado é a carga moral, o seu peso de dívida, o qual pesa ao mesmo tempo sobre o projecto e sobre o presente. É exactamente deste modo que o trabalho de lembrança nos impele para a via do perdão, na medida em que este abre a perspectiva de uma libertação da dívida, por conversão do próprio sentido do passado. Esta acção retroactiva, do olhar intencional do futuro sobre a apreensão do passado, encontra então um apoio crítico no esforço por contar de outra maneira e do ponto de vista do outro os acontecimentos fundadores da experiência pessoal ou comunitária. O que vale efectivamente para a memória pessoal vale também para a memória partilhada e, acrescentaria, igualmente para a História escrita pelos historiadores.<sup>285</sup>

---

<sup>284</sup> RICOEUR, Paul, *op. cit.*, p. 79.

<sup>285</sup> *Ibidem*, p. 80.

Desse modo, é importante perceber a imperiosa necessidade de lembrança e, portanto, não esquecimento a fim de que a história seja contada de modo fidedigno e eventuais traumas coletivos possam ser definitivamente superados.

É válido ressaltar dois conceitos da obra freudiana: *trabalho de lembrança* e *trabalho de luto*. O trabalho de luto consiste no processo de desligamento gradual em relação ao objeto amado ou odiado, até o momento em que ocorre uma reconciliação, similar ao trabalho de lembrança.

O ponto de chegada do trabalho de luto<sup>286</sup> pode, e é preferível que seja de regozijo, pois a memória nefasta deve ser ocupada por uma cena animadora, indicativa de superação.

Conforme Ricoeur, é na convergência entre trabalho de lembrança e trabalho de luto que se encontra o perdão, ressaltando, ainda, que esta misericórdia é incompatível com a idéia de esquecimento, haja vista que é inviável perdoar aquilo que não mais se conhece. A dívida, sim, pode e deve ser aniquilada.

Assim, o trabalho de luto representa um esquecimento paulatino, responsável pela cura, apagando as manchas de uma dívida que obstaculiza a saúde da memória e, por conseguinte, a possibilidade de construção de um futuro liberto.

Cabe ressaltar que o perdão, *prima facie*, dirige-se a uma vítima, podendo haver a recusa concessiva, pois o perdão pode estar ligado ao imperdoável. Portanto, o perdão vincula-se à lógica da superabundância, distinta da lógica da reciprocidade, da justiça, e exige daquele que perdoa a *economia da dívida*. Insta salientar que tal virtude humana não está estritamente relacionada à sistemática teológica, mas antes, possui sérias implicações políticas, notadamente quando da necessidade de superação de traumas nacionais em razão de experiências autocráticas recentes.

A este respeito, aduzindo ser o perdão uma grandeza política, Ricoeur manifestou-se:

[...] na dimensão do político, o importante é destruir a dívida, mas não o esquecimento. É então que o perdão, em virtude da sua própria

---

<sup>286</sup> RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução: Alain François. Campinas: Editora da Unicamp, 2007, p.91.

generosidade, se revela ser o cimento entre o trabalho de memória e o trabalho de luto.<sup>287</sup>

Cumprido destacar que, consoante lição de Paul Ricoeur<sup>288</sup>, a anistia constitui verdadeira *amnésia institucional*, haja vista que os acontecimentos delitivos são considerados como inexistentes.

O argumento da reconciliação nacional é sempre recorrente, mas é preciso esclarecer que o esquecimento promovido, ainda que legítimo, é o contrário do perdão, pois, neste último, é inafastável a realização do direito fundamental à memória.

O perdão é uma espécie de cura da memória, o acabamento de seu luto; liberta do peso da dívida, a memória fica liberada para grandes projetos. O perdão dá futuro à memória.<sup>289</sup>

O perdão é supra-jurídico, supra-ético e, encontrando-se com o imperdoável, foge à lógica da equivalência, voltando-se para a racionalidade da superabundância, exigindo de quem perdoa o exercício da *economia da dádiva*<sup>290</sup>. Ainda assim, o perdão não visa a apagar a memória, mas antes extirpar a dívida, o que não se afiniza com a idéia de esquecimento.

