

Crime de tortura como ato de improbidade administrativa: uma questão de juridicidade

Crime of torture as an act of administrative improbity: a matter of juridicity

Rafael dos Reis Aguiar*

Resumo: O trabalho tem por objeto a análise a configuração dos crimes de tortura previstos na Lei n.º 9.455/1997 como ato de improbidade administrativa disposto na Lei n.º 8.429/1992 quando cometidos por agentes públicos. Para tanto, utilizar-se-á de estudo de caso de julgado do Superior Tribunal de Justiça, o Recurso Especial n.º 1.081.743-MG, de 24/03/2015, para elaborar uma reflexão em torno do projeto constitucional inaugurado com a Constituição de 1988 no comportamento institucional dos agentes públicos a partir de um paradigma de direito administrativo democrático. A hipótese que se levanta e que buscar-se-á comprovar é que a prática de tortura, especialmente quando realizada por agentes públicos, nega a ordem jurídica constituída sob a égide do Estado Democrático de Direito. O estado de antijuridicidade é aquele no qual, em determinado espaço há ausência de normatividades, o que viabilizaria comportamentos desumanos, sendo impossível a compatibilização estatal com práticas que negariam sua própria existência. Nesse viés a prática do crime de tortura atentaria contra a autoridade jurídico-moral do ordenamento constitucional-democrático por exercer uma prática que o nega enquanto conquista civilizacional da modernidade ocidental.

Palavras-chave: improbidade administrativa, juridicidade, tortura.

Abstract: The purpose of the work is to analyze the configuration of the crimes of torture provided for in Law No. 9,455 / 1997 as an act of administrative improbity provided for in Law No. 8,429 / 1992 when committed by public agents. For this purpose, the Superior Court of Justice's case decision, Special Appeal 1.081.743-MG, of 03/24/2015, will be used to elaborate a reflection on the constitutional project inaugurated with the 1988 Constitution in the institutional behavior of public agents from a democratic administrative law paradigm. The hypothesis that is raised and that will be sought to prove is that the practice of torture, especially when carried out by public agents, denies the legal order constituted under the aegis of the Democratic State of Law. The state of anti-legality is one in which, in a given space, there is an absence of normativity, which would make inhumane behavior feasible, making state compatibility with practices that would deny its own existence impossible. In this bias, the practice of the crime of torture would undermine the legal-moral authority of the constitutional-democratic order for exercising a practice that denies it as a civilizational achievement of Western modernity.

Keywords: Administrative improbity, juridicity, torture.

Recebido em: 05/02/2021
Aprovado em: 17/03/2021

Como citar este artigo:
AGUIAR, Rafael dos Reis.
Crime de tortura como ato de
improbidade administrativa:
uma questão de juridicidade.
Revista da Defensoria Pública
do Distrito Federal, Brasília,
vol. 3, n. 1, 2021, p. 17-43.

* Doutorando em "Direito,
Estado e Constituição" pelo
Programa de Pós-graduação
em Direito da Universidade
de Brasília. Mestre em Direito
pelo Programa de Pós-
graduação em Direito "Novos
Direitos, Novos Sujeitos" da
Universidade Federal de Ouro
Preto (2020). Especialista em
Epistemologías del Sur pelo
Centro de Estudios
Sociales/CES e Consejo
Latinoamericano de Ciencias
Sociales/CLACSO.
Especialista em Direito
Público (PUC Minas/2019).
Professor e analista
acadêmico da Graduação em
Direito no Instituto Brasileiro
de Pesquisa e
Desenvolvimento (IDP),
advogado publicista e
consultor em diversidades.

Introdução: uma breve sociologia da tortura como prática de Estado

Trabalhar academicamente com temas históricos é, primordialmente, compreendê-los em constante disputa em torno dos seus sentidos reais e desconfiar todas as vezes que uma solução fácil pode ser dada para um problema. Desconfiar especialmente quando tal problema envolve lutas histórico-políticas cujo produto cognitivo ainda se encontra em processo de elaboração por parte de todos os agentes¹ que dele participaram. Quando atravessados por violências, outra importante variável vem à tona: o estabelecimento dos agentes em posições de vítimas e algozes. Tais conceitos, por mais claros que possam *prima facie* parecer também se encontram em disputa por sentidos.

Para fins do presente trabalho, o processo histórico que buscar-se-á traduzir para fins de elaboração de esforço teórico é a prática de tortura por parte dos agentes do Estado brasileiro como uma política estatal que perdura através do tempo, atingindo a história democrática como um chute no estômago em meio à pancadaria incessante à História que atualmente se vê questionada por outros golpes que, cada um à sua maneira, tentar reduzir, negar, revisar de forma romântica, os horrores cotidianos promovidos pelas práticas sistemáticas e generalizadas de direitos humanos perpetradas pelos agentes civis e públicos alinhados ao regime civil-militar.

Instaurado após um Golpe de Estado em 1964, a ditadura tem até hoje seus sentidos disputados. Contudo, nenhum sentido que negue seus horrores comprovados através de investigações científicas metodologicamente inatingíveis pode ser possível de ser levado em conta como uma possibilidade a ser levada em consideração pelo seu caráter de revitimização àqueles conhecidos e desconhecidos que sofreram medidas autoritárias administrativo-legais e físico-morais por agentes alinhados ao projeto golpista que ilegítimamente depôs João Goulart, o “Jango”, de seu cargo eleito pelo voto democrático.

Feita tal elaboração em torno da impossibilidade de disputas por sentidos negarem violências já investigadas e comprovadas, a análise desse trabalho caminhará por identificar a prática do crime de tortura como uma prática cotidiana dos aparelhos repressivos de Estado, especialmente os órgãos policiais. Apesar de considerá-lo como cotidiano, jamais se pretenderá

¹ Para os fins do presente trabalho serão considerados agentes aqueles agentes públicos nos termos definidos pelo art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa, qual seja: “Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”

tratá-lo de forma naturalizada. O crime de tortura é um crime cujo produto final é imensurável na vida das suas vítimas, pois ele vai além da carne torcida, electrocutada, rasgada, violada.

O produto do crime de tortura vai além do corpo torturado, de suas pernas, mãos, genitálias. O produto do crime de tortura vai além da subjetividade torturada, reiteradamente submetida à frieza do processo de desumanização física e simbólica. O crime de tortura atinge mais que o corpo-subjetividade torturado: ele atinge as mães, pais, irmãos, filhos, amigos do corpo-sujeito reduzido à pré-humanidade que, com sorte, conviverão com os destroços dessa prática incumbindo-lhes de remontar, através de um longo processo de luto, rememoração e afeto, a condição básica daquele corpo-sujeito torturado.

A prática institucionalizada do crime de tortura no Brasil antecede o período da ditadura de 1964-1985. Contudo, para os fins do presente trabalho, compreender-se-á que nesse período houve um recrudescimento dessa prática estatal que utilizava da violência da tortura para fins de intimidação, forjar depoimentos e confissões e justificativa para práticas de outros crimes, como o crime de homicídio e desaparecimento forçado.

Conforme elabora o importante relatório do projeto “Brasil: Nunca Mais” (ARNS, 2014, p. 30), a prática do crime de tortura foi capturada pelo discurso científico para pervertê-la, sob o simulacro das metodologias científicas, de prática corriqueira no cotidiano policial. A tortura passou a possuir uma técnica cientificamente elaborada e ensinada nas academias policiais de todo o Brasil durante o regime. Por tal razão, afirma-se que a tortura era uma prática institucionalizada, pois era ensinada de forma naturalizada nos cursos de formação de militares durante a ditadura:

Do abuso cometido pelos interrogadores sobre o preso, a tortura no Brasil passou, com o Regime Militar, à condição de ‘método científico’, incluído em currículos de formação de militares. O ensino deste método de arranca confissões e informações não era meramente teórico. Era prático, com pessoas realmente torturadas, servindo de cobaias neste macabro aprendizado. (ARNS, 2014, p. 30)

Tal prática horrenda não apareceu sem lastro no país. Sabe-se que as táticas da “ciência da tortura” chegaram ao país pelo torturador e policial norte-americano Dan Mitrioni que, em sua temporada em Belo Horizonte, utilizou de moradores de rua para sua pedagogia desumana com a policial local. É sabido que os Estados Unidos da América (EUA) era país pioneiro nas escolas de tortura pelo mundo.

