



**Universidade Federal Fluminense
Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional
Mestrado em Direito Constitucional**

DIEGO BRAGA DA SILVA

A LEI DA ANISTIA À LUZ DO HUMANISMO JURÍDICO

Uma análise da Lei de Anistia Política no Brasil (Lei n.º 6683/1979) ante a proteção internacional dos Direitos Humanos e seus limites

Niterói-RJ
2015

DIEGO BRAGA DA SILVA

A LEI DA ANISTIA À LUZ DO HUMANISMO JURÍDICO

Uma análise da Lei de Anistia Política no Brasil (Lei n.º 6.683/79) ante a proteção internacional dos
Direitos Humanos e seus limites

Dissertação apresentada em cumprimento parcial às exigências do Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense-UFF.

Orientadora: Professora Mônica Paraguassu Correia da Silva.

Universidade Federal Fluminense
Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito Constitucional
Niterói – RJ
2015

Silva, D. B.

A LEI DA ANISTIA À LUZ DO HUMANISMO JURÍDICO. Uma análise da Lei de Anistia Política no Brasil (Lei n.º 6683/1979) ante à proteção internacional dos Direitos Humanos e seus limites / Diego Braga da Silva. – Niterói, 2015. 132 f.

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional, Universidade Federal Fluminense, 2015.

Anistia, limites ao aplicar sanções penais, Direito humanitário, Estado de Exceção, crise entre Direito Internacional e Direito Interno. Humanismo Jurídico. Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito.

CDD 341.1

DIEGO BRAGA DA SILVA
A LEI DA ANISTIA À LUZ DO HUMANISMO JURÍDICO

Uma análise da Lei de Anistia Política no Brasil (Lei n.º 6.683/79) ante à proteção internacional
dos Direitos Humanos e seus limites

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em
Direito Constitucional da Universidade
Federal Fluminense - PPGDC/UFF, como
requisito para a obtenção do grau de Mestre
em Direito Constitucional.

Aprovada em: _____

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Mônica Paraguassu Correia da Silva – Orientadora
Universidade Federal Fluminense – UFF

Professor Dr. Daniel Andrés Raizman
Universidade Federal Fluminense- UFF

Professor Dr. Marcus Fabiano Gonçalves
Universidade Federal Fluminense-UFF

Professor Dr. Daniel Pinha Silva
Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ

Niterói – RJ
2015

À Juliana, por me provar que a felicidade existe. Nós sempre teremos Paris.

Ao direito de defesa, esse ilustre desconhecido.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família, em especial minhas irmãs e minha mãe, por representarem a justificativa de todo o esforço empreendido. Agradeço a todos os colegas do Mestrado, pessoas especiais que tornaram a jornada na UFF mais prazerosa: Eric Mendes, Fábio Medina, Lílian Cazorla, Diego Antunes, Sérgio Rodrigues Dias Filho, Maíra Neurauter, Mariana Netto, Heloísa Valadares, Mariane Vargas, Fernando Guerreiro, Thiago Guerreiro, Júlia Silva, Paloma Monteiro, João Victor Bruno e Marcus Bacellar. Não merecem o título de colegas, mas de amigos. Amigos verdadeiros que levarei para sempre. Agradeço em especial, ainda, ao amigo José Luís da Silva Tavares, cujas caronas me proporcionaram o privilégio de ser pontual e ao amigo Ademar Borges, cuja generosidade e elegância no trato pessoal lhe conferem a necessária *humanidade* que hoje é escassa nos homens. Agradeço a Mariane Vargas, Fernando Guerreiro e Sérgio Rodrigues Dias Filho, em especial, pelas longas conversas a respeito do futuro (o que será que nos aguarda?). Agradeço a todos os professores da Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, em especial a Mônica Paraguassu Correia da Silva, minha orientadora, pela convivência, debates e discordâncias necessárias. Aos professores da UFF, Marcus Fabiano Gonçalves, Daniel Andrés Raizman, Gustavo Telles Sampaio e Helena Elias Pinto, meus mais sinceros agradecimentos pelas inquietações em mim provocadas. Ao professor Daniel Pinha Silva, da PUC-Rio e UERJ, cujas aulas de história foram o estopim para a vida acadêmica. E se há alguém que merece destaque na gestão do Mestrado, é a secretária Ana Paula Arantes, dedicada amiga de sempre. Ao amigo Paulo Henrique Tavares, pela revisão e críticas necessárias. Agradeço, em especial, à Maíra Neurauter, representante de turma absolutamente dedicada e que, por vezes, lutou pelos interesses do corpo discente.

“A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia. Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina.”

Ulysses Guimarães na promulgação da Constituição de 1988

RESUMO

SILVA, Diego Braga. *A Lei de Anistia à luz do humanismo jurídico. Uma análise da Lei de Anistia Política no Brasil (Lei n.º 6.683/79) ante à proteção internacional dos Direitos Humanos e seus limites*, 2015. Dissertação (Mestrado em Direito. Constitucional) – Faculdade de Direito. Universidade Federal Fluminense. Niterói/RJ.

O presente trabalho aborda a análise da Lei de Anistia Política no Brasil (Lei n.º 6683/1979) ante à proteção internacional dos Direitos Humanos e os limites à punição de pessoas acusadas de graves violações de Direitos Humanos. Neste sentido, indispensável deixar de averiguar o possível conflito entre a soberania nacional das decisões do Supremo Tribunal Federal e o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. O problema se centra na *imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade* (fundada nos “*jus cogens*”) e na invalidade da Lei de Anistia defendida pela Corte IDH (Caso Fomes Lund versus Brasil – Guerrilha do Araguaia), em contraposição à anterior decisão do STF declarando-a válida e constitucional, como “pacto de sociedade.” Há um choque entre o Direito Penal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. A imprescritibilidade excepciona a regra genérica da prescrição penal e desafia os fundamentos filosóficos do moderno Direito Penal humanista, estes associados à própria justificação do *ius puniendi* que tem o Estado. Em síntese os objetivos do presente estudo são analisar se a Anistia Política no Brasil, como parte do processo transicional, possui uma perspectiva humanista, identificar quais são os limites jurídicos, fundados no Direito Internacional e no Direito Interno, à punição dos anistiados e confrontar o Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Penal Interno, identificando seus pontos de conflito e se há possibilidade conciliação entre as duas doutrinas.

Palavras-chave: Anistia, limites ao aplicar sanções penais, Direito humanitário, Estado de Exceção, crise entre Direito Internacional e Direito Interno, imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.

RESUMÉ

SILVA, Diego Braga. *La loi d'amnistie à la lumière de l'humanisme juridique. Une analyse de la loi d'amnistie politique au Brésil (Loi n ° 6.683/79) et la protection internationale des droits humains et leurs limites*, 2015. Dissertation (Master en droit constitutionnel)– Faculdade de Direito. Universidade Federal Fluminense. Niterói/RJ.

Cette étude porte sur l'analyse de la loi d'amnistie politique au Brésil (Loi n ° 6683/1979) avant la protection internationale des droits de l'homme et des limites sur le châtime des personnes accusées de violations graves des droits de l'homme. En ce sens, aide indispensable enquêter sur le conflit possible entre la souveraineté nationale des décisions de la Cour suprême et le Système interaméricain de protection des droits de l'homme. Le problème se concentre sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité (fondées sur des «jus cogens») et l'invalidité de la loi d'amnistie mis en avant par la Cour interaméricaine (Case Gomes Lund contre le Brésil - la guérilla Araguaia), contrairement à la décision antérieure de la Cour suprême déclarant -a valide et constitutionnelle. Il ya un affrontement entre le droit pénal et le droit international des droits humains. L'imprescriptibilité excepti la règle générale de la prescription pénale et remet en question les fondements philosophiques de humaniste moderne du droit pénal, ceux-ci associée à l'auto-justification de ius puniendi de chaque État. En résumé, les objectifs de cette étude sont d'analyser l'amnistie politique au Brésil dans le cadre du processus de transition, a une perspective humaniste, d'identifier quelles sont les limites légales, fondées sur le droit international et le droit national, la punition de l'amnistie et de confronter le droit international des droits de l'homme et du droit pénal interne et d'identifier leurs points de conflit et se il est possible de concilier les deux doctrines.