Com fulcro no pensamento de Ricoeur, o dever de memória<sup>291</sup> encontra-se numa dimensão ético-política, mas, neste mister, é preciso atentar cuidadosamente para o potencial de manipulação.

Para o filósofo francês, a memória é vetor resultante de uma ideologia dominante, sendo, desse modo, manipulada no plano discursivo, pelas técnicas retóricas, persuasivas e sofistas. E é pela via da história oficial que é formada a consciência histórica e, por conseguinte, a identidade coletiva.

Torna-se assim possível vincular os abusos expressos da memória aos efeitos de distorção que dependem do nível fenomenal da ideologia.

<sup>287</sup> RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução: Alain François. Campinas: Editora da Unicamp, 2007, p.82.

<sup>288</sup> *Idem*. **O Justo 1: A justiça como regra moral e como instituição**. Tradução: Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.195.

<sup>289</sup> *Ibidem*, p.196.

<sup>290</sup> *Ibidem*, p.196.

<sup>291</sup> RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução: Alain François. Campinas: Editora da Unicamp, 2007, p. 83.

Nesse nível aparente, a memória imposta está armada por uma história ela mesma "autorizada", a história oficial, a história aprendida e celebrada publicamente. De fato, uma memória exercida é, no plano institucional, uma memória ensinada; a memorização forçada encontra-se assim arrolada em benefício da rememoração das peripécias da história comum tidas como os acontecimentos fundadores da identidade comum. O fechamento da narrativa é assim posto a serviço do fechamento identitário da comunidade. História ensinada, história aprendida, mas também história celebrada. À memorização forçada somam-se as comemorações convencionadas. Um pacto temível se estabelece assim entre rememoração, memorização e comemoração.<sup>292</sup>

Disso, se extrai que o dever de memória, está umbilicalmente vinculado a uma hermenêutica da condição histórica.<sup>293</sup>

É importante pontuar que tal dever de memória se confunde com a própria idéia de justiça, constitui a contabilidade de uma dívida e almeja o seu adimplemento, vale dizer a quitação desse débito.

É a relação do dever de memória com a idéia de justiça que se deve questionar. Primeiro elemento de resposta: é preciso primeiro lembrar que, entre todas as virtudes, a da justiça é a que, por excelência e por constituição, é voltada para outrem. Pode-se até dizer que a justiça constitui o componente de alteridade de todas as virtudes que ela arranca do curto-circuito entre si mesmo e si mesmo. O dever de memória é o dever de fazer justiça, pela lembrança, a um outro que não o si. Segundo elemento de resposta: é chegado o momento de recorrer a um conceito novo, o de dívida, que é importante não confinar no de culpabilidade. A idéia de dívida é inseparável da de herança. Somos devedores de parte do que somos aos que nos precederam. O dever de memória não se limita a guardar o lastro material, escrito ou outro, dos fatos acabados, mas entretém o sentimento de dever a outros, dos quais diremos mais adiante que não são mais, mas já foram. Pagar a dívida, diremos, mas também submeter a herança a inventário. Terceiro elemento de resposta: dentre esses outros com quem estamos endividados, uma prioridade moral cabe às vítimas. Acima, Todorov advertia contra a propensão a se proclamar vítima e exigir incessantemente reparação. Ele estava certo. A vítima em questão aqui é a vítima outra, outra que não nós.<sup>294</sup>

O dever de memória, portanto, como imperativo justo, ultrapassa os desígnios do conhecimento histórico, para representar, também uma exigência moral.

<sup>292</sup> RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução: Alain François. Campinas: Editora da Unicamp, 2007, p. 98.

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>294</sup> *Ibidem*, p. 101-102.



Observados esses aspectos da construção do direito, notadamente a importância seminal da historicidade para este edifício, as lições do pensador ibérico Rui Cunha Martins<sup>295</sup>, especialmente pelo fato de termos vivido um período autocrático recentemente (1964-1985), são de preciosa valia.