Grandes apoiadores dos golpes estatais latino-americanos, os EUA tinham interesse explícito na dominação geopolítica do continente americano após o sucesso da Revolução Cubana

(1953-1959) que destituiu o ditador Fulgêncio Batista e se insurgiu contra o imperialismo norte-americano tendo como protagonistas certas lideranças populares como Fidel Castro e Ernesto "Che" Guevara.

As propagandas anticomunistas e as representações abjetas dos dissidentes políticos também têm suas origens na própria propaganda anticomunista norte-americana durante tal período compreendido como Guerra Fria (1962–1979). O interesse na manutenção da geopolítica imperial norte-americana incluiu também a produção de agentes internos nos países controlados para perpetuarem a sua chamada “ideologia de segurança nacional” que, marcada por uma retórica de depuração político-moral dos países em ameaça dos subversivos políticos, passou a ocupar o centro das práticas policiais e político-jurídicas no Brasil. Tais preceitos foram diretamente transmitidos pelos militares-torturadores norte-americanos a fim de ampliar ainda mais a sua capilarização industrial-capitalista:

(...) entre 1963 e 1964 o Brasil recebeu setenta e cinco milhões de dólares para o programa de treinamento policial e duzentos e seis milhões de dólares em ajuda militar. O treinamento dos militares brasileiros para capacitação em segurança interna compreendia operações e táticas de contraguerrilha; contra-insurreição; inteligência e contra-inteligência; inteligência de segurança pública; guerra psicológica; assuntos civis e governo militar; controle de distúrbios; e guerrilha na selva. As escolas militares norte-americanas haviam programado em 1961, 6.500 cursos para 5.200 militares oriundos da América Latina; em 1962 os cursos ofertados subiram para 7.000 a serem preenchidos por 5.600 alunos. Brasileiros civis também eram treinados diretamente pela CIA. Em 1965, já funcionava em Fort Hollybird uma escola de inteligência da CIA para funcionários de governos de países aliados. Funcionários brasileiros passaram por aquela escola, como reconhece o próprio governo brasileiro. (BRAGA, 2002, p. 59)

Métodos como o “pau-de-arara”, o “choque elétrico”, o “afogamento”, a “cadeira do dragão”, bem como o uso de “insetos e animais”, “produtos químicos” (ARNS, 2014, p. 32-38) e inúmeros outros métodos horrendos de obtenção de informações pela ditadura compunham o arsenal importado dos EUA e testado nos corpos de subversivos ao regime jurídico-político-moral brasileiros.

Tais corpos, por serem desviantes das normatividades hegemônicas construídas sobre parâmetros de gênero, raça, classe, religiosidade e outros marcadores sociais eram aqueles mais suscetíveis à destruição de seus corpos físicos e subjetivos por práticas institucionalizadas de desumanização proporcionadas pela tortura. Crianças, mulheres e gestantes também sofreram com a violência estatal da ditadura, o que denota que o interesse por trás desse método era, muito além

da vontade de saber, uma vontade de humilhar, de exercer um poder de disciplinarização não só corporal, mas também moral, político e social.

1. O direito e a tortura: da antijuridicidade antes da criminalização

A metodologia da tortura, diferentemente da pedagogia, voltava-se para a desaprendizagem das experiências humanas e uma regressão nos processos de construção das subjetividades que produziam novos serem disformes. Os corpos-sujeitos torturados deveriam ser incapazes de retornar ao *status quo ante* de sua existência física e moral. E assim, cotidianamente, os agentes da ditadura perpetravam os autoritarismos nos corpos que contestavam sua ilegalidade na intenção de que nunca mais tais vidas pudessem contestar coisa alguma na vida pública:

Não se tratava apenas de produzir, no corpo da vítima, uma dor que a fizesse entrar em conflito com o próprio espírito e pronunciar o discurso que, ao favorecer o desempenho do sistema repressivo, significasse a sentença condenatória. Justificada pela urgência de se obter informações, a tortura visava imprimir à vítima a destruição moral pela ruptura dos limites emocionais que se assentam sobre relações afetivas (ARNS, 2014, p. 41)

A profundidade do dano das práticas de tortura não pode ser estimada de forma fidedigna, pois os impactos das experiências de tal natureza variam de forma individual na construção e elaboração das memórias em torno do luto. O que se pode afirmar é que não de forma isolada, as pessoas que sobreviveram à tal forma de terror estatal lidam diariamente com os fantasmas das sessões de tortura nos porões de suas lembranças.

Levando tal fato em consideração que o projeto “Clínicas de Testemunho” foi criado em 2012 pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça a época a fim de oferecer infraestrutura para pessoas vítimas de violência política tanto da ditadura quanto da atualidade dita democrática a fim de que se permita às vítimas a reelaboração do trauma e seja viabilizada de alguma forma sua reintegração na sociedade: “(...) o processo veiculado pelas Clínicas do Testemunho propõe o resgate da dimensão coletiva da experiência e incide sobre formas sintomáticas de reconhecer-se como vítima da violência de Estado” (INDURSKY; CONTE, 2017, p. 158).

Na seção anterior foi apresentada uma breve sociologia da tortura a partir de contextualizações histórico-políticas localizadas. Nesta seção será trabalhada a localização jurídica do ato de torturar no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, o foco não será somente a sua localização no ordenamento jurídico positivado, ou seja, explicitado na literalidade de uma lei. Por

ordenamento jurídico brasileiro, pretender-se-á situar o Brasil inserido em uma sociedade global em que o Direito Internacional, especialmente o Direito Internacional dos Direitos Humanos, exerce influência direta no ordenamento jurídico pátrio.

A Lei n.º 9.455 somente adveio em 1997 para definir os crimes de tortura e suas especificidades. Contudo, ao ver do presente trabalho, o ato de torturar já constitui ato contra o ordenamento jurídico internacional pela natureza de sua violação. Existem normatividades no Direito Internacional que, para além do processo de ratificação de tratados e convenções internacionais, vinculam-se à ordem jurídica internacional pelo simples fato de se viver em uma sociedade global submetida à pressupostos civilizacionais modernos pós-Grandes Guerras Mundiais. As normas *jus cogens* são um exemplo dessas normatividades que submetem Estados à sua observância independente de ratificação de atos normativos concretos, codificados:

O "jus cogens" exprime valores éticos, que só se podem impor com força imperativa se forem absolutos e universais. Uma norma de "jus cogens" pode ser modificada por outra de mesma natureza, pois ele evolui em função das transformações da situação sócio-histórica da sociedade internacional e das modificações das concepções políticas, éticas, filosóficas e ideológicas. (FRIEDRICH, 2004, p. 99)

Dentre as formas compreendidas como *jus cogens* pelo Direito Internacional clássico, encontram-se aquelas “regras criadas com objetivo humanitário, porque surgem com vistas ao maior interesse da humanidade como um todo” bem como aquelas “(...) aquelas previstas na Carta da ONU e que proíbem o uso da força;” (FRIEDRICH, 2004, p. 100). Ora, a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) foi incorporada no Brasil pelo Decreto n.º 19.841, de 22 de Outubro de 1945, por Getúlio Vargas. Em seu escopo, a Carta da ONU transmite em cada dispositivo como fio condutor sua teleologia em prol de fundamentar uma nova ordem internacional democrática em resposta aos regimes nazi-fascistas genocidas dos anos anteriores.

A defesa dos direitos humanos, das liberdades fundamentais, a vedação de distinção por raça, classe, gênero, religião encontra-se no cerne dessa normatividade que, para além de um ato jurídico, constitui uma carta axiológica de princípios jurídico-morais que deveria ditar o comportamento inter-nações e o comportamento das nações com seus civis. Constituía-se aí, em 1945, a vinculação do Brasil à ordem jurídico-moral do Direito Internacional e, por decorrência lógica, ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, como se nota preambularmente no decreto que a promulga, a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte

Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, em razão da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas.

O ato de torturar, muito antes de ser repulsivo ao texto da Constituição Federal de 1988;² em seu artigo 5º, inciso III conjugado com o mandado de criminalização exposto ao inciso XLIII; e ser criminalizado pela Lei Federal n.º 9.455/1997, o ato de torturar já constituía uma ofensa à teleologia da ordem jurídico-moral internacional, traduzindo-se assim, antes de inconstitucional e ilegal, antijurídico.