Mots-clés: la loi d'amnistie politique au Brésil, limites d'appliquer des sanctions pénales, le droit humanitaire, état d'exception, la crise entre le droit international et le droit national, les crimes imprescriptibles contre l'humanité.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

ARENA: Aliança Renovadora Nacional

AREsp – Agravo em Recurso Especial

CADH: Convenção Americana de Direitos Humanos

CEDH: Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEJIL: Centro pela Justiça e o Direito Internacional

Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CNV: Comissão Nacional da Verdade

CONADEP: Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DJe – Diário da Justiça eletrônico

DOI/CODI: Destacamento de Operações Internas/Centro de Operações de Defesa Interna

HC: Habeas Corpus

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

MPF – Ministério Público Federal

MS – Mandado de Segurança

MTE – Ministério do Trabalho e do Emprego

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONG – Organização Não-Governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro

UFF – Universidade Federal Fluminense

UnB – Universidade de Brasília

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
I – UMA ADVERTÊNCIA PRELIMINAR SOBRE A TORTURA E OS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE.....	19
II - BREVES CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS.....	20
a) Tema.....	21
b) Delimitação Temática.....	21
c) Problema.....	21
d) Objetivo.....	22
f) Justificativa.....	22
g) Metodologia.....	22
CAPÍTULO I - FUNÇÃO DA ANISTIA POLÍTICA NO BRASIL: PACTO POLÍTICO OU IMPOSIÇÃO UNILATERAL?.....	24
1.1 Uma necessária abordagem preliminar sobre memória, justiça e anistia.....	24
1.2 Contexto histórico e antecedentes da Lei de Anistia de 1979.....	26
1.3 O acordo político.....	30
1.4 Surgimento de movimentos revisionistas da “Lei da Anistia.”.....	34
1.5 Entre reparar e punir.....	39
1.6. A travessia pacífica para a democracia – o papel decisivo da política representativa e o fracasso da luta armada.....	41
1.7 Breve histórico da anistia no Brasil.....	44
1.8 Anotações do regime jurídico-penal da anistia na ordem constitucional de 1988.....	46
CAPÍTULO II - A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LEI DE ANISTIA EM DESEQUILIBRIO.....	48
2.1 Aspectos estruturais/formais. O caso perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH ou Comissão) e o envio à Corte IDH.....	48
2.2 Aspectos estratégicos/materiais do caso na Corte IDH.....	51
2.2.1 Os precedentes da Corte IDH em matéria de Leis de Anistia.....	51
2.2.2 As exceções preliminares apresentadas pelo Brasil.....	55
2.3 A análise da Corte quanto à Lei de Anistia brasileira.....	58
2.4 Os princípios da irretroatividade e da legalidade na conclusão da Corte.....	60
2.5 A suprallegalidade Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH).....	61

2.6 A ADPF 153 – A Justiça de Transição sob o crivo do Supremo Tribunal Federal.	63
2.7 Uma análise do conteúdo decisório da ADPF 153	65
2.8 O tempo e a legalidade.....	68
2.9 Entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal.....	70
2.10 O Neopunitivismo do Direito Penal dos Direitos Humanos.....	72
CAPÍTULO III - O RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE E O REVISIONISMO JURÍDICO	77
3.1 “ <i>Res inter alios acta</i> ” - A Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968.	77
3.3 A invocação da imprescritibilidade como <i>jus cogens</i> e uma via na tentativa de invalidação da lei de anistia: o controle de convencionalidade.....	86
3.4 Comissões da Verdade.....	91
3.5 A Comissão Nacional da Verdade	93
3.6 A Identificação dos responsáveis.....	95
3.7 Conclusão e Recomendações da CNV: Revisionismo Jurídico.....	96
CAPÍTULO IV - JUSTIFICAÇÃO E FINALIDADE HUMANISTA DA PENA: AFINAL, POR QUE E PARA QUE A PENA?.....	101
4.1 O humanismo jurídico.	101
4.2 Leis de anistia como instrumentos <i>humanistas</i>	103
4.3 Respostas às violações de direito humanitário no contexto transicional: Os princípios de Chicago.	104
4.4 Tipos de Reparação sob a ótica dos Princípios de Chicago.....	111
4.5 Direitos dos acusados sob a ótica dos Princípios de Chicago.....	112
4.6 Notas sobre o paradoxo da imprescritibilidade no Direito Internacional dos Direitos Humanos.	113
4.7 Razões, finalidade e necessidade da responsabilização criminal dos agentes do regime de exceção (1964-1979) no contexto atual.	117
CONSIDERAÇÕES FINAIS	119
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	124
ANEXO I - Processos de Anistia distribuídos por Ano.....	130
ANEXO II - Valor médio das indenizações – por ano	131
ANEXO III - Valor total de indenizações – por ano	132
ANEXO IV - Convention sur L'imprescriptibilité des Crimes de Guerre et des Crimes Contre L'humanité, 26 Novembre 1968.....	133

INTRODUÇÃO

“No início não tinha rotina, não se distinguia se era dia ou noite. O interrogatório começava, geralmente o básico era choque. Começava assim: “Em 68, o que você estava fazendo?” E acabava no Ângelo Pezzuti e na fuga, ganhando intensidade com sessões de pau-de-arara, o que a gente não aguenta muito tempo. (...) Fiquei presa três anos. O estresse é feroz, inimaginável. Descobri pela primeira vez que estava sozinha. Encarei a morte e a solidão. Lembro-me do medo quando a minha pele tremeu. Tem um lado que marca a gente o resto da vida.– Dilma Vana Rousseff, depoimento em 2001.¹

“Assim como reverencio os que lutaram pela democracia, também reconheço e valorizo os pactos políticos que nos levaram à redemocratização”. – Dilma Vana Rousseff, declaração pública em 2014.

A expressão “*humanismo*” tem diversos sentidos dentro de um campo de discussão precipuamente filosófico. A nós, interessa a definição que sugere o *humanismo jurídico* como a defesa do ser humano por meio do direito.² Neste sentido, a Lei de Anistia no Brasil pode ser considerada compatível com os anseios da Constituição Federal, tida como “cidadã”, precipuamente humanista e garantista? A Lei de Anistia é compatível com o conteúdo humanista do Direito Internacional dos Direitos Humanos?

A Chefe do Poder Executivo da República Federativa do Brasil, em 2014, assumiu um lado do embate entre *reparação* e *punição* que permeia os bastidores do Congresso Nacional e mesmo o seio de partidos políticos autodeclarados de “esquerda”. As sevícias sofridas na prisão durante o regime militar não foram suficientes para que, agora no poder, regiamente eleita pelo povo, insuflasse um movimento revisionista da Lei da Anistia ou promovesse o *revanchismo*³. As

¹Disponível na íntegra em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/50269-encarei-a-morte-e-a-solidao_diz-dilma.shtml>. Acesso em 07/08/2014.

²DALLARI, Dalmo de Abreu. Humanismo Jurídico. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/>>. Acesso em 09/01/2015 Deve-se destacar o seguinte trecho: “Por essas características fica evidente que a ordem jurídica positiva não pode ser contrária aos direitos humanos, não se admitindo que uma norma legal, sua interpretação e aplicação contrariem as exigências éticas da dignidade humana. Precisamente por se tratar de faculdades e possibilidades que nascem com a pessoa humana elas devem ter na ordem jurídica positiva sua proteção e a garantia da possibilidade de sua satisfação e expansão. Pode-se dizer que os direitos humanos são os equivalentes das necessidades humanas fundamentais, aquelas que devem ser atendidas para que se preserve o mínimo compatível com a dignidade humana e para que todos tenham a possibilidade de se desenvolver nos planos material, psíquico e espiritual. Por isso mesmo são universais, pois se referem a características de todos os seres humanos, de todas as épocas e de todos os lugares.”

³ A despeito do posicionamento da Presidenta da República, a postura adotada pela então Ministra de Estado da Secretaria de Direitos Humanos entende que tais crimes devem ser julgados e punidos: “O Judiciário de um país democrático não pode continuar considerando a tortura, o estupro, o sequestro e o assassinato de pessoas indefesas, o STF (Supremo Tribunal Federal) não pode continuar considerando esses crimes como crimes políticos, são crimes comuns, são hediondos, devem ser punidos, porque a tortura é um crime contra a humanidade ontem, hoje e sempre”, defendeu Rosário. Disponível em <http://www.revistaforum.com.br/blog/2014/04/maria-rosario-defende-revisao-da-lei-da-anistia/>. Acessível em 07/08/2014.

denúncias de violação de direitos humanos são abundantes e os depoimentos das vítimas desafiam qualquer pessoa a não se indignar com as brutalidades praticadas contra os inimigos do regime. A pergunta que persiste é: pode-se aceitar os anseios punitivistas de alguns setores sociedade civil para fazer *retroagir* a lei e punir os agentes do Estado?