O filósofo de Coimbra afirma que tanto a autocracia quanto a democracia são formadas por uma complexa e plural combinação de ideologias e fatores empíricos testados historicamente, pertencentes de maneira dinâmica a ambos os sistemas. Por vezes, um conjunto de práticas ditatoriais é incorporado pela a democracia, em virtude da própria continuidade histórica que não comporta mudanças abruptas, o que confere uma inexorável contaminação do sistema substituído pelo substituído.

Faço, pois minha a tese de Geraldo Prado em publicação sobre as interceptações telefônicas: “a tese central deste trabalho é que não há diferença alguma, de ordem prática ou axiológica, entre interceptações telefônicas clandestinas, adotadas pelas forças de segurança que serviram às ditaduras militares do continente, e interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, executadas por período significativo e além (e fora) de qualquer controle real, independentemente da intenção daqueles que autorizam e ratificam tais medidas e do seu comprometimento formal com o Estado de direito”. E não há, com efeito, diferença alguma. Nenhuma demarcação de sentido separa as duas situações. A fronteira entre ditadura e democracia não é dada pela sucessividade do tempo histórico, desenha-se nas práticas, isto é, nas decisões políticas.<sup>296</sup>

Em que pese a revisão da anistia não tenha sido objeto dessa pesquisa, merecem nota os modelos de Comissão da Verdade argentino, responsável por punir mais de duzentos criminosos do seu período ditatorial, do Chile, que já identificou os autores dos delitos, e busca a punição e, do Uruguai, que, recentemente revogou a sua lei de anistia<sup>297</sup>.

No que tange ao acesso aos arquivos do recente período autocrático latino-americano, dentre os países que possuem, em seus ordenamentos, regulamentação, estão: México (2002), Guatemala (2008), El Salvador (2011), Honduras (2006), Nicarágua (2007), Panamá (2000), República Dominicana (2004), Colômbia (1985), Equador (2004), Peru

---

<sup>295</sup> MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.105-106.

<sup>296</sup> *Ibidem*, p.114.

<sup>297</sup> MARTINS, Andréia. **Punição para crimes da ditadura e reparação às vítimas ainda são lacunas abertas no Brasil**. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/internacional/2011/11/13/crimes-na-ditadura-punicoes-e-reparacao-sao-os-principais-atrasos-do-brasil.jhtm>. Acesso: 01.12.2011.

(2002), Chile (2009), Uruguai (promulgada em 2008 e regulamentada em 2010) e Brasil (2011).<sup>298</sup> Portanto, conclui-se que o Brasil é retardatário no processo de afirmação histórica do direito à memória, e, por isso, deve efetivá-lo com a máxima brevidade.

Ao nosso sentir, é precisamente a consciência histórica, o respeito e a realização do direito à memória, pela via do resgate da história para a formação da identidade coletiva em moldes fidedignos, que oportunizam a percepção das ações antidemocráticas que convivem irrefletidamente nas democracias e a conseqüente minimização destas, haja vista que o *horizonte interpretativo* e a *pré-compreensão* do hermeneuta, assim, não restam mais obnubiladas.

---

<sup>298</sup> Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/complementos-materias/mapa-lei-de-acesso-informacao-america-do-sul/mapa-lei-de-acesso-informacao-america-do-sul.swf>>. Acesso em: 30 nov. 2011.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil precisa dar uma resposta eficiente ao gravíssimo problema da prática de tortura e homicídio por agentes estatais, ocultada por todos esses anos. Os trabalhos das Comissões da Verdade, em vários países da América Latina, cumpriram este desiderato.

Este trabalho não propôs a revisão da Anistia, mas sim, o não *apagamento* desses fatos, posto que tal situação deforma o horizonte presente do país e, por conseguinte a própria efetivação dos direitos humanos fundamentais que, conforme sabido, são resultados de um acúmulo histórico progressivo que não comporta retrocessos.

No Brasil, percebe-se uma evolução legislativa, no tocante à reparação às vítimas e à apresentação de arquivos, no entanto, ainda há muito por fazer, especialmente no que diz respeito à construção da identidade nacional, pela via do desvelamento da real história do país.