Uma das grandes problemáticas que se erguem em torno do produto jurídico político da ditadura militar vai ao sentido de que tal amnésia institucional causada pela anistia *ampla, geral e irrestrita*³ teria obstado a realização de um trabalho de luto por parte da sociedade brasileira. Tal processo de luto social, em transições de regimes violentos para democracias, consiste em um momento de luto coletivo sobre esse momento histórico-político de perda de valores éticos e políticos por parte do Estado que persegue, violenta e mata seus próprios cidadãos.

A importância da realização de luto público, desse processo de rememoração para a superação de questões obscuras sobre o passado de um povo, é fundamental para que se constitua uma nação revigorada, com um estatuto jurídico-político depurado das estruturas autoritárias que viabilizaram a perpetração sistemática e generalizada de graves violações de direitos humanos. Nesse viés:

Nas ocasiões em que a sociedade se encontra em situação caótica ou vive sob o terror da falta de leis, seus critérios de legitimação são reavaliados e refeitos. Os momentos de luto coletivo, ou de transições de finalização de regimes violentos, correspondem a certas condições de anomia e caos, nas quais os sentimentos de dor e sofrimento são expressos por meio da cultura e suas transformações. (TELES, 2015, p. 20)

O caráter negociado da transição democrática não se deu exclusivamente aqui. Conforme se pode depreender da análise Relatório “Fortalecimento da Memória, Justiça e dos Direitos Humanos no Brasil e no Hemisfério Sul” (BRASIL, 2015), países como Argentina, Chile, Uruguai,

² Constituição Federal de 1988, art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...) XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

³ BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 28 agosto. 2019.

Equador e outros do Cone Sul tiveram seus momentos políticos de redemocratização condicionados a acordos com as ditaduras. Era o que se conseguia fazer com o que se tinha de poder de barganha e tal condição é compreensível. Os aparelhos repressivos estatais detinham um amplo instrumental que possibilitava o exercício de uma violência generalizada e sistemática tanto contra a resistência quanto a outros setores da sociedade civil.

O produto dessas negociações teve reflexos inclusive nas negociações e compromissos assumidos pelos governos democráticos posteriores. Determinados limites circunstanciais foram colocados na construção do projeto constitucional de 1988, como será trabalhado posteriormente. Todavia, o foco nesse momento deve ser a consequência desse esquecimento forçado, isento de apurações de fatos históricos, de responsabilizações e de reformas institucionais em prol da criação de mecanismos de não-repetição.

Restringiu-se a discussão dos terríveis ocorridos da ditadura à vida privada, absorvendo, enterrando no mundo do inconsciente coletivo do corpo social a revolta, a insegurança e as faltas dos entes queridos forçadamente desaparecidos pelos agentes estatais e civis aliados ao regime. Filhos ainda esperam a chegada de seus pais, pais de seus filhos, companheiros de seus amantes. Uma falta generalizada sufocada por uma irresponsabilidade política ocasionada pela premente necessidade de abertura política. O Direito, com sua violência ontológica, foi a ferramenta escolhida para provocar tal sufocamento ahistoricizante.

Consensos políticos, em regra, são instrumentos recorrentes em processos de reconciliação política. Contudo, devem-se olhar esses consensos, esses grandes acordos, tais soluções negociadas, com um olhar crítico, pois o dissenso é característica intrínseca aos regimes democráticos. As disputas entre os corpos políticos, a agonia advinda das insurgências de grupos, não é algo que se controla em democracias. Os pluralismos (políticos, jurídicos e culturais) são indissociáveis aos regimes democráticos e a história nos revela que normalmente decisões públicas consensuais são tomadas à custa de determinada coletividade silenciada que ou não teve acesso à discussão ou que, tendo acesso, foi silenciada em suas demandas por aqueles que detêm o capital político, e muitas vezes financeiro, para tanto.

Memória e sociedade se relacionam a partir do instante em que uma sociedade, olhando para sua própria história de lutas políticas decide, a partir da aprendizagem do seu passado, não repetir determinadas condutas, não tolerar das institucionalidades determinadas decisões. Nessa articulação o “Direito à Verdade Histórica” tem importância, afinal, um povo deve conhecer verdadeiramente sua história para aprender com ela e romper determinados ciclos viciosos que já

lhes foram prejudiciais. O silenciamento da memória e do luto públicos, nesse sentido, torna-se um grande inimigo da aprendizagem sócio-política democrática:

Um dos malefícios de um regime político consensual para o agir inovador é o silenciar da memória, pois tal limitação impede a criação dos valores democráticos e produz uma conformidade passiva das relações sociais com as instituições. O apagar de arestas e sobras das formas de subjetivação do agir público pode significar a manutenção de procedimentos de dominação autoritária, mantendo latente a tensão entre memória das violações de direitos humanos e o silenciamento imposto pela transição acordada. As partilhas e os desentendimentos da democracia tornam-se, por meio do consenso, a reificação de uma subjetividade não antagônica, marcada pela tentativa de esquecimento do que não se sabe ou do que não se quer falar. (TELES, 2015, p. 29)

A falta constante de algo que não se sabe o nome, a razão de ser ou até quando vai durar é a angústia que aqueles e aquelas que viveram no regime ditatorial vivem até hoje. Tendo em vista também o caráter psíquico das graves violações de direitos humanos e o reconhecimento de tal medida como reparação simbólica na condenação do Brasil no caso Gomes Lund⁴ pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, criaram-se Clínicas de Testemunhos, desde 2012, para auxiliar de alguma forma os processos de rememoração e luto das vítimas da ditadura buscando uma maior amplitude e efetividade da “Política Nacional de Promoção da Justiça de Transição e da Anistia Política”.⁵

Esse programa hoje se vê sucateado, tal como todas as demais políticas voltadas para efetivação dos Direitos Humanos no Brasil. Por uma razão que se pode especular, o Poder Executivo atual, o governo Bolsonaro, mostra-se temeroso quando confrontado com questões humanistas, pois tais direitos cumprem bem sua função de repelir regimes autoritários com pretensões ditatoriais.

Contudo, o autoritarismo institucional não se restringe à um governo ou outro. Evidentemente nota-se um recrudescimento de práticas autoritárias em governos de cunho mais próximos ao neoliberalismo, mas ressalta-se que o autoritarismo é um defeito estrutural arraigado no aparelho estatal cuja latência varia de acordo com o grau de democracia que o governo em exercício se compromete a cumprir.

⁴ Para acesso à íntegra da decisão vide: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=342&lang=es>. Acesso em: 27 ago. 2019.

⁵ Resolução n.º 1, de 20 de Abril de 2016. Ministério da Justiça/COMISSÃO DE ANISTIA. Publicado no D.O.U em: 22/04/2016, Edição: 76, Seção: 1, P. 78: "Estabelece as ações do programa de reparação e memória, que integram a política nacional de promoção da justiça de transição e da anistia política".

Tal ambiguidade se expressa no que posteriormente se compreenderia como um mecanismo jurídico para se assegurar a impunidade daqueles agentes estatais perpetradores de graves violações de direitos humanos no período. Tendo tal perspectiva em vista, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) impetrou, no Supremo Tribunal Federal, uma ação constitucional de controle concentrado de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental (doravante, ADPF) nº 153⁶, sob a relatoria do então ministro Eros Grau. Em síntese a ação versava sobre a primeira discussão pública na corte constitucional brasileira acerca das possibilidades de responsabilização criminal por crimes contra a humanidade dentre os anos 1964 a 1985, período correspondente ao regime ditatorial.

O Supremo Tribunal Federal, alinhando-se a essa longa cadeia de autoritarismos institucionais, por 07 votos a 02, compreendeu-se pela recepção da lei de anistia de 1979 pela ordem constitucional democrática inaugurada em 1988. No voto do relator, nota-se a prevalência de uma interpretação histórico-teleológica da anistia como o acordo político que, na transição entre o período ditatorial rumo à democracia, resultou na anistia de todos aqueles que cometeram crimes políticos e conexos a eles no Brasil entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Tal perspectiva se deu em detrimento daquela interpretação que se esperava a partir da função precípua da corte constitucional, qual seja, a interpretação conforme a Constituição.

Foi sob a justificativa de manutenção de uma solução pactuada, negociada, aparentemente consensual, que o STF sufocou inúmeras outras demandas sócio-políticas por Memória, Verdade e Justiça. Nesse sentido, é preciso analisar de forma crítica a atuação da corte constitucional. A reprodução da amnésia institucional e o sufocamento dos traumas oriundos da ditadura não podem ser vistos como consequências não avaliadas pelos 11 ministros.