A instauração tardia da Comissão Nacional da Verdade no Brasil⁴, no ano de 2011, que tem por finalidade esclarecer as violações de direitos humanos praticadas durante Regime de Exceção, faz parte do processo transicional a que deve se submeter uma Nação que se pretende livre de fantasmas do passado e que busca a (re) conciliação. Neste contexto, o direito à verdade e à memória são pressupostos à tentativa de conciliação e ao processo de Justiça Transicional.

O processo de reparação civil das vítimas do Regime de Exceção, de maneira excepcional, vem sendo realizado, após autorização legal⁵, pela via administrativa⁶, por meio da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. O próprio Ministério da Justiça desenvolveu as Caravanas da Anistia, que consistem na realização de sessões públicas itinerantes de apreciação de requerimentos de anistia política, acompanhadas por atividades educativas e culturais e também “pedidos de desculpas” públicos.

Apesar das três décadas de atraso, a Comissão Nacional da Verdade realizou hercúleo trabalho de trazer a público, através de pesquisas, depoimentos e análise de documentos sigilosos

4“Art. 1o É criada, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8o do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.” Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm > Acesso em 17/07/2014.

⁵Lei 10.559/2002 (Lei Ordinária) 13/11/2002. Do Regime Do Anistiado Político. (...) Art. 1o O Regime do Anistiado Político compreende os seguintes direitos: I - declaração da condição de anistiado político; II - reparação econômica, de caráter indenizatório, em prestação única ou em prestação mensal, permanente e continuada, asseguradas a readmissão ou a promoção na inatividade, nas condições estabelecidas no caput e nos §§ 1o e 5o do art. 8o do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; III - contagem, para todos os efeitos, do tempo em que o anistiado político esteve compelido ao afastamento de suas atividades profissionais, em virtude de punição ou de fundada ameaça de punição, por motivo exclusivamente político, vedada a exigência de recolhimento de quaisquer contribuições previdenciárias; IV - conclusão do curso, em escola pública, ou, na falta, com prioridade para bolsa de estudo, a partir do período letivo interrompido, para o punido na condição de estudante, em escola pública, ou registro do respectivo diploma para os que concluíram curso em instituições de ensino no exterior, mesmo que este não tenha correspondente no Brasil, exigindo-se para isso o diploma ou certificado de conclusão do curso em instituição de reconhecido prestígio internacional; e V - reintegração dos servidores públicos civis e dos empregados públicos punidos, por interrupção de atividade profissional em decorrência de decisão dos trabalhadores, por adesão à greve em serviço público e em atividades essenciais de interesse da segurança nacional por motivo político. Parágrafo único. Aqueles que foram afastados em processos administrativos, instalados com base na legislação de exceção, sem direito ao contraditório e à própria defesa, e impedidos de conhecer os motivos e fundamentos da decisão, serão reintegrados em seus cargos.”

⁶Art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil e sua regulamentação pela Lei 10.559/02

a verdade que estava aprisionada nas masmorras do “esquecimento”, e, porque não, anotando nos anais históricos o que realmente aconteceu nos inúmeros episódios de violação dos Direitos Humanos no Brasil.

Entretanto, os movimentos revisionistas da Lei da Anistia (Parlamentares⁷, Partidos Políticos⁸ e Ministério Público⁹) aproveitaram a retomada da agenda pública da Justiça Transicional no Brasil para tentar efetuar uma das etapas transicionais: o julgamento e a punição criminal das violações de direitos humanos.

O argumento mais utilizado pelos que advogam a tese de invalidade da Lei de Anistia¹⁰ é baseado em pressupostos moralizantes: a Lei de anistia teria sido uma imposição unilateral do Estado, a qual foi submetida a sociedade brasileira. A Anistia no Brasil, portanto, não teria sido um *Pacto de Sociedade*¹¹, mas um instrumento de autoanistia, de torturadores e violadores de direitos humanos. Como se verá adiante, há um grande embate em relação à ideia de Acordo Político para a transição (lenta, gradual e segura) do regime de exceção para a democracia. Muitos historiadores, ativistas e estudiosos do tema acreditam que não houve “*acordo*”. Entretanto, o foco do presente trabalho não é a comprovação da existência ou não do *Pacto de*

⁷A revisão da Lei de Anistia, de 1979, ganhou força com a aprovação pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) do PLS 237/2013.

⁸Neste sentido: “Dando continuidade à luta pela memória e justiça em relação aos crimes cometidos pelos agentes da ditadura, o PSOL ingressou, nesta quinta-feira (15), no Supremo Tribunal Federal (STF) com uma Ação por descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 320) para que o tribunal declare que a Lei de Anistia não se aplica aos crimes de graves violações de direitos humanos, cometidos por agentes públicos, militares ou civis.” Disponível em <http://psol50.org.br/site/noticias/2749/psol-protocola-acao-no-stf-reivindicando-alteracao-na-lei-da-anistia> Acesso em 24/01/2015. E também: “PT defende revisão da lei de anistia no programa de governo de Dilma.” Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/05/1460621-pt-defende-revisao-da-lei-de-anistia-emprograma-de-governo-de-dilma.shtml> Acesso em 24/01/2015.

⁹O Globo, 01/03/2012 - “Procurador reabre casos de desaparecidos da Ditadura: Ministério Público Militar usa artifício jurídico para driblar Lei da Anistia.” <http://oglobo.globo.com/brasil/procurador-reabre-casos-de-desaparecidos-na-ditadura-4120831>

¹⁰ Neste sentido, vide Jair Krischke: “Por que a Corte Interamericana não aceita essa Anistia? Porque é uma autoanistia, que anistia aqueles que cometeram crimes políticos ou conexos. Conexos a quê? A crime político. No parágrafo segundo da lei diz assim: Não estão anistiados os crimes de terrorismo e os crimes de lesões pessoais. Onde se encontra o crime de terrorismo no Código Penal brasileiro? Não existe crime de terrorismo no Código Penal. Mas lá na Lei de Anistia está escrito. Mas o que é crime de terrorismo? Se alguém praticou crime de terrorismo no Brasil, foram os agentes do Estado. A Lei de Anistia é de agosto de 1979 e, em fevereiro de 1980, presos políticos, que continuavam em prisão, fizeram greve de fome, como a imprensa registrou fartamente à época. Então, como pode se tratar tudo de forma igual? Até hoje não foram anistiados os crimes de terrorismo, porque não existe no Código Penal brasileiro, e não foram anistiados os crimes de assalto a bancos, os crimes de lesões pessoais. Crimes que estes agentes do Estado cometeram. Não quero que mude o texto da lei, mas que se aplique tal qual está escrito. Como foi aplicado para os que estavam enfrentando a ditadura.” Disponível em < <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/509842-comissao-da-verdade-alguem-tem-de-carregar-o-piano-ntrevista-especial-com-jair-krischke> > Acesso em 14/01/2015.

¹¹ Expressão utilizada por Daniel Aarão Reis em lúcido artigo sobre o tema. Ditadura, anistia e reconciliação. AARÃO REIS, Daniel. Est. Hist., Rio de Janeiro, vol. 23, n. 45, p. 171-186.

Sociedade, mas, identificar se há relação entre o humanismo jurídico e a Lei de Anistia: O direito internacional costumeiro pode ser fonte de Direito Penal, considerando que o Estado Brasileiro não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade¹²? Acerca da condenação da Corte Interamericana (no caso Júlia Gomes Lund), o reconhecimento da autoridade de seus julgamentos poderia ser retroativo a fim de propiciar a punição dos agentes públicos que violaram direitos humanos? E, por derradeiro, o excepcional grau de requintes de crueldade que foi empregado em torturas e diversas formas de violação pode constituir argumento moral capaz de, à revelia da legalidade, da segurança jurídica e do próprio Estado Democrático de Direito, subverter as regras postas a fim de promover a punição de agentes do regime de exceção? A função precípua da Justiça Transicional de rompimento com o legado autoritário seria julgar os “vencidos”?

Tais questões, emolduradas por detalhes históricos, jurídicos e políticos absolutamente complexos, são o foco do presente trabalho que, despretensiosamente, procura desvincular-se de uma visão “*revanchista*” da Justiça de Transição no Brasil e sinalizar que o punitivismo inflacionado pelas paixões talvez não seja o caminho a ser seguido para que os abusos e violações não sejam esquecidos, mas jamais voltem ofuscar o Estado de Direito.