Ainda que um ordenamento jurídico, pela cega obediência às suas normas infra-constitucionais, não comportem a materialização de um direito justo, à luz das diretivas do pós-positivismo jurídico, não podemos conceber a permanência de valores incompatíveis com o catálogo de *topoi*, de uma dada comunidade, posto que a *ratio essendi* do direito é esta mesma sociedade.

Ademais, o discurso jurídico-político acerca do regime militar de 1964-1985 precisar ser legítimo, alcançando, portanto, a adesão do auditório (cidadãos brasileiros), pela via do convencimento, que é intermediado pela razão e, principalmente pela verdade.

O direito à memória, assim, é um direito fundamental implícito, decorrente da hermenêutica dos princípios da dignidade da pessoa humana, republicano, e democrático. Além disso, imperioso à efetividade do direito à memória, é o cumprimento

do dever estatal de informação, albergado, no sistema jurídico brasileiro, respaldado pelas esferas constitucional e infraconstitucional.

Com efeito, o respeito aos ditames relativos ao direito à memória materializa o princípio da publicidade, primordial no trato com a coisa pública.

Por intermédio da técnica da ponderação de bens interesses, é possível depreender que a colisão principiológica entre os valores segurança-soberania e república-democracia, no que toca à apresentação dos arquivos relativos ao período nacional de 1964-1965, é solvida, pois a publicização desses documentos passa pelos crivos da idoneidade (já que efetiva os princípios da dignidade da pessoa humana, republicano, democrático e o direito à informação), imprescindibilidade (posto que, constitui única medida apta à construção, fiel à verdade, da história pátria) e razoabilidade (tendo em vista que o tempo fez decair, praticamente a necessidade de manutenção de qualquer sigilo) .

As recentes normas, incorporadas à ordem jurídica pátria, no mês de novembro de 2011, quais sejam, a Lei 12.527 e a Lei 12.528, constituem avanços importantes, mas é cabe frisar que, consoante orientação pós-positivista, no entrecchoque de mandamentos realizadores e restritivos dos direitos fundamentais, os primeiros devem prevalecer, a fim de que a lídima justiça seja alçada ao patamar devido.

Importante pontuar que a realização do direito à memória é incompatível com a idéia de apagamento ou *amnésia institucional*.

A cura para as feridas e mágoas passa, necessariamente, pela realização conjugada dos trabalhos de *lembrança* e de *luto*.

Lembrar é condição para o luto, que constitui o processo de substituição, paulatina de imagens ruins por um quadro mais ameno. O Estado brasileiro precisa resolver, definitivamente, o problema das violações a direitos fundamentais encobertas, e saldar a dívida histórica para com a sociedade, prestando contas daquilo que de fato ocorreu.

A finalidade de qualquer lei de anistia é o perdão, mas é impossível perdoar aquilo que não é conhecido. Desse modo, a apresentação, imediata, dos arquivos da recente ditadura militar brasileira, constitui respeito ao procedimento necessário à concretização do direito fundamental à memória.

Desse modo, a consciência histórica, realiza o direito à memória, uma vez que, ao promover o resgate da história, forma a identidade coletiva com fidedignidade.

Por fim, cumpre observar que a historicidade real consubstancia uma oportunidade reflexiva, por intermédio do autoconhecimento coletivo e, conseqüentemente a percepção das ações inadequadas à ambiência histórico-cultural, *v.g.*, práticas autoritárias sob a égide de um regime democrático, haja vista que confere transparência ao horizonte pré-compreensivo do intérprete, fazendo emergir à *presença*, aquilo que deve ser expurgado.

## REFERÊNCIAS

AGUIRRE, J. M. **Pensar com Gadamer e Habermas**. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*, tomo LVI, julho/dez., Faculdade de Filosofia de Braga, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales** (Título original : “Theorie der Grundrechte”). Tercera reimpressão. Madrid: Centro de Estudios. Políticos y Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso. Malheiros: São Paulo, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático**. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Renovar / FGV, v. 217, p. 55-66, jul / set. 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2005.