É preciso situar o Tribunal dentro de toda uma estrutura institucional que conhece dos usos políticos da memória e faz parte de um projeto de Brasil que reiteradas vezes é dissonante do projeto constitucional de 1988. Nesse sentido, o papel do que deve ser lembrado e do que precisa ser esquecido é fundamental, afinal “a memória opera a partir de um processo seletivo e pode se tornar uma arma política para as vítimas de guerras e genocídios, em que o esquecimento estabeleceu sua hegemonia.” (ARAÚJO, SANTOS, 2007, p. 96).

Na decisão do STF, de forma bem pedestre, compreendeu-se a lei de anistia como uma necessidade histórica, um instrumento jurídico sem o qual o processo de redemocratização jamais

⁶ Para a íntegra do acórdão vide ADPF nº 153. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, impetrada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil/DF. Datada em 21/10/2010, julgada pelo Plenário do STF nos dias 28 e 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf>>. Consultada em 12/04/2019.

poderia ter se dado. Mas a decisão vai além: os Ministros compreenderam também pela conexão de determinados crimes de lesa humanidade aos crimes políticos anistiados, entendendo-os como prescritos inclusive no que tange à viabilidade de investigação e persecução penal. Iniciava aí o longo processo de revitimização daqueles que perderam pais, irmãos, companheiros para o regime ditatorial civil-militar.

2. Personalização na prestação de serviços públicos e ortodoxia econômica como racionalidade: a economia na resolução de problemas

Tal amnésia institucional causada pela anistia atingiu, para além das graves violações de direitos humanos perpetradas de forma sistemáticas e generalizadas, as estruturas estatais. A permanência do desenho institucional do organismo burocrático-autoritário ditatorial instituído pela reforma administrativa feita pelo Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967 na nova ordem democrático-republicana de 1988 tem seus impactos.

Nota o Prof. Gilberto Bercovici que a retórica cotidiana da ditadura no que tange à reestruturação do aparelho estatal deveria seguir uma “ortodoxia econômica”, por meio da qual se propôs uma racionalidade na reforma que girasse em torno da busca pela privatização, personalização das atividades da Administração Pública. A lógica era “obter que o setor público possa operar com a eficiência da empresa privada” (BERCOVICI, 2010, p. 82).

A privatização das relações de Direito Público pela reforma administrativa de 1967 instaurou nas relações entre Estado-cidadãos, ou seja, nas relações de cidadania, os ditames de uma ordem jurídico-moral de reificação das humanidades, através uma pessoalidade vil em que a burocracia atendia às suas próprias necessidades a partir não da legalidade, mas da vontade direcionada a um objetivo último, custando o que custar.

A economia e a legalidade na utilização da forma institucional para a solução de demandas, na reiterada busca pelo meio menos custoso à atividade estatal, passam a ser privilégio dos sócios, parceiros, financiadores do regime, em uma perversão da máxima atribuída popularmente a Maquiavel: "Aos amigos tudo! Aos inimigos, a lei", aos inimigos tudo, aos amigos, a lei. Nesse sentido, Marcelo Kokke identifica essa prática de pessoalização no exercício da lei como uma herança do coronelismo advindo da Primeira República. Ao ver do professor, alinhando ao proposto por Roberto da Matta em “Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro” (1997):

(...) o julgamento do outro em sua conduta não é segundo um papel universal, é sim segundo uma teia de relações sociais precisas, em que o compadrio social determina o julgamento. Sim, as práticas sociais brasileiras ensinaram a considerar ideias sociais e opiniões não pela ideia ou opinião em si, mas por sua posição diante de um sistema de necessária obediência ao compadrio de apoio mútuo na relação amigo ou inimigo. (KOKKE, 2017)

A personalização ou privatização no trato das atividades administrativas do Estado burocrático-autoritário atingiu tanto sua razão de governar, com as empresas públicas especulando nas bolsas de valores a atribuição individual de competência para as entidades exercerem controle sobre suas próprias atividades administrativas.

Órgãos de Controle Externo e os demais ditames sobre controle das empresas estatais restaram inertes na letra fria do Decreto-Lei n.º 200/1967: “o controle interno acabou sendo limitado na esfera puramente burocrática e às questões jurídico-formais” (BERCOVICI, 2010, p. 85-86), restando este centralizado e atribuindo autonomias particularizadas aos órgãos e entes públicos que, estimulados legalmente à “lógica empresarial como prática administrativa, estariam em choque e contradição com os interesses coletivos” (BERCOVICI, 2010, p. 87).

Com a sua amnésia institucional, para além do nível microfísico das relações da ditadura civil-militar com seus inúmeros crimes de lesa-humanidade, imprescritíveis pela natureza *jus cogens*, a anistia permitiu a manutenção das macroestruturas e dos desenhos institucionais do Estado burocrático-autoritário de 1967 no processo de transição rumo à democracia republicana gerida pelas lutas que em 1987 culminaram na sua inauguração em outubro de 1988.

A prática da tortura é altamente repulsiva em regimes democrático-republicanos pela sua natureza contrajurídica na resolução dos conflitos e dissensos sociais e políticos. A instauração de um estado territorial-contingencial, condicionado à conveniência e oportunidade de um agente público incumbido de resolver determinada demanda da forma mais rápida que ele puder utilizando-se das formas mais econômicas ao Estado possíveis, é, além de outras coisas, um convite à prática de tortura para realização da atividade administrativa estatal.

Essa racionalidade reproduzida nas relações Estado-cidadãos atinge diversas searas. Para fins do presente trabalho, mostra-se fundamental trazer o caso de uma institucionalidade parte do aparelho repressivo estatal, qual seja, a polícia.

A polícia, civil e militarizada no Brasil, atuou de forma pessoalizada no tratamento de questões referentes à segurança pública. Tal constatação permite caminhar da ditadura ao atual regime dito democrático para situar os agentes policiais ainda imersos em engrenagens de

violência política herdadas da ditadura civil-militar no Brasil. Sobre tal questão, afirma Anthony W. Pereira:

Um importante pilar da legalidade autoritária na era democrática é a polícia. No Brasil, apesar da transição para a democracia, a polícia, com grande frequência, age para proteger o status quo e o Estado em vez dos interesses dos cidadãos, concebido de forma ampla. Pressões sociais por mudanças algumas vezes produzem respostas conservadoras ao establishment político que incluem a repressão policial à oposição. Em alguns casos, a polícia recebe ordens diretas de políticos para encarregar-se da repressão, como quando o Governador do Pará ordenou ao Comandante da Polícia Militar que abrisse caminho em uma estrada, resultando no massacre de Eldorado dos Carajás, em 17 de abril de 1996, em que as forças policiais tiraram a vida de 19 trabalhadores rurais sem terra. Mais comumente a violência policial não é ordenada, mas sim tolerada pelos poderosos, uma vez que serve aos seus interesses. Assim, a polícia sustenta a legalidade autoritária tanto de maneira direta quanto indireta, promovendo a repressão violenta de movimentos oposicionistas quando assim demandadas pelas autoridades políticas, mas também valendo-se de sua autonomia para agir com violência contra os pobres, os marginalizados e outros grupos potencialmente rebeldes. (PEREIRA, 2015, p. 204)

A polícia, assim, ao ver do Prof. Anthony W. Pereira, funciona como um braço estatal das iniciativas particulares daqueles que detém capital político-econômico para mobilizar esse órgão em determinada direção. A legalidade autoritária funciona nessa dimensão: de fazer um uso autocrático dos aparelhos institucionalizados em favor de alguns interesses e em detrimentos de outros. Por tal razão, pode-ser afirmar que a ausência de depurações institucionais no Estado brasileiro, especialmente nos seus órgãos de controle repressivo, tende a reproduzir, em tempos democráticos, racionalidades autocráticas sobre dissidências daquelas vontades particulares que exigem soluções rentáveis de problemas muitas vezes complexos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, uma nova ordem jurídico-política democrática republicana foi instaurada e escolheu ter como paradigma para sua formatação e forma de atuação o Estado Democrático de Direito. Tal paradigma, para além de seus pressupostos liberais, exige uma observância não à estrita legalidade, tradicional às burocracias-autoritárias nas práticas com seus amigos, mas sim a observância de todo um corpo de normas, incluindo aqui princípios e regras, que compõem o organismo jurídico-político hodierno.