O objeto da investigação não se circunscreve, apenas, à adequação ou não da Lei da Anistia à ordem constitucional interna do Brasil, matéria objeto de ampla discussão doutrinária, mas abarca o evidente conflito entre a posição do Supremo Tribunal Federal (de declarar recepcionada pela Constituição de 1988, e, portanto válida, a Lei da Anistia) e a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que determina a investigação e punição dos responsáveis pelas supostas violações aos Direitos Humanos. Importa salientar, ainda, a necessária análise da Competência da Corte IDH será estudada, nos termos do Decreto nº. 4.463/2002.

Neste sentido, há grandes chances de que esse tipo de divergência aconteça de forma mais recorrente a partir da primeira experiência (Julgamento da ADPF 153 e Caso Júlia Gomes Lund e outros *versus* Brasil na Corte IDH). Por tal razão é fundamental compreender adequadamente esse fenômeno de conflito entre jurisdição interna e internacional para tentar encontrar respostas

12A Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade – 1968, foi adotada pela resolução 2391 da Assembleia Geral em 26 de novembro de 1968. Entrada em vigor: 11 de novembro de 1970. Até a data da consulta ao instrumento, o Brasil ainda não havia ratificado esta Convenção. No Brasil, como se sabe, instrumentos normativos internacionais só adquirem força vinculante após processo constitucional de internacionalização. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/convencao-sobre-a-imprescritibilidade-dos-crimes-de-guerra-e-dos-crimes-contra-a-humanidade.html>> acesso em 17/07/2014.

adequadas aos novos tempos de construção de um direito mundial ou de uma suposta globalização jurídica, onde se tenta garantir uma proteção universal dos direitos humanos.

O relato de um breve histórico do processo de globalização do direito e de internacionalização dos direitos humanos se impõe num primeiro momento. Prosseguindo, o rompimento com o antigo conceito de soberania (como um poder sem limites do ente estatal) deverá ser demonstrado através das novas tendências do constitucionalismo contemporâneo e da superação de tal modelo por meio da flexibilização da soberania absoluta em homenagem à proteção dos direitos humanos. É imprescindível a análise crítica de uma possível utilização das normas internacionais de direitos humanos pelas potências ocidentais para ditar suas regras ao resto do mundo. (instrumentalização política dos direitos humanos).

Para interpretação das regras previstas na Lei de Anistia no Brasil e sua função como pacto político, devemos sempre cotejá-la com a afirmação contida no artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Se em algum lugar do mundo, em algum momento, houver uma regra jurídica que não dê a todos, sem qualquer exceção, a mesma liberdade e que não assegure a todos, de modo igual, a mesma proteção à dignidade e aos direitos, essa regra deverá ser repudiada por contrariar as exigências éticas e jurídicas dos direitos humanos.

O direito à reconciliação nacional a que faz jus uma sociedade dividida após longos períodos de exceção é a ponte necessária à reconstrução da democracia forte e imune aos ventos da tirania. A Lei de Anistia não adveio, apenas, da vontade dos tiranos, mas como fruto do gemido dos tiranizados. Etapa necessária ao processo de reconciliação e redemocratização do país, sem ela, a finitude do regime militar teria sido mais traumática e sangrenta, perpetuando o clima de rivalidade e instabilidade social. A anistia “ampla, geral e irrestrita” abriu as portas para a remoção dos últimos obstáculos para o processo transicional, seguida da campanha pelas “Diretas Já”, que deu novo fôlego à esperança democrática. A reparação civil das vítimas foi iniciada com o pagamento das indenizações instituídas por lei, bem como a criação da Comissão Nacional da Verdade para garantir o direito à verdade, a partir de depoimentos e documentos sigilosos. Uma provocação necessária: Invalidar a Lei de Anistia e permitir que a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos prevaleça sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal, seria um enorme paradoxo que hostiliza a soberania do Brasil e o direito de autodeterminação do povo brasileiro?

I – UMA ADVERTÊNCIA PRELIMINAR SOBRE A TORTURA E OS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE¹³

A tortura, (assim como o genocídio e as demais graves violações cometidas por Estados e grupos armados, pelas mais diversas razões, que vão do fundamentalismo religioso aos interesses econômicos) em todas as mais sórdidas formas de exteriorização da crueldade humana, é um mal que jamais poderá ser tolerado dentro de sociedades que se pretendem civilizadas e humanizadas, respeitadoras de valores universais de proteção do ser humano. As sevícias narradas pelas vítimas dos regimes totalitários são inúmeras e tenebrosas. A história nos ensina que este mal sempre existiu, em maior ou menor grau. Mas se a força do Direito acabou vencendo o Direito da força, alcançamos, ainda que pretensamente, um marco universal civilizatório com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos da Humanidade. As violações continuarão a existir, mas o padrão universal de rechaço da violência é um consenso. Esta dissertação parte desta premissa.

Os objetivos deste trabalho se encontram no tópico destinado às considerações metodológicas, isto é, *o que ele pretende*. O que *ele não pretende*, destaco aqui:

- i) A existência das graves violações aos direitos humanos, por meio do uso sistemático da tortura, do desaparecimento forçado e do genocídio é uma constatação histórica¹⁴ e não deve sofrer revisionismo, muito embora a pesquisa acadêmica se encarregue de aperfeiçoar o conhecimento que possuímos dos anos sombrios. Neste sentido, este trabalho *não tem a intenção de negar os crimes cometidos no passado pelos agentes do Estado*.
- ii) Os argumentos utilizados como coluna vertebral do presente trabalho científico *não se prestam à defesa ideológica* de grupos, partidos ou correntes, quer se julguem de direita ou esquerda. As conclusões têm a pretensão de serem estritamente técnicas em relação ao escopo do problema apresentado.
- iii) Elaboradas essas considerações iniciais, adverte-se, por derradeiro, que este trabalho não procura legitimar ou ser condescendente com quaisquer tipos de violações ao direito humanitário ou com os perpetradores que merecem a justa resposta das sanções penais cabíveis, desde que *respeitadas as regras do jogo e os direitos fundamentais*.

¹³ GASPARI, Elio. A Ditadura Escancarada. São Paulo: Companhia da Letras, 2002. “É falsa a suposição segundo a qual a tortura é praticada em defesa da sociedade. Ela é instrumento do Estado, não da lei. Pertence ao episódio fugaz do poder dos governantes e da noção que eles têm do mundo, e sobretudo de seus povos. Oficiais-generais, ministros e presidentes recorrem à tortura como medida de defesa do Estado enquanto podem se confundir com ele. Valem-se dela, em determinados momentos, contra determinadas ameaças, para atingir objetivos específicos”

II - BREVES CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS¹⁵

Os problemas metodológicos que assolam os trabalhos acadêmicos jurídicos são conhecidos por todos: Ausência de neutralidade axiológica, textos panfletários e ideológicos, argumentos de autoridade, argumentos contaminados por suposições ideológicas, etc. Em artigo bastante severo sobre as pesquisas jurídicas, o sociólogo Luciano Oliveira não poupa críticas à forma como os trabalhos de conclusão são desenvolvidos no Brasil. O trecho mais interessante do artigo ressalta uma conclusão importante e aponta uma ausência de compromisso epistemológico: “Definitivamente, é preciso que os juristas se convençam de que, ao escreverem um trabalho acadêmico, não podem tratar suas hipótese de trabalho como se estivessem defendendo causas.”

16

O autor desta pesquisa não possui a pretensão de defender causas ou criar uma “obra de referência” sobre a anistia política no Brasil, mas provocar o debate, munido de argumentos jurídicos (princípios, doutrina, jurisprudência e atos normativos), um tanto ignorados, sobre o problema apresentado. A conclusão, e não vou adiantar tais pontos esperando que o leitor chegue até lá, é o resultado do confronto de argumentos e da longa jornada travada nas fontes que serviram de base à estrutura desta dissertação. Se ao cabo conseguir plantar a semente da dúvida sob o terreno das certezas que permeiam o tema, este escriba ficará satisfeito com o que conseguiu.

Neste ponto, realizados os questionamentos iniciais necessários à provocação do debate, algumas notas metodológicas preliminares devem ser adicionadas ao presente trabalho científico, a fim de imprimir maior compreensão acerca de seu tema, delimitação temática, problema, objetivo, justificativa e metodologia.