**Análise do Projeto de Lei de Acesso à Informação Pública**. Artigo 19 Brasil: Campanha Global pela Liberdade de Expressão. São Paulo: Jaraguá, junho de 2009. Disponível em: <[www.artigo19.org](http://www.artigo19.org)>. Acesso em: 28 out. 2011.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

\_\_\_\_\_. **Retórica das paixões**. Prefácio: Michael MEYER. Introdução, notas e tradução do grego: Isis Borges B. da FONSECA. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Edição Bilingue Grego-Português.

ARNS, Paulo Evaristo. **Brasil Nunca Mais: um relato para a história**. Projeto Brasil: Nunca Mais. 36 ed., Vozes, 1996.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: Teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. In: *Revista de Direito Administrativo*, 215, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BICUDO, Hélio; PIOVESAN, Flávia. **Direito à verdade e à justiça**. Disponível em: <http://www.torturanuncamais-rj.org.br/artigos.asp?Codartigo=38&Pesq=> Acesso em 03 de maio de 2010.

BICUDO, Hélio. **A questão do sigilo dos arquivos**. <http://dhnet.org.br/dados/campanhas>. Acesso em: 04/05/2010.

BLEICHER, Joseph. **Hermenêutica Contemporânea**. Lisboa: Edições 70, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Ediouro, 1996. Título original: Eguaglianza e Libertà.

\_\_\_\_\_. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

\_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_, **Estado, Governo, Sociedade**, trad. Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

\_\_\_\_\_. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. **Entre duas Repúblicas: As origens da democracia italiana**. Tradução: Mabel Malheiros Bellati. Brasília: UNB, 2001.

\_\_\_\_\_. **Nem com Marx, nem contra Marx**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariane Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2008.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)**. Brasília: SEDH, Paraná, 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.424/RS**, voto do Min. Gilmar Mendes.

BUFF, Luci. **Tempo de perdão?**. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.) *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas. **Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy**. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 14, n. 54, jan-mar 2006, Coord. Maria Garcia. São Paulo: Revistas dos Tribunais.

CAMARGO, Maria Margarida Lacombe Camargo. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina: 1998.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma Teoria Dialógica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CERQUEIRA, Nelson. **Hermenêutica e Literatura**. Tradução de Yvenio Azevedo. Salvador-Bahia: Cara, 2003.

CHIOZZINI, Daniel. **Memória é Matéria-Prima do trabalho do Historiador**. In: *Direito à memória e à verdade*. Coletânea de Subsídios I: Reportagens, Depoimentos e outros. Brasília: junho de 2007.

CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antônio. **Sobre o Princípio Republicano**. NEJ, Vol. 13, n. 01, jan-jun 2008. Disponível em: [www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1226/1029](http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1226/1029). Acesso em: 06 out. 2011.

COMISION DE DERECHOS HUMANOS – OEA Relatoria para la libertad de expresion **Derecho a la verdad**. Disponível em: [www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=156&IID=](http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=156&IID=) Acesso 20/06/2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo. Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

\_\_\_\_\_. **A verdade republicana**. São Paulo, Dezembro/2004. Disponível em: [http://dhnet.org.br/dados/campanhas/a\\_pdf/mndh\\_coletanea\\_01.pdf](http://dhnet.org.br/dados/campanhas/a_pdf/mndh_coletanea_01.pdf). Acesso em: 10.05.2010.

COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica e la ciência del derecho**. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2011.



CUNHA, Paulo Ferreira da. **Princípio Republicano e Virtudes Republicanas**. Disponível em: <http://www.fieo.br/edifio/index.php/rmd/article/viewFile/240/310>. Acesso em 01/06/2009.

CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antônio. **Sobre o Princípio Republicano**. NEJ, Vol. 13, n. 01, jan-jun 2008. Disponível em: [www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1226/1029](http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1226/1029). Acesso em: 06 out. 2011.