Nesse organismo inclui-se também o ordenamento jurídico internacional, com todas as suas normatividades jurídico-morais específicas, que passam a incidir diretamente nas práticas estatais a partir das previsões constitucionais-internacionais ao artigo 4.º, do texto ao estabelecer a observância necessária dos direitos humanos (inciso II), defesa da paz (inciso VI) e repúdio ao

terrorismo e ao racismo (VIII). A legalidade em um Estado Democrático de Direito não pode restringir-se à letra fria das leis e a atos normativos. A legalidade em regimes democráticos deve passar por um diálogo plural entre perspectivas jurídico-morais em torno da melhor construção de um projeto de nação democrática tal como a Constituição se impõe.

3. O crime de tortura no direito brasileiro: incidências a partir de um direito administrativo democrático-constitucional – Recurso especial 1.081.743-MG/2015

Pelo esforço teórico jusfilosófico e sociológico apresentado até então, evidencia-se que determinadas condutas não são toleráveis em regimes republicanos que erigiram como paradigma estatal o Estado Democrático de Direito. A tortura é o maior exemplo delas. Por tal razão, sua reprimenda é evidenciada em diversos atos normativos nacionais e internacionais.

Segundo a jurisprudência internacional, especialmente aquela emanada da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), compreende que as anistias políticas que, em regra, condicionam as transições de regimes autoritários para os democráticos, não podem constituir “autoanistias”, ou seja, um Estado não pode perdoar a si próprio, na pessoa de seus agentes por crimes cometidos durante o período de violência estatal. Nesse sentido, o Direito, para além da legalidade estrita, cumpre um papel com a produção dos novos projetos democráticos: um papel reconciliador sem revitimizações em que a justiça é um pressuposto inafastável da paz:

O Direito tem refutado o esquecimento para os crimes de tortura, pois: tortura não constitui crime político; a teoria e a dogmática jurídicas da conectividade dos delitos também não concedem espaço para anistiar tais crimes; aspectos políticos que não sejam explícitos na lei são irrelevantes na aplicação do Direito sob a ótica do princípio da independência do juiz; a melhor tradição ética sobre Nuremberg recusa a prescritibilidade e a anistia a crimes contra a Humanidade; a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos – à qual soberanamente aderimos e onde o Brasil hoje ainda é réu – não admite ‘autoanistia’. (ABRÃO, 2012, p. 175-176)

Justificada a repulsa jurídica à prática antijurídica e criminosa de tortura pelo ordenamento jurídico pátrio-internacional moderno ocidental, mostra-se fundamental trabalhar na hipótese e sua testagem no que diz respeito ao tratamento dado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em um caso de crime de tortura por agentes policiais julgado em 2015, em pelo regime democrático republicano.

O caso em voga consiste em um Recurso Especial (REsp) que alcançou a Segunda Turma do STJ, sob a relatoria do ministro Herman Benjamin, através de iniciativa do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG), que ajuizou Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa em face de quatro polícias civis vinculados à Polícia Civil do Estado de Minas Gerais que teriam, arbitrariamente, utilizando-se de meios violentos e de forma excessiva de suas autoridades, prisões ilegais, mantido as vítimas detidas por horas no chamado popularmente como “gaiolão” de viaturas policiais. A situação de ilegalidade só se interrompeu quando da chegada da Promotora de Justiça ao local.

Ajuizada a Ação Civil Pública, o juízo de primeiro grau compreendeu, em síntese, que a não observância dos tramites legais para a efetivação de detenções e prisões por parte dos agentes públicos consistiriam em uma clara violação dos pressupostos de moralidade administrativa disposto ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que impõe aos agentes públicos uma conduta proba, reta. Sobre tal princípio, a doutrina clássica o define como o dever de distinção entre o “Bem” e o “Mal” em torno da manutenção da ordem social:

(...) o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o Honesto do Desonesto. E ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético da sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo do injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. (MEIRELLES, 2013, p. 90).

O juízo de primeiro grau, nesse sentido, compreendeu que a conduta dos agentes públicos ao empreenderem as prisões sem o cumprimento dos pressupostos legais acarretaria inexoravelmente em ato que atenta contra os princípios da Administração Pública, afligindo frontalmente a moralidade administrativa, ato este tipificado ao art. 11 da Lei n.º 8429/92 como um dos atos de improbidade.

Os agentes públicos recorreram em face da sentença condenatória ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), tribunal tradicionalmente conhecido pelo seu conservadorismo majoritário e sua rara preocupação com os Direitos Humanos em sua prática jurisdicional cotidiana. O tribunal, pelo que se pode averiguar no acórdão, fez uma interpretação restrita das circunstâncias nos fatos compreendendo que, pelo fato da ação dos agentes públicos não ter como vítima diretamente a Administração Pública, mas somente particulares tal ato não poderia se encaixar nas hipóteses previstas na Lei de Improbidade Administrativa (LIA), conforme se pode averiguar pela ementa colacionada a seguir:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - ATO CONTRA PARTICULAR - CARÊNCIA DE AÇÃO. A prática de ato contra particular não autoriza o manejo da ação civil pública por improbidade administrativa, que deve ser extinta por carência de ação, ao reconhecimento da ausência de interesse processual. V.V. (TJMG - Apelação Cível 1.0702.05.218522-1/001, Relator(a): Des.(a) Edilson Olímpio Fernandes, Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Maurício Barros , 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/07/2007, publicação da súmula em 04/09/2007)

A interpretação dada pelos desembargadores do tribunal apresenta uma perspectiva bastante próxima da compreensão dada durante a reforma administrativa de 1967 do que comporia as estruturas administrativas do Poder Público. A ortodoxia econômica do regime impregnou inclusive doutrinadores clássicos do Direito Administrativo, como o próprio Hely Lopes Meirelles (2013), que hoje, em tempos democráticos, devem ser questionados em suas construções por alinharem-se a uma produção doutrinária positivista e literal que reflete bem a economia por detrás das problemáticas envolvendo a prestação de serviços públicos. O jeito mais econômico de se interpretar uma norma, incluindo aqui princípios e regras, é na sua literalidade.

O TJMG caminha por reproduzir tal ortodoxia econômica ao compreender, a partir da análise da integralidade dos autos processuais, que somente as vítimas, enquanto pessoas naturais, teriam sido vítimas das ações autoritárias dos policiais. Podem ser sujeitos ativos, ou seja, podem cometer atos de improbidade administrativa, nos termos do art. 1º e parágrafo único da LIA, aqueles agentes públicos, servidores ou não, que atuem contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, podendo incorrer nas penalidades também aqueles indivíduos particulares que usufruam de recursos públicos (subvenções, incentivos, etc.).

Nos termos da LIA, como se pode averiguar, podem ser sujeitos passivos de atos de Improbidade Administrativa, ou seja, podem sofrer as consequências dos atos ímprobos cometidos por agentes públicos ou particulares quando estes, fazendo-lhes as vezes, receberem recursos públicos, somente entidades, órgãos e repartições.

A crítica que aqui se faz vai ao sentido de que a LIA não se preocupou em trazer uma compreensão teleológica da norma em seus dispositivos. A LIA, pela sua leitura e análise, reproduz ditames de uma teoria do Direito Administrativo literal, institucionalista, sem se preocupar com aspectos imateriais da prática administrativa e da prestação de serviços públicos, bem como do

próprio exercício da autoridade. Ao tipificar objetivamente componentes da Administração Pública direta e indireta como possíveis vítimas, a LIA torna, de um modo geral, ineficaz as vedações jurídico-morais no exercício da atividade administrativa do Estado. O produto dessa compreensão literalista, economicista das estruturas estatais é a reprodução restritiva e limitada desses parâmetros em um regime no qual a normatividade vai muito além da letra fria da lei.

Quando o administrativista clássico Hely Lopes Meirelles (2013, p. 112) afirma que, na Administração Pública, “não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na Administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”, ele produz a ideia de que as possibilidades de atuação da Administração Pública encontram-se todas na literalidade da lei e que situações que escapem ao escopo da literalidade não são possíveis, pois na Administração Pública só se atuaria na forma da lei, repetindo-se como um mantra, como uma mentira que se torna verdade com sua reiteração cotidiana.