¹⁵ “A metodologia é importante demais para ser deixada aos metodólogos.” (Howard S. Becker) Epígrafe do livro “Como (Não) Se Faz um Trabalho de Conclusão: Provocações Úteis para Orientadores e Estudantes de Direito (Especialmente das Ciências Criminais)” CARVALHO, Salo. Saraiva. Porto Alegre, 2012.

¹⁶ Oliveira, Luciano. NÃO FALE DO CÓDIGO DE HAMURÁBI! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. Disponível em <http://www.uniceub.br/media/180293/Texto_IX.pdf> Acesso em 28/01/2015.

a) Tema

O tema proposto é a Anistia Política conferida pela Lei Federal n.º 6.683/79 sob a perspectiva de uma dimensão humanista.

b) Delimitação Temática

O recorte que nos interessa dentro do tema Anistia Política é a análise da Lei de Anistia Política no Brasil (Lei n.º 6683/1979) ante a proteção internacional dos Direitos Humanos e os limites à punição de pessoas acusadas de graves violações de Direitos Humanos.

c) Problema

Num momento de consagração do ativismo judicial e do Supremo Tribunal Federal como ator que “*dá a última palavra*” sobre determinado assunto na República, salta aos olhos a aparente disputa e indubitável divergência entre as soluções encontradas pela Corte Constitucional do Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos às questões sensíveis relacionadas à proteção de direitos humanos. O problema se centra na *imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade* (fundada nos “*jus cogens*”) e na invalidade da Lei de Anistia defendida pela Corte IDH (Caso Fomes Lund versus Brasil – Guerrilha do Araguaia), em contraposição à anterior decisão do STF declarando-a válida e constitucional, como “pacto de sociedade.” Há um choque entre o Direito Penal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. A imprescritibilidade excepciona a regra genérica da prescrição penal e desafia os fundamentos filosóficos do moderno Direito Penal humanista, estes associados à própria justificação do *ius puniendi* que tem o Estado. Existem, ainda, aspectos formais acerca da decisão da Corte IDH enfrentados no presente estudo: i) a competência para julgamentos de fatos anteriores à vigência da Convenção Interamericana; ii) a possibilidade jurídica de punição retroativa dos supostos violadores, uma vez que os próprios tratados (Convenção Interamericana e Estatuto de Roma) vedam a aplicação penal da *lex gravior* iii) a utilidade da instrumentalização do Direito Penal, após 36 anos da concessão da anistia.

d) Objetivo

Os objetivos do presente estudo são: i) analisar se a Anistia Política no Brasil, como parte do processo transicional, possui uma perspectiva humanista; ii) identificar quais são os limites jurídicos, fundados no Direito Internacional e no Direito Interno, à punição dos anistiados. iii) confrontar o Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Penal Interno e identificar seus pontos de conflito e se há possibilidade conciliação entre as duas doutrinas.

f) Justificativa

Ao pesquisar a bibliografia sobre o tema “justiça de transição”, quase sempre nos deparamos sobre a indiscutível e intocável questão do consenso sobre imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Como se verá no desenvolvimento da presente dissertação, a esmagadora maioria de internacionalistas, juristas e estudiosos dos Direitos Humanos interpretam a Lei de Anistia Política do Brasil à luz das regras de Direito Internacional dos Direitos Humanos. O julgamento da ADPF 153, ao confirmar a validade da Lei de Anistia, gerou vasta produção doutrinária jurídica contra a decisão do STF. Diante do Choque entre Direito Penal interno e Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como diante das controvérsias enormes sobre a aplicabilidade da decisão do Caso Júlia Gomes Lund *versus* Brasil, justifica-se a abordagem do tema da perspectiva *dos limites jurídicos à punição dos acusados*. O consenso jurídico-doutrinário é que, em tese, a punição aos violadores é possível e imprescritível. Diante de tantas vozes em coro, com apenas algumas opiniões dissonantes, pela punição, hoje, dos perpetradores de graves atos contra os Direitos Humanos no regime de exceção (1964-1979), indaga-se: Quais os direitos dos acusados? Se a utilização do Direito Penal é *justa*, esta é uma opção de política criminal, a ser *estudada e discutida* por sociólogos, historiadores e cientistas políticos e *decidida* pela sociedade civil. Entretanto, se a utilização do Direito Penal hoje, para punição dos violadores de Direitos Humanos é *possível juridicamente*, ante o Direito Interno e Internacional, cabe aos pesquisadores do Direito investigar.

g) Metodologia

A metodologia será desenvolvida com o exame das referências bibliográficas e análise crítica dos argumentos jurídicos apontados pelos autores. A jurisprudência constitucional do

Brasil (STF) e convencional (Corte IDH) serão amplamente utilizadas como fonte de pesquisa, eis que também constituem objeto do estudo. Esta dissertação encontra-se desenvolvida em 5 capítulos estruturais e 3 tópicos adicionais. Na introdução e no título seguinte desenvolve-se a apresentação do problema, os objetivos propostos, justificativa e metodologia. No Capítulo I analisa-se a função da anistia política no Brasil, investigando-se suas raízes históricas e sua utilidade como abertura do caminho à redemocratização, bem como seu verdadeiro teor (pacto político ou imposição unilateral). Ao final, um breve relato sobre o *humanismo jurídico*. No Capítulo II, investiga-se a relação entre a Corte IDH e a Lei de Anistia no Brasil e sua jurisprudência (especialmente o caso Julia Gomes Lund e Outros *versus* Brasil). No Capítulo III, passa-se à análise da decisão da ADPF 153 e a investigação sobre seu caráter humanista. No capítulo IV o relatório final da Comissão Nacional da Verdade é dissecado. No Capítulo V, e último, investiga-se a Justificação e Finalidade da Pena, no caso de ser invalidada a Anistia Política do Brasil. Após tais digressões, exponho as conclusões alcançadas, sem a pretensão de esgotar o tema ou "fazer doutrina", mas provocar o debate sobre a juridicidade das penas no caso dos anistiados pela Lei 6683/79 e até que ponto são necessárias e não revanchistas.

CAPÍTULO I - FUNÇÃO DA ANISTIA POLÍTICA NO BRASIL: PACTO POLÍTICO OU IMPOSIÇÃO UNILATERAL?

1.1 Uma necessária abordagem preliminar sobre memória, justiça e anistia.

A expressão “memória coletiva” na forma utilizada pelas ciências sociais veio a ser empregado, primeiramente, pelo sociólogo francês Maurice Halbwachs¹⁷, em seu “*Les cadres sociaux de la mémoire*”, publicado em 1925. Para Halbwachs, o indivíduo que tem memória é sempre um indivíduo inserido em grupos de referência, a memória é sempre construída em grupo, mas é também, sempre, um trabalho do indivíduo¹⁸. Na comparação entre memória e história, Pierre Nora¹⁹, valendo-se também de Halbwachs, nos ensina que “a história é a reconstrução sempre problemática e incompleta do que não existe mais. A memória é um fenômeno sempre atual, um elo vivido no eterno presente; a história, uma representação do passado.” A memória coletiva é, portanto, uma construção circunstancial, desenvolvida pelos indivíduos a partir de suas experiências com os grupos.

A anistia deriva do grego *amnestia*, que significa esquecimento. Cria-se, por ato legislativo, um perdão geral para determinadas infrações cometidas. A discussão moral sobre a função da anistia não é o foco desta pesquisa. Tal ponto é relativo e foge ao campo de análise estritamente jurídico quanto à legalidade de uma eventual revisão punitiva da Lei de Anistia, após mais de 40 anos de sua promulgação. Paul Ricoeur nos ensina que anistia é uma espécie de

¹⁷HALBWACHS, Maurice. A memória coletiva. São Paulo: Vértice, 1990.

¹⁸Paul Ricoeur, nos explica a Memória Coletiva: “De resto, diz o autor, embora a memória coletiva extraia sua força e duração do fato de que um conjunto de homens lhe serve de suporte, são indivíduos que se lembram enquanto membros do grupo. Agrada-nos dizer que cada memória individual é um ponto de vista sobre a memória coletiva, que esse ponto de vista muda segundo o lugar que nele ocupo e que, por sua vez, esse lugar muda segundo as relações que mantenho com outros meios.” (RICOEUR, 2007, p. 133).