DESCARTES, René **Regras para direção do espírito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, R. M. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

**Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos / Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos** - Brasília : Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007

ECO, Umberto. **Interpretação e Superinterpretação**. 1. ed., 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1977.

FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra. **Direitos Humanos e Memórias**, Disponível em: [http://www.redhbrasil.net/documentos/biblioteca\\_on\\_line/modulo1/8.dh\\_e\\_memorias\\_lucia\\_guerra.pdf](http://www.redhbrasil.net/documentos/biblioteca_on_line/modulo1/8.dh_e_memorias_lucia_guerra.pdf). Acesso em: 20 out. 2011.

\_\_\_\_\_. **Memória e educação em direitos humanos**. In: Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/10\\_cap\\_2\\_artigo\\_02.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/10_cap_2_artigo_02.pdf). Acesso em: 01.10.2011.

FERNANDES, Ananda Simões. **A reformulação da Doutrina de Segurança Nacional pela Escola Superior de Guerra no Brasil: a geopolítica de Golbery do Couto e Silva**. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/antiteses/article/view/2668>. Acesso em: 25 out. 2011.

GADAMER, H. G. **Verdade e método**, 4ª ed., tr. Flávio P. Meurer. Petrópolis: Vozes, 2002.

GASPARI, Hélio. **Ditadura Envergonhada**. Companhia das Letras. São Paulo, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009

\_\_\_\_\_. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4.<sup>a</sup> ed. Malheiros. São Paulo. 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. **Conhecimento e interesse**. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la Acción Comunicativa: complementos y estudios previos**. Madrid: Catedra, 1997.

\_\_\_\_\_. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução: Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

JUNQUEIRA, Bráulio. **Ignomínia aos princípios democrático e republicano**. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional- RBDC n. 10, jul-dez 2007. Disponível em: <[www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-481-Braulio\\_Junqueira.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-481-Braulio_Junqueira.pdf)> Acesso em: 06 out. 2011.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2002.

\_\_\_\_\_. **A crítica da razão prática**. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KLAUTAU FILHO, Paulo. **O Direito à verdade, a Lei 11.111/2005 e os gastos com cartões corporativos**. Disponível em <<http://tj.pa.gov.br/esm/artigos/direito-verdade-gastos-cartoes-corporativos.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2011.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 7<sup>a</sup> ed. Trad.: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva.

LOCKE, John. **An essay concerning human understanding and a treatise on the conduct of the understanding**. Pittsburgh: C.H. Kay, 1847. p. 446.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Andréia. **Punição para crimes da ditadura e reparação às vítimas ainda são lacunas abertas no Brasil**. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultimas->

noticias/internacional/2011/11/13/ crimes-na-ditadura-punicoes-e-reparacao-sao-os-principais-atrasos-do-brasil.jhtm. Acesso: 01.12.2011.

MASSEI, Roberto. **Do direito à memória**. Disponível em: <http://avesso.net/memoria.htm>. Acesso em 18 out. 2011.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópic e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. São Paulo: Ibrasa, 1964.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da Argumentação jurídica e Nova Retórica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MOREIRA, Fernanda Machado. **O Arcabouço Normativo no Período da Ditadura Militar no Brasil: do Golpe de 1964 à Constituição de 1988**. In: SÁ, Fernando; MUNTEAL, Oswaldo; MARTINS, Paulo Emílio (Coord.) Os advogados e a ditadura de 1964: a defesa dos perseguidos políticos no Brasil. Petrópolis: Vozes; Rio de Janeiro: PUC-Rio.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito à memória e reparação: da inclusão jurídica das pessoas perseguidas e torturadas na ditadura militar brasileira. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 17, n. 67, abr/jun 2009. Coord. Maria Garcia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Filosofia da Política Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 2006.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**; Tradução Maria Ermantina Galvão. – São Paulo: Martins Fontes, 1996.

\_\_\_\_\_. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Virgínia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: Memória, verdade e justiça**. Teoria e Debate nº 87 - março/abril 2010. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/editora/teoria-e-debate/direitos-humanos-memoria-verdade-e-justica>>. Acesso em: 20 out. 2011.