A Administração Pública é muito maior que suas institucionalidades. A Administração Pública pode se materializar em seus órgãos e entidades, contudo, tal organismo jurídico-burocrático constitui-se também de uma ordem jurídico-moral de igual importância na realização da atividade administrativa. Por tal motivo não assiste razão delimitar estritamente, em sede de responsabilidade administrativa, o universo de possíveis vítimas dos atos ímprobos que, em regra, pela sua natureza atentatória não somente à concretude da Administração Pública, atinge de forma “pluriofensiva” o interesse público, e como ele, toda a coletividade em sua autoridade soberana constitutiva do próprio Direito posto. Nesse sentido afirmou o voto do acórdão proferido pelo STJ, ora em análise:

A detida análise da Lei 8.429/1992 demonstra que o legislador não determinou expressamente quais seriam as vítimas mediatas ou imediatas da atividade ímproba para fins de configuração do ato ilícito. Impôs, sim, que o agente público respeite o sistema jurídico em vigor, pressuposto da boa e correta Administração Pública. Essa ausência de menção explícita certamente decorre da compreensão de que o ato ímprobo é, muitas vezes, fenômeno pluriofensivo, de tal modo que pode atingir bens jurídicos e pessoas diversos de maneira concomitante. Na avaliação do ato de improbidade administrativa, o primordial é verificar se, entre os bens atingidos pela postura do agente público, existe algum vinculado ao interesse e ao bem público. Se assim for, como consequência imediata a Administração Pública estará vulnerada e o art. 1º da Lei 8.429/1992, plenamente atendido. (BRASIL, 2015)

Tal perspectiva foi chancelada por parte relevante da jurisprudência sobre a matéria no STJ e, em especial, no caso em análise. O afastamento da responsabilização administrativa por fundada

em uma interpretação rasa tanto da LIA quanto do Direito Administrativo pátrio não se torna mais cabível quando todos os ramos do Direito agora se vêem constitucionalizados, razão pela qual a decisão do TJMG foi integralmente reformada em sua compreensão restritiva de Administração Pública. Nos termos da decisão:

(...) Injustificável pretender que os atos mais gravosos à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, entre os quais se incluem a tortura e prisões ilegais, praticados por servidores públicos, mormente policiais armados, sejam punidos apenas no âmbito disciplinar, civil e penal, afastando-se a aplicação da Lei da Improbidade Administrativa. 5. Conforme orientação jurisprudencial do STJ, eventual punição administrativa do servidor faltoso não impede a aplicação das penas da Lei de Improbidade Administrativa, porque os escopos de ambas as esferas são diversos; e as penalidades dispostas na Lei 8.429/1992, mais amplas. (BRASIL, 2015)

A moralidade administrativa enquanto um valor constitucionalizado torna-se uma bússola jurídico-moral norteadora das atividades dos agentes públicos. O ordenamento jurídico pátrio, agora democratizado sob a égide de uma Constituição Republicana tal como a de 1988, deve reprimir de forma ampla as degenerações burocrático-morais⁷ de forma ampla, observando-se para além da estrita legalidade a toda a juridicidade do corpo sistemático-normativo posto, porém em eterna abertura para o reconhecimento de novos direitos e novos sujeitos de direitos, nos termos do art. 5,§2º da Constituição⁸.

A interpretação em torno da juridicidade consiste em uma importante aquisição hermenêutica para o Direito Administrativo agora constitucionalizado. Para além da economia teórico-normativa do princípio da legalidade estrita clássica, os tribunais superiores já têm interpretado a legalidade a partir de uma perspectiva em que considera o ordenamento jurídico como um todo sistematizado, ou seja, a partir da vinculação da Administração Pública e seus agentes a um “bloco de legalidade” (BINENBOJM, 2017 p. 197). A juridicidade, para além da legalidade administrativa produzida e reproduzida por doutrinadores administrativista clássicos, impõe a observância de toda construção jurídica vigente no país para que o ato ou a conduta administrativa sejam compatíveis com a nova ordem constitucional-administrativa vigente:

⁷ Tal perspectiva encontra-se chancelada em excerto da jurisprudência do STJ a seguir colacionada: “A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida” (REsp 1.297.021/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12.11.2013, DJe 20.11.2013).

⁸ Constituição Federal de 1988: art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

(...) a discricionariedade deixa de ser compreendida como um campo externo ao direito – verdadeiro atavismo monárquico – para passar a ser vista como um poder jurídico. É dizer: um espaço decisório peculiar à Administração, não de escolhas puramente subjetivas, mas que se define pela prioridade das autoridades administrativas na fundamentação e legitimação dos atos e políticas públicas adotados, dentro de parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição, pelas leis e por atos normativos editados pelas próprias entidades da Administração. (BINENBOJM, 2017 p. 198)

A lógica dessa superação teórico-jurisprudencial é permitir a infiltração da axiologia constitucional democrática no rígido Direito Administrativo marcado pelo conservadorismo oriundo da manutenção da ordem burocrático-legal instaurada pela reforma administrativa de 1967, período ditatorial. Elaborar um novo Direito Administrativo é elaborar uma nova Administração Pública e, com isso, um novo corpo de agentes públicos cujas condutas estarão condicionadas à supremacia da Constituição e não do mero interesse público fundado na legalidade estrita. A Constituição, por sua vez, não deve ser interpretada como sendo meramente o texto seco da lei, mas sim o projeto jurídico-político que, na busca de se superar o passado autoritário do Brasil, elabora uma vinculação com o futuro que tem como paradigma o Estado Democrático de Direito. Assim, o Direito Administrativo constitucionalizado deve observar não somente ao texto constitucional literal, mas sim à totalidade de princípios e regras que compõe o ordenamento jurídico constitucionalizado brasileiro.

A estrita legalidade não responde mais as demandas hodiernas de reivindicação de direitos e a complexidade dos problemas sociais e políticos que o Brasil vivencia. Nesse sentido, afirma Gustavo Binjenbojm:

“(...) com a crise da lei formal, a Constituição – seu complexo sistema de princípios e regras – passa a ser o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade.” (BINENBOJM, 2017, p. 180)

No caso em questão, o STJ se ocupou de enumerar os princípios administrativos ofendidos pelas práticas atentatórias contra os direitos humanos fundamentais cometidos pelos policiais trazendo dispositivos os dispositivos constitucionais que vinculam a atividade estatal brasileira à observância obrigatória da dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos (art. 1, inc. III c/c art. 4, inc. II), bem como, nos termos do esforço teórico trazidos até aqui, a incidência do Direito

Internacional dos Direitos Humanos especificamente aqueles previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto n.º 678/1992.

Numa interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio como um todo, o STJ compreende que, nos termos do art. 144 da Constituição Federal de 1988, os agentes públicos responsáveis pela segurança pública nacional, em todas as escalas dos entes federativos, têm, como mister inexorável, a salvaguarda daquilo que se entende como “ordem pública” e da “incolumidade das pessoas”. Por tal razão, a postura violenta dos policiais civis ao submeter cidadãos à situações degenerativas de suas integridades físicas e morais violaria abruptamente o dever constitucional imposto e, por tanto, tal violação vilipendiaria imediatamente toda a coletividade bem como a corporação a que pertencem.

Nessa toada, a LIA determinar cinco espécies possíveis de atos de Improbidade Administrativa: aqueles que importam enriquecimento ilícito que abarca a percepção de vantagens econômico-financeiras para prestação de serviços e transação de bens da Administração Pública utilizando-se da posição de agente público (art. 9º); aqueles que ensejam prejuízo ao erário, ou seja, aqueles atos que dilapidam patrimônio da Administração Pública, direta ou indireta, por comissão ou omissão culposa ou dolosa (art. 10º); aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem a Lei Complementar 116/2003 (art. 10º - A); e por fim, constituem atos ímprobos aqueles que atentam contra o corpo principiológico da Administração Pública constitucionalizada (art. 11º).

A hipótese que se levanta nesse trabalho é que a prática de atos de tortura por agente público, independente de sua condenação criminal transitada em julgado, enseja a viabilidade de responsabilização administrativa por imposição da ordem jurídica internacional-constitucional-legal pátria pelo fato de tal prática consistir em uma negação da própria autoridade do Direito emanado sob a égide do Estado Democrático de Direito que impõe a observância de pré-requisitos básicos para o exercício das funções públicas, como por exemplo, a observância dos Direitos Humanos. Por tal razão, ao ver do presente trabalho, a hipótese se confirma com a decisão do STJ ao declarar a incompatibilidade absoluta de atos de tortura com a atividade administrativa constitucionalizada hodierna.