¹⁹NORA, Pierre. Entre Memória e História. Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em História do Departamento de História da PUC-SP. São Paulo, 1981: “Memória, história: longe de serem sinônimos, tomamos consciência que tudo opõe uma à outra. A memória é vida, sempre carregada por grupos vivos e, nesse sentido, ela está em permanente evolução, aberta à dialética lembrança e do esquecimento, inconsciente de suas deformações sucessivas, vulnerável a todos os usos e manipulações, susceptível de longas latências e repentinas revitalizações. A história é a reconstrução sempre problemática e incompleta do que não existe mais. A memória é um fenômeno sempre atual, um elo vivido no eterno presente; a história, uma representação do passado. (...) A memória emerge de um grupo que ela une, o que quer dizer, como Halbwachs o fez, que há tantas memórias quantos grupos existem, que ela é, por natureza, múltipla, e desacelerada, coletiva, plural e individualizada.”

amnésia institucional²⁰, “com intuito de reconciliação nacional, nesse aspecto, é perfeitamente legítimo reparar pelo esquecimento as lacerações do corpo.” Anistia pode ser entendida, então, como um ponto de partida institucional absolutamente necessário à reconciliação nacional. Ricoeur também é favorável a uma memória “esclarecida pela historiografia”, cabendo à história o dever de retirar os excessos e abusos da memória. Ricoeur ressalta o desafio da historiografia em construir uma “política da justa memória”.

A anistia política no Brasil, ainda que considerada esquecimento, foi um marco no processo de transição para a democracia. Com o advento das reparações civis no âmbito administrativo e judicial das vítimas do regime de 1964, bem como o reconhecimento por parte do Estado das violações cometidas, certamente a anistia política no Brasil não assumiu contornos de esquecimento no sentido histórico. As publicações acadêmicas e pesquisas sobre o período de 1964 a 1979 são absolutamente prolíficas e, recentemente, o trabalho da Comissão da Verdade, instaurada, é verdade, com atraso histórico, apenas confirmam que não houve esquecimento coletivo das graves violações praticadas pelos agentes do Estado, mas o reflexo despenalizador no âmbito criminal, a fim de permitir a reconciliação e o resgate da democracia.

Enorme desafio das justiças de transição instauradas após regimes totalitários é não admitir um caráter revanchista que coloque a população entre “nós” e “eles”. Nesta abordagem, Tzevetan Todorov²¹ é um autor necessário:

A justiça deletiva, aquela que só atinge nossos inimigos, continua ainda sendo justiça? Poderíamos apresentar essa questão não apenas comparando o tratamento diferente da Iugoslávia e da OTAN no momento do conflito, mas também o da Iugoslávia e de outros países cuja política em relação a suas minorias é igualmente contestável, como Israel ou Turquia. Esses países não aceitam mais do que a Iugoslávia, a intervenção internacional, sem sequer falar de jurisdição; ora, eles jamais foram penalizados. A explicação? são países “amigos”, países estrategicamente úteis para “nós”. Uma realidade que não podemos ignorar – mas que nada tem a ver com justiça. (TODOROV, 2004, pág 45)

²⁰RICOEUR, Paul. A memória, a história, o esquecimento. Tradução: Alain François. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 2007. pág. 188

²¹TODOROV, Tzevetan, “Les limites de la justice” [Os limites da justiça]. In: [Crimes internacionais, jurisdições internacionais. Valor, política e direito], Manole, Barueri, SP, 2004. pág. 45.

1.2 Contexto histórico e antecedentes da Lei de Anistia de 1979

O Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco, assumiu a presidência de 1964 à 1967, após o movimento político denominado “Golpe Militar de 1964”²², chamado por seus apoiadores de “Revolução de 1964”, dando início ao período em que vigorou no Brasil o regime de exceção conhecido popularmente como “ditadura”²³. A Junta Militar que governou o país antes do empossamento do presidente da República, instaurou o AI-1 (Ato Institucional número 1), suspendendo os direitos políticos de qualquer cidadão e ordenando a cassação de mandatos parlamentares:

“A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe”.²⁴

²² Sobre a expressão “ditadura”: “ditadura é uma forma de governo que surge quando os militares tomam o poder, suprimem as instituições civis do governo e privam os cidadãos dos seus direitos políticos e da sua liberdade”: ARENDT, Hanna. Responsabilidade e Juízo. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Dom Quixote, 2007, p. 28/29”

²³ Ainda sobre a expressão “ditadura”, a Profa. Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos nos ensina: “O termo ditadura origina-se na ditadura romana. Entretanto, o significado atual da palavra é bastante distinto da instituição a que se aplicava na Roma republicana. A ditadura romana compunha-se de um órgão extraordinário, ativado por processos e limites definidos, para que se enfrentasse uma situação de emergência. Detal forma que a razão para a qual se nomeava um ditador era claramente estipulada, e ditador a ela deveria se restringir. Normalmente, a ditadura era aplicada na condução de uma guerra ou na solução de uma crise interna. Na atualidade, a palavra ditadura tende a abarcar todos os regimes antidemocráticos ou não-democráticos. A semelhança entre as ditaduras romana e a atual é a concentração e o caráter absoluto do poder.” FERREIRA BASTOS, Lúcia Elena Arantes. A Lei de Anistia brasileira: os crimes conexos, a dupla via e aos tratados de Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67820/70428>> Acesso em 14/01/2015.

²⁴ ATO INSTITUCIONAL Nº 1, DE 9 DE ABRIL DE 1964. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm> Acesso em 15/07/2014.

Os homicídios praticados pelos agentes do Estado na região de Araguaia fizeram parte de um movimento de destruição sistemática e generalizada da oposição política do regime de exceção e constituiu um de seus episódios mais sangrentos. As vítimas foram submetidas às torturas mais cruéis e degradantes. O *modus operandi* seguido pelos militares nas detenções da região, bem como em outros sequestros e prisões de inimigos do regime no Brasil, permite concluir que as vítimas foram torturadas durante o período em que estiveram sob custódia do Estado. Muitas circunstâncias dos sequestros e desaparecimentos não foram esclarecidas, e, em alguns casos, os restos mortais não foram localizados, identificados e entregues a seus familiares, bem como os eventuais responsáveis não foram investigados, processados ou sancionados criminalmente.

A anistia começou a ser rogada pela sociedade civil logo após 1964. Jornalistas como Austregésilo de Athayde e Alceu de Amoroso Lima, logo após a tomada de poder, pediram “a anistia para os derrotados e a devolução do poder aos civis”.²⁵ Um manifesto da Frente Ampla, organizada por opositores como Carlos Lacerda, Juscelino Kubitschek e João Goulart, pediu anistia, no ano de 1966.

No ano de 1969 a jovem senhora Therezinha Zerbini, então esposa do general reformado Euryale de Jesus Zerbini, foi acusada de auxiliar a organização do Congresso da UNE naquele ano. Therezinha Zerbini mais tarde seria internacionalmente reconhecida como uma liderança importante na sociedade civil que impulsionaria o movimento pela anistia, com a criação do Movimento Feminino pela Anistia:

Nasci em 1928 e, em 1932, fiz parte do esforço de guerra. No Clube Piratininga, eu recitava o Saci. Olha que metida! Aos 16 anos, fiquei tuberculosa dos dois pulmões. Fui para um sanatório e vi a diferença entre ricos e pobres. Isso despertou o meu anseio de mudança. Depois fiz direito no Vale do Paraíba [SP]. Tive como colega o Sérgio Paranhos Fleury! Na faculdade, quando ele não estava drogado, era um homem aceitável. Quando estava drogado, virava o cão. Meu marido me dizia que eu andava pelo mundo pelo cheiro e pela cor. Sou assim. Não sou um ser que se jacta de ter cultura. Tenho é intuição. Queria fazer coisas de ordem prática, acabar com aquilo que estava ali. Em 1975, organizei o Movimento Feminino pela Anistia. Fiz um manifesto e passei a formar núcleos pelo Brasil inteiro para colher assinaturas. Comecei pelo Rio Grande do Sul. Coloquei os manifestos numa caixa e mandei pelo correio para a Dilma, que foi muito habilidosa. Tenho uma coragem de mamãe onça. Em 1978, quando [o então presidente dos EUA] Jimmy Carter veio ao Brasil, resolvi fazer uma carta de saudação para a Rosalyn [mulher dele] dizendo: "Nós que lutamos por justiça e paz..." Fui para Brasília bem bonita, com um vestido de flores. Com a minha cara clara, parecia uma gringa. Quando a Rosalyn chegou, com a carta na mão, disse para ela: "Madam, it's for

²⁵Anistia. *Após movimentação popular em torno da temática da Anistia, Figueiredo sanciona a lei*. Disponível em: < <http://www.bradoreturnante.org.br/historia/anistia> > Acesso em 01/07/2014.

you". Senti a mão dela gelada, parecia uma lagartixa. Ela estava lívida. Foi um fuzuê. Os repórteres franceses me perguntaram: "Madame, vous êtes maquis [militantes da resistência francesa]?" Eu disse: "Oui, oui, maquis". A anistia foi uma conquista. Não foi dádiva, foi luta. Não tem que rever. Eu costumava dar o exemplo da mulher do Ló, que olhou para trás e virou estátua de sal. A anistia é conciliação, paz, de lado a lado. Tem que esquecer. Tinha bandido dos dois lados²⁶.