\_\_\_\_\_. **Desarquivando o Brasil**. Disponível em: <http://dhnet.org.br/dados>. Acesso em: 04/05/2010.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RICOEUR, Paul. **O Justo 1: A justiça como regra moral e como instituição**. Tradução: Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008

\_\_\_\_\_. **O perdão pode curar?** Tradução: José Rosa. In: *Esprit*, nº210, 1995.

\_\_\_\_\_. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução: Alain François. Campinas: Editora da Unicamp, 2007.

ROBLES, Gregorio. **O Direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do Direito**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação jurídica: Técnicas de persuasão e lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 1ª ed, São Paulo: Edipro, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Fundamentais e suas características**. In: *Revista dos Tribunais*. Ano 07, n. 29, out.-dez. 1999. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Coord. Maria Garcia. São Paulo: Revistas dos Tribunais.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de Justiça em Kant – Seu fundamento na liberdade e na igualdade**. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

SAMPAIO, Marcos. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais**. Revista do Curso de Direito da UNIFACS- Universidade Salvador, n. 11. *Artigos do Corpo Docente*. Porto Alegre: Síntese, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente – Contra o Desperdício da Experiência. Para Um Novo Senso Comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 2. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9.ed. Porto alegre: Livraria do advogado, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente – Contra o Desperdício da Experiência. Para Um Novo Senso Comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 2. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

\_\_\_\_\_. **Um discurso sobre as ciências**. 13ª ed. São Paulo: Cortez, 2003.

\_\_\_\_\_. **Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisitado.** São Paulo: Cortez, 2004.

\_\_\_\_\_. **A universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade.** São Paulo: Cortez, 2004.

SIQUEIRA, Paulo Hamilton Júnior; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania.** 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Democracia e Direitos Fundamentais.** *In:* Direitos Humanos e Democracia. Coord. Clémerson Merlin Cléve, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Coutinho Pagliarini. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.369.

SOARES, Inês Virgínia Prado; QUINALHA, Renan Honório. **Lugares de memória no cenário brasileiro da justiça de transição.** *In:* Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 11, Disponível em: <http://reid.org.br/?CONT=00000263>. Acesso em: 12.11.2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo.** São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Reflexões sobre o Poder e o Direito: A Tensão entre o Controle e a Liberdade.** Revista do Instituto dos Advogados da Bahia, 177, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** 9ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, André; AGRA, Walber de Moura. **Justiça Reparadora no Brasil.** *In:* SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.) Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TELES, Janaína de Almeida. **A abertura dos arquivos da ditadura militar e a luta dos familiares de mortos e desaparecidos políticos no Brasil.** Debate: Direito, Censura e Imprensa após a vigência da Constituição Federal de 1988, evento promovido pelo Curso de Direito do Centro Universitário Nove de Julho-UNINOVE, que ocorreu no anfiteatro Unidade Vila Maria, em 7 de fevereiro de 2006.

TOULMIN, Stephen E. **The uses of argument**. Cambridge Universit Press, 2003.

TRINDADE, Ana Carolina. **Os requisitos balizadores das restrições aos direitos fundamentais**. *In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Homenagem ao Prof. Mário de Figueiredo Barbosa, nº. 19. Salvador: EDUFBA, 2009.2.*

UNTURA, Marcos Neto. **Ideologia da Segurança Nacional no Brasil durante a ditadura militar – uma análise a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dos anos de 1968 e 1969**. Disponível em:  
<[http://www.sbdp.org.br/ver\\_monografia.php?idMono=17](http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=17)>. Acesso em: 20 out. 2011.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. O Direito Constitucional à moradia, no contexto dos direitos sociais e econômicos. *In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Homenagem ao Prof. Mário de Figueiredo Barbosa, nº. 19. Salvador: EDUFBA, 2009.2.*

WEICHERT, Marlon Alberto. O direito à verdade e os arquivos sigilosos. *In: Direito à memória e à verdade*. Coletânea de Subsídios I: Reportagens, Depoimentos e outros. Brasília: junho de 2007.