A finalidade do legislador, ao elaborar o art. 11º da LIA, ao ver do voto do relator, foi defender a ordem social democrática e a própria legitimidade da autoridade administrativa no exercício de suas funções precípuas, considerando a violação aos princípios da Administração, qual seja, a juridicidade para além da estrita legalidade, uma violação concreta de um bem imaterial

do Estado, especialmente pelo fato dos policiais utilizarem-se de bens e prédios públicos para perpetrarem tais violações de direitos humanos.

O art. 11, *caput*, inc. I, da LIA determina a hipótese de atentado à probidade pública a violência contra a axiologia do Direito Administrativo democratizado, exemplificadamente, como sendo ação ou omissão que afronte as obrigações de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, especialmente a realização de conduta visando finalidade vedada pelo ordenamento pátrio. Outrossim, a Lei n° 9.455/97 que elenca especificamente os chamados “crimes de tortura”, designadamente em relação ao art. 1°, inc. I, a e b, e inc. II, e § 2° afirma:

Art. 1° Constitui crime de tortura:

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminoso; (...)

II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos. § 2° Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (BRASIL, 1997)

Da analítica dos tipos penais supramencionados, a partir de uma interpretação sistemático-teleológica, ou seja, analisando a reprovabilidade da conduta não somente a partir de um ato normativo, mas sim a reprovabilidade por todo o ordenamento jurídico compreendendo inclusive sua razão de ser, sustenta-se que o ato de torturar, para além de sua reprovabilidade criminal, necessariamente enseja a imputação da prática de ato de Improbidade Administrativa disposta no art. 11, *caput*, e inc. I da Lei n° 8.429/92.

No caso em voga, o STJ concluiu que a prática de violência policial, especialmente a prática de ato de tortura, não ensejaria violação somente aos particulares, vítimas de tal abuso de autoridade, mas sim todo o corpo burocrático-administrativo da Administração Pública brasileira em suas bases de “legitimidade e respeitabilidade” (BRASIL, 2015). Ao ver do relator, tais condutas teriam sua reprovabilidade também impostas pelo Código Penal ao seu art. 322 (“Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração Pública, grifo acrescentado”), que por sua vez encontra-se inserido no Título XI (“Dos Crimes contra a Administração Pública”), e também nos artigos 3° e 4° da Lei 4.898/1965, que trata do abuso de autoridade. Por fim, concluiu

com excelência o STJ, ao ver do presente trabalho, reafirmando o compromisso do Estado brasileiro com a superação do seu legado autoritário e com a observância do Direito Internacional dos Direitos Humanos que:

(...) atentado à vida e à liberdade individual de particulares, praticado por agentes públicos armados – incluindo tortura, prisão ilegal e "justiciamento" –, afora repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar, pode configurar improbidade administrativa, porque, além de atingir a pessoa-vítima, também alcança, simultaneamente, interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial e ao próprio Estado Democrático de Direito. Recurso Especial conhecido e provido para afastar a carência de ação decretada pelo Tribunal a quo e determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que o TJMG prossiga no julgamento do Recurso de Apelação em relação aos demais pontos. (BRASIL, 2015)

Apesar do Poder Judiciário hodierno muitas vezes não demonstrar uma preocupação, na realidade muitas vezes mostrar aversão, aos ditames constitucionais que o obrigam à observar o Direito Internacional dos Direitos Humanos, acredita-se que a batalha pela democracia e por uma sociedade mais justa e igualitária é diária e não em momentos épicos determinantes.

Contudo, não se pode homogenizar o STJ em sua postura de observar os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Em voto-vista, o ministro Mauro Campbell Marques alinhou-se à perspectiva clássica do princípio da legalidade em torno da Administração Pública reconhecendo em um primeiro momento, que a perpetração de atos de tortura contra particulares só afligiria a Administração de forma indireta, pois, ao seu ver, atrair a competência de tal matéria para a LIA seria descabível por competir à outras searas a persecução por responsabilização:

A vontade dos agentes foi dirigida à prática da prisões. Nem remotamente o domínio intelectual dos agentes perpassou pela possibilidade de denegrir a imagem da instituição pública. Tem-se, aí, resultado finalístico tão distante do ato inicial que, mesmo objetivamente, não pode ser considerado como inerente à representação da cadeia dos acontecimentos. Portanto, apenas indiretamente as prisões efetuadas podem ser consideradas como atos contra a Administração Pública, razão pela qual, de fato, tal como compreendido pela origem, milita contra a parte recorrente a carência da ação. Apreendido pela origem, milita contra a parte recorrente a carência da ação. Digno de nota, por fim, trazer à baila um argumento pragmático - cujas consequências, entretanto, não podem ser ignoradas pelo Judiciário. O fato de que as condutas aqui discutidas não configurem improbidade administrativa não as tornam um indiferente jurídico. Ao contrário, em razão da independência das esferas, a recomposição da paz social através da punição da ilegalidade poderá ser alcançada com recomposição cível, instauração de procedimento administrativo disciplinar e, até mesmo, através da tutela penal - embora talvez seja o caso de esta Corte Superior, em

outra oportunidade, reavaliar a extensão da independência de instâncias à luz do princípio do *ne bis in idem*. (BRASIL, 2015)

A reprodução de uma postura reconciliatória demonstrada inicialmente pelo ministro Mauro Campbell reproduz uma discursividade comum daqueles que não se interessam pela efetivação de uma paz que tenha como pressuposto a justiça. A tentativa do ministro de relativizar as punibilidades denota sua ausência de compromisso com a ordem jurídico-moral inaugurada pela Constituição Cidadã de 1988. A partir de uma interpretação a-histórica, ignorando a prática de tortura como uma política estatal historicamente aplicada pelos regimes autoritários em que o Brasil esteve submetido ao longo dos anos. O ministro opta inicialmente por alinhar-se, e, portanto, alinhar o Poder Judiciário, aos perpetradores de graves violações de direitos humanos.

Contudo, o ministro, após uma releitura da jurisprudência majoritária de sua Corte, fez a opção por seguir o relator, compreendendo a configuração de ato de improbidade administrativa, tipificado no art. 11 da Lei 8.429/92 em face de atos praticados por agentes públicos diretamente contra particulares. Ressalva o ministro, demarcando com clareza sua postura claramente autoritária, que apesar de não concordar, retifica seu voto, com ressalva de entendimento, para acompanhar o voto do relator Ministro Herman Benjamin dando provimento ao recurso especial. Por fim, a Turma, por unanimidade, demonstrando a pluralidade de perspectivas dos ministros. Perspectivas estas mais ou menos alinhadas à proteção e efetivação dos Direitos Humanos no país.

4. Considerações finais

O comportamento subserviente do STF no julgamento da ADPF 153/2010, ao manter a lei de anistia vigente no ordenamento jurídico pátrio, impedindo a investigação e condenação de agentes públicos e privados pela perpetração de graves violações de direitos humanos, encontra resistência de outras frentes.

A condenação brasileira no caso Gomes Lund (2010) pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ensejou uma nova ADPF de n. 320 (2014) a fim de questionar o Supremo Tribunal Federal sobre sua posição em torno da condenação. O Estado brasileiro vem sendo denunciado pelo seu silêncio eloquente a respeito dos crimes da ditadura civil-militar tendo sido condenado novamente em 2018 pela tortura e pelo assassinato do jornalista Vladimir Herzog no caso Herzog vs Brasil (2018) na qual foi exortado à promover reformas institucionais urgentes para fins de não-repetição das práticas de graves violações de direitos humanos perpetrados pela sangrenta ditadura brasileira.