No Rio de Janeiro, por iniciativa do Movimento Feminino pela Anistia, foi fundado o Comitê Brasileiro pela Anistia, que uniu o esforço de diversas entidades da sociedade civil e personalidades que se opunham ao regime. O Comitê reivindicou a revogação das "leis ditatoriais", como a Lei de Segurança Nacional, e pela extinção de órgãos e aparelhos de repressão, como o DOPS. No ano de 1978, o movimento pela Anistia ganhou as ruas diante da resistência do regime em atender as reivindicações populares.

O General Pery Constant Bevilacqua teve foi Ministro do Superior Tribunal Militar, posteriormente aposentado com base no AI-5. Filiou-se ao MDB, e, a partir de fevereiro de 1978, apoiou o Comitê Brasileiro pela Anistia, para defender a anistia "ampla, geral e irrestrita" e "recíproca", para "todos os crimes políticos, praticados por pessoas de ambos os lados". Segundo Gaspari, o Pery foi um defensor intransigente da anistia:

"Sua nêmesis no STM era o general Pery Constant Bevilaqua, um legalista imprevisível e destemido. Peça vital do dispositivo que assegurara a posse de João Goulart era 1961, dois anos depois chamara os dirigentes do CGT de "malfeitores sindicais". Deposto o governo, combateu a instauração de processos contra Jango e seus ministros. Crítico da expansão da influência militar e da abertura da economia aos capitais estrangeiros, foi remetido da chefia do Estado-Maior das Forças Armadas ao STM. Lá, condenou os inquéritos policial- militares por meio dos quais a nova ordem julgava os adversários políticos do antigo regime. Negou competência aos militares para julgar civis e defendeu a anistia. (pág. 95)

Pery Bevilaqua foi malvadamente posto para fora do STM com base no AI-5, poucos meses antes de completar setenta anos, quando seria aposentado pelo calendário. A ditadura acreditou que se livrara dele, mas na verdade foi Pery quem se livrou dela. Anos depois, tornou-se um dos líderes da campanha pela anistia. Graças a ele, o Exército brasileiro pode dizer que um de seus generais teve a coragem de falar em anistia na época em que a palavra parecia ser um estigma."²⁷ (GASPARI, 2003, pág. 96)

Os comitês de anistia, os núcleos do Movimento Feminino pela Anistia, as comissões de familiares de vítimas da repressão deram publicidade ao movimento por todo o país. Com o "novo sindicalismo", os sindicatos engrossaram o coro no pedido pela Anistia em 1979, dando

26A 'burguesona' que foi à luta. São Paulo, domingo, 01 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/51985-a-burguesona-que-foi-a-luta.shtml>> Acesso em 01/07/2014.

²⁷ GASPARI, Elio. A Ditadura Derrotada. São Paulo: Companhia da Letras, 2003. pag 84

maior visibilidade ao movimento. O Poder Executivo enviou o Projeto de Lei da Anistia ao Congresso Nacional. Em 27 de junho de 1979 e aparece na imprensa como parte do “dia mais feliz” da vida do Presidente General Figueiredo. A ARENA fez parte do processo de elaboração. A proposta saía da pena do ministro da Justiça Petrônio Portella e no interesse direto de Golbery do Couto e Silva.²⁸

Em 24 de julho de 1979, o Conselho Federal da OAB se reuniu para votar parecer do advogado Sepúlveda Pertence sobre a proposta do governo para Lei da Anistia. Os conselheiros votaram a favor do parecer. Para os advogados, a anistia deveria ser mais ampla, entretanto. Hoje, a OAB defende justamente o contrário: anistia restrita e a punição aos violadores de Direitos Humanos.²⁹

O senador Teotônio Vilela, presidente da Comissão que analisou o Projeto de Lei, acabou sendo responsável por sua popularização, uma vez que percorreu o Brasil³⁰ ouvindo a sociedade civil e os anseios que a mesma possuía em relação à proposição.³¹ O projeto teve 302 emendas propostas pelos parlamentares. Teotônio Vilela acabou isolado dentro do próprio partido político (A Aliança Renovadora Nacional), por supostamente conduzir o processo de discussão em oposição aos interesses do Governo. Presos políticos deram início a uma greve de fome nacional, coincidindo com a votação do Projeto no Congresso. No dia 28 de agosto de 1979, deputados e senadores votam e aprovam a proposta do Poder Executivo.

Após a sanção da Lei da Anistia muitos juristas se manifestaram a respeito do alcance de seus efeitos, neste sentido, cite-se Nilo Batista³²:

“O legislador não concedeu anistia a autores ou partícipes de assalto, sequestro, atentado pessoal e terrorismo, mesmo quando conexos a crimes políticos. Formulação que fere o princípio da reserva legal, por consistirem em incriminações vagas e indeterminadas. Segundo ele, ocorreu nesse caso, uma “injustiça material”, pois pessoas condenadas pelos mesmos crimes pelos quais outros não chegaram a ser condenados definitivamente não foram anistiadas. Tratava-se, portanto, “de submeter a matéria à justiça”. (BATISTA, 1979, P. 197)

²⁸MEYER, Emílio Peluso Neder. Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, 2012, pág 100.

²⁹ Parecer disponível na íntegra : <http://s.conjur.com.br/dl/parecer_oab_anistia_79.pdf > Acesso e, 16/01/2015

³⁰SIMON, Pedro. A reconstrução da democracia – Brasília : Senado Federal, 2006.

³¹CONGRESSO NACIONAL. Comissão Mista Sobre Anistia. Volume I - Documentário organizado por determinação do Presidente da Comissão Mista do Congresso. Senador Teotônio Vilela. Disponível em <www.dhnet.org.br/.../livro_congresso_nacional_anistia_volume01.pdf >

³²BATISTA, Nilo. “Aspectos Jurídico-Penais da Anistia”. Encontros com a Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 19, jan./1980, p. 197..

O texto da lei, truncado, permite uma interpretação dúbia. A anistia foi considerada recíproca (ampla, geral e irrestrita) e extensível aos crimes de qualquer natureza relacionados aos crimes políticos. Consideração de extremo relevo é a que não houve "mão dupla" na concessão da anistia, de forma ampla, como muitos pensam. A lei não anistiou aqueles que foram condenados pela prática de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal (§ 2º, art. 1º), mas vários presos políticos foram libertados devido à redução das penas estabelecidas pela Lei de Segurança Nacional reformulada em 1978. Não foram absolvidos nem anistiados, saíram das prisões pelo benefício da legislação penal ordinária.

1.3 O acordo político.

A Lei n.º 6.683 (Lei de Anistia) foi promulgada em 1979, no governo do presidente João Baptista Figueiredo, para anistiar sanções penais aos cidadãos brasileiros que, entre os anos de 1961 e 1979, foram considerados criminosos políticos pelo regime militar instaurado no País desde 1964. A lei garantiu o retorno dos exilados ao país, o restabelecimento dos direitos políticos e a reintegração ao serviço público de militares e funcionários da administração pública que foram desligados de suas funções durante o regime.