No voto do relator Eros Grau nota-se uma real desvalorização retórica das lutas e resistências populares contra o autoritarismo estatal da ditadura. Ao ver reiterado do ministro, a transição, encabeçada pelas elites coadunadas com a ditadura, fez um serviço ao Brasil inclusive no que diz respeito à anistia dos crimes de ambos os lados, reafirmando a paridade de armas entre Estado e povo e reduzindo as graves, generalizadas e sistemáticas violações de direitos humanos perpetradas pelos agentes públicos e civis alinhados ao regime:

Há quem se oponha ao fato de a migração da ditadura para a democracia política ter sido uma transição conciliada, suave em razão de certos compromissos. Isso porque foram todos absolvidos, uns absolvendo-se a si mesmos. Ocorre que os subversivos a obtiveram, a anistia, à custa dessa amplitude. Era ceder e sobreviver ou não ceder e continuar a viver em angústia (em alguns casos, nem mesmo viver). Quando se deseja negar o acordo político que efetivamente existiu resultam fustigados os que se manifestaram politicamente em nome dos subversivos. (BRASIL, 2010, p. 59)

Ora, então o que a anistia política, na realidade, promoveu não teria sido a inauguração de um período de reparação pelos crimes de Estado, mas sim uma condescendência da ditadura em face dos “subversivos”, também conhecidos como resistentes? O voto do relator reitera inúmeras vezes os esvaziamentos das lutas política em prol de redemocratização do Brasil. Digo “lutas”, no plural, pois foram inúmeras, com diversos mortos, desaparecidos e esquecidos pela amnésia institucional ocasionada pela Lei de Anistia de 1979. Fica clara a *ratio decidendi* do ministro ao longo do seu voto. A lógica da manutenção da anistia, inclusive para crimes contra humanidade cometidos por agentes estatais da ditadura, se dá a fim de sustentar, produzir e reproduzir uma narrativa aparentemente hegemônica, estabilizada pela história institucionalizada. Em trecho bastante elucidador afirma o relator:

A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979 --- assumida. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. Para quem não viveu as jornadas que a antecederam ou, não as tendo vivido, não conhece a História, para quem é assim a Lei n. 6.683 é como se não fosse, como se não houvesse sido. (BRASIL, 2010, p. 50)

O que se tem atualmente, 2019, sobre a ditadura enquanto memória é a reprodução de toda uma lógica de reiteradas tentativas de subalternização através do esquecimento. A memória constitui o cerne da identidade nacional, da identidade de um povo que se reconhece parte de sua

própria história e por tal razão luta pela soberania e pelo fortalecimento do seu país, pela justiça social e política de seu povo. O esquecimento forçado da anistia foi claramente fruto de um instrumental antigo de esvaziamento da história de lutas brasileiras. A interpretação do STF acerca da anistia reitera essa prática de tentativa de apagamento de lutas políticas.

Na decisão proferida pelo STJ, por sua vez, nota-se uma tentativa de introjetar na prática jurisdicional brasileira o respeito à ordem jus humanista internacional. A responsabilização é sim um dos pilares clássicos da Justiça de Transição. Tal responsabilização se esforça para concretizar a “anistia” não mais com o sentido do esquecimento institucional da lei de 1979, mas sim a anistia como reparação integral advinda da Emenda Constitucional nº 26 de 27 de novembro de 1985, ao estabelecer o dever do Estado brasileiro, renascido sobre a égide de um Estado Democrático de Direito, o dever de reparar seus cidadãos pelas vis práticas de lesa-humanidade.

A responsabilização civil já é uma realidade, não sendo, contudo, uma conquista que não se tenha que lutar como se pode observar nos desmontes atuais da Comissão de Anistia. A responsabilização criminal, por sua vez, ainda encontra óbice na realidade jurídico-social em razão da vigência da Lei de Anistia de 1979, que impede a persecução e a condenação dos agentes que perpetraram crimes contra a humanidade, traduzidos na linguagem da jurisprudência, como crimes “conexos” aos crimes políticos e, portanto, prescritos. Nessa toada, a responsabilização administrativa parece encontrar um lugar importante para se aproximar do ideal em termos justtransicionais uma vez que é uma seara independente da criminal, logo, não atingida pelo óbice da anistia, além de produzir um efeito pedagógico-repressivo quanto à prática de abuso de autoridade e crimes contra a humanidade por agentes públicos submetidos ao regime de juridicidade inaugurado com a Carta da ONU de 1945.

A prática do ato de tortura desafia a humanidade de todos os agentes envolvidos. Ela torce e retorce a construção em torno do “humano” desde o século XVIII com o Iluminismo e expõe que nenhuma abstração representacional transcendental está isenta de realizar atos que desafiem, senão neguem, a sua própria humanidade em um contexto de uma sociedade moderna ocidental. A tortura desafia a democracia e desafia o Direito, razão pela qual ambos devem demonstrar uma postura firme na sua repreensão até mesmo para fins de manutenção de sua própria legitimidade. A tortura visava “(...) impedir a manifestação de qualquer tipo de oposição dos excluídos ao modelo histórico de inserção da sociedade brasileira no sistema capitalista mundial” (FERREIRA JUNIOR, 2000, p. 10). Assim, repreendê-la, criminalizá-la, é sim um importante passo para a construção de um Brasil mais justo, solidário e democrático.

A resistência ao esquecimento e a defesa do projeto constitucional democrático de 1988 é diária e não se limita somente às investidas judiciais, contudo, o Poder Judiciário cumpre papel fundamental na concretização do paradigma do Estado Democrático de Direito e deverá ser responsabilizado politicamente por todos os seus atos. Enquanto isso, o povo brasileiro resiste nos espaços públicos, trazendo a memória daqueles que se foram para as disputas públicas em torno de vidas mais vivíveis, reivindicando uma sociedade que aprende com seus erros e respeita seu povo.

Referências bibliográficas

ABRÃO, Paulo. Tortura Não Tem Anistia. 173-175p. In. ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. *Os direitos da transição e a democracia no Brasil: estudos sobre Justiça de Transição e teoria da democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 208 p.

ARAÚJO, Maria Paula Nascimento; SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. *História, memória e esquecimento: Implicações políticas*. 2017. Revista Crítica de Ciências Sociais, 79: 95–111.

ARNS, Dom Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais*. Petrópolis: 41ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Vozes, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”: a persistência da estrutura administrativa de 1967. 77-91 p. In. TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (org.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010. 350 p.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade no Direito Brasileiro*. In: Alexandre dos Santos Aragão; Floriano de Azevedo Marques Neto. *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. (Orgs.). 2ª ed. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2017.

BRAGA, Paulo Romeu. *Os interesses econômicos dos Estados Unidos e a segurança interna no Brasil entre 1946 e 1964: uma análise sobre os limites entre diplomacia coercitiva e operações encobertas*. Rev. bras. polít. int., Brasília, v. 45, n. 2, p. 46-65, Dec. 2002. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292002000200003&lng=en&nrm=iso>. access on 27 Aug. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292002000200003>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *REsp nº 1081743 / MG (2008/0180609-3)*. RELATOR(A):Min. HERMAN BENJAMIN - SEGUNDA TURMA. Julgamento realizado em 24/03/2015. Publicado EMENTA / ACORDÃO em 22/03/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento De Preceito Fundamental nº 153*, impetrada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil/DF. Datada em 21/10/2010, julgada pelo Plenário do STF nos dias 28/29 de abril de 2010. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf>>. Consultada em 12/09/2019.

BRASIL. *Relatório - Fortalecimento da Memória, Justiça e dos Direitos Humanos no Brasil e no Hemisfério Sul*. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, - Brasília: Comissão Brasileira de Anistia, Ministério da Justiça, 2015, 184 p.

BRASIL. *Lei nº 9.455 de 07 de abril de 1997*. "Define os crimes de tortura e dá outras providências". Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm>. Consultado em 15/03/2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=342&lang=es>. Acesso em: 27 ago. 2019.

FRIEDRICH, Tatyana S. *As Normas Imperativas de Direito Internacional Público: jus cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

INDURSKY, Alexei Conte; CONTE, Bárbara de Souza. *Reparação Psíquica e Testemunho*. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v. 37, n. spe, p. 149-160, 2017. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932017000500149&lng=en&nrm=iso>. access on 27 Aug. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/1982-3703110002017>.

JUNIOR, Amarílio Ferreira. *Tortura no Contexto do Regime Militar*. *Revista Olhar*. Ano n.º2. Dezembro de 2000. Disponível em: <www.ufscar.br/~revistaolhar/pdf/olhar4/Amarilio.pdf>. Consultado em 27/08/2019.

KOKKE, Marcelo. *Para os amigos pão, para os inimigos pau: O debate brasileiro pessoaliza as ideias, antagoniza e gera por vezes inimizades*. Disponível em "Dom Total": <<https://domtotal.com/noticia/1209276/2017/11/para-os-amigos-pao-para-os-inimigos-pau>> /> Publicado em 20/11/2017. Consultado em 19/09/2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 925 p.

PEREIRA, Anthony W. A tradição de legalidade autoritária no Brasil. 202-205 p. In. SOUSA JUNIOR, José Geraldo de et al. *O direito achado na rua : introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. 1. ed. – Brasília, DF: UnB, 2015. 500 p.

TELES, Edson. *Democracia e estado de exceção: transição e memória política no Brasil e na África do Sul*. São Paulo: Editora Fap-Unifesp, 2015. 220 p.