No ano de 2002, a Lei 10.559 foi promulgada com intuito de ampliar os direitos dos anistiados. Seus efeitos foram ampliados e alcançam o período de 18 de setembro de 1946 até 5 de outubro de 1988, a fim de beneficiar cidadãos que foram penalmente sancionados e impedidos de exercerem atividades políticas. Em que pese a resistência em muitos pesquisadores em aceitar a Lei da Anistia como um “acordo político”, o historiador Daniel Aarão Reis³³ entende que houve, sim, um “pacto de sociedade” e explique o porquê:

Para mim, esta lei configurou um pacto de sociedade. O que não significa que houve unanimidade. Nunca há unanimidade, por mais que um consenso, reunindo amplos segmentos sociais, se forme em determinados momentos em distintas sociedades. No caso da lei mencionada, há evidências de que nem todos estiveram de acordo. De fato, ficaram nas margens os que desejavam uma anistia ampla, geral e irrestrita, o que implicaria inclusive o desmantelamento da polícia política e o julgamento dos torturadores. Essa proposta, decididamente, não empolgou as gentes. Prevaleceu, e a custo, aprovada por pequena maioria, uma lei restritiva, e tanto, que, além de manter na cadeia presos políticos, ensejou então, e enseja até hoje, o debate sobre se os torturadores estariam, ou não, agasalhados por um determinado e controverso artigo, que dispôs

33 AARÃO REIS, Daniel. Est. Hist., Rio de Janeiro, vol. 23, n. 45, p. 171, janeiro-junho de 2010.

sobre anistia dos crimes conexos aos praticados pelos que se opuseram à, e foram perseguidos pela, ditadura. (AARÃO REIS, 2010, pág. 171)

Como assevera Daniel Aarão Reis, um triplo silêncio selou o *pacto de sociedade*: O silêncio sobre a tortura e os torturadores, o silêncio sobre o apoio da sociedade à ditadura e o silêncio sobre as propostas revolucionárias de esquerda entre 1966 e 1973. Em posicionamento contrário, o professor da USP Vladimir Safatle³⁴ entende que o suposto pacto é uma “farsa”. Para este pesquisador, a anistia não passou de uma “auto-anistia” para os próprios militares, não resultando de qualquer debate entre a sociedade civil e o governo constituído:

(...) No entanto, uma das maiores mentiras herdadas daquele período é a história de que existiu uma anistia resultante de ampla negociação com setores da sociedade civil e da oposição. Aquilo que chamamos de “Lei da Anistia” foi e continua sendo uma mera farsa. Primeiro, não houve negociação alguma, mas pura e simples imposição das condições a partir das quais os militares esperavam se auto-anistiar. O governo de então recusou a proposta do MDB de anistia ampla, geral e irrestrita, enviando para o Congresso Nacional o seu próprio projeto, que andava na contramão daquilo que a sociedade civil organizada exigia. Por não ter representatividade alguma, o projeto passou na votação do Congresso por míseros 206 votos contra 201, sendo todos os votos favoráveis vindos da antiga Arena. Ou seja, só em um mundo paralelo alguém pode chamar de “negociação” a um processo no qual o partido governista aprova um projeto sem acordo algum com a oposição. Há de se parar de ignorar compulsivamente a história brasileira. (SAFATLE, 2013)

Daniel Aarão Reis avança e expõe, em sua pesquisa, um argumento incômodo: o silêncio sobre o apoio da sociedade à ditadura³⁵:

“A ditadura, desde o início, sempre suscitou oposições. Estas se multiplicariam, principalmente nos últimos anos da década de 1970, tornando-se então difícil encontrar alguém que apoiasse explicitamente o regime que se extinguia. Já nas comemorações dos 40 anos de 1968, em 2008, era quase impossível encontrar quem houvesse apoiado sem reservas a ditadura. Um enigma. Como o regime durara tanto tempo sem viva alma que o apoiasse? Na verdade, houve apoios, extensos e consistentes. (...) Incômodas lembranças – por pessoas, grupos sociais ou sociedades inteiras – são frequentemente colocadas entre parênteses, à espera, para que possam ser analisadas, de um melhor momento ou do dia de São Nunca.” (AARÃO REIS, 2010)

34 A farsa da anistia. SAFATLE, Vladimir. Disponível em <<http://migre.me/ktwXx>> acesso em 15/07/2014.

35 A esse respeito, também é importante mencionar SABADELL e DIMOULIS: “Por vinte anos após o fim da ditadura de 1964, prevaleceu a opção de pacificação, por meio do “esquecimento” (jurídico) dos acontecimentos e da não responsabilização dos agentes da ditadura. A adoção do modelo da anistia se expressou principalmente pela lei federal n. 6.683 de 1979, que anistiou os crimes de natureza política cometidos durante a ditadura. Na prática judicial foi considerado que a lei beneficiava tanto os opositores como os agentes da ditadura, não havendo processos nem condenações”. Anistia A política além da justiça e da verdade. Rio Acervo, Rio de Janeiro, v. 24 no 1, p. 79-102, jan/jun 2011 - pág. 81

Tal apoio da sociedade³⁶ à ditadura é constatado pelo advento inicial das Marchas da Família com Deus pela Liberdade e pelos altíssimos índices de popularidade do Presidente Garrastazu Médici. Impõe-se, ainda, mencionar, mais uma vez, o texto de Nilo Batista, em trecho em que assevera a existência de grande negociação política em torno do que da Lei da Anistia³⁷:

Sempre se soube da grande negociação política; hoje se sabe até que houve resistência à lei do ex-presidente General Geisel. Mas se o Congresso Nacional de 1979 pode ser olhado com certas reservas, o de 1985 --- já após eleições diretas para os governos estaduais, já com o país governado por um presidente civil, entre outros indicadores importantes --- por certo não precisava legislar anistia em causa própria; e na mesma emenda na qual era convocada a Assembléia Nacional Constituinte que resultaria na Constituição de 1988, a anistia ascendia à hierarquia constitucional, deixando no degrau de baixo a restrição aos chamados ‘crimes de sangue’, que integrara a lei ordinária, e assim tornando-se penalmente irrestrita. (BATISTA in DIMOULIS, 2010, pág 11)

Os esforços são enormes para tentar comprovar que o “acordo político” consubstanciado na lei da anistia não foi, efetivamente, um pacto político, mas a imposição da vontade unilateral da vontade Governo estabelecido. Conforme demonstrado, a semente dos movimentos sociais pela anistia se deu com o Movimento Feminista Pela Anistia, liderados pela ativista Therezinha Zerbini. As afirmações categóricas de que a Lei de Anistia promulgada pelo Governo não foi um pacto social e político entre oposição e governo, parecem equivocadas, por mais que, na queda de braço entre Estado e Sociedade Civil organizada, saibamos que o peso do Leviatã é preponderante. Vejamos o porquê.

Em que pesem as restrições do Poder Executivo à lei (Vetos) promulgada em 28 de agosto de 1979, sua edição foi o ponto culminante da pressão popular em torno do início da redemocratização. Desde as discussões nos Comitês do MPFA até a votação e promulgação do projeto de lei, muita água correu, mas o moinho foi movido e a abertura política tornou-se inadiável. Ainda que em condições de hipossuficiência política, inegável, por parte da sociedade

³⁶ “Apagou-se da memória o amplo movimento de massas que, através das Marchas da Família com Deus e pela Liberdade, legitimou socialmente a instauração da ditadura. Desapareceram as pontes e as cumplicidades tecidas entre a sociedade e a ditadura ao longo dos anos 70, e que, no limite, constituíram os fundamentos do próprio processo da abertura lenta, segura e gradual. Um político imaginativo empregou então uma curiosa metáfora: o povo brasileiro, macunaimicamente, comera lentamente a ditadura, mastigando-a devagarzinho, a digerira e se preparava agora para expeli-la pelos canais próprios. Um verdadeiro achado. A sociedade brasileira não só resistira à ditadura, mas a vencera. Difícil imaginar poção melhor para revigorar a auto-estima.” REIS FILHO, Daniel Aarão. Ditadura Militar, esquerda e sociedade. Jorge Zahar, 2000, pag 46

³⁷ DIMOULIS, Dimitri e outros. Justiça de transição no Brasil. Direito, Responsabilização e Verdade. Editora Saraiva, São Paulo, 2010, pág 11.

civil, a anistia foi, sim, resultado da pressão da sociedade civil organizada e de lideranças parlamentares, como Teotônio Vilela. Os exilados, por exemplo, efetivamente voltaram ao País e, através de decisões judiciais e redução drástica das penalidades os presos políticos foram, gradualmente, sendo postos em liberdade.

Conforme aponta Aarão Reis³⁸:

“O triplo silêncio vertebrou um pacto de sociedade, atualizando as formulações de E. Renan, que sustentava, sem sorrir, que uma nação, para se manter, deve-se mostrar capaz de recordar algumas coisas e de esquecer outras. O triplo esquecimento viabilizou a anistia, tal qual foi aprovada.”

A decisão de revisão do “acordo político” qual resultou a lei de anistia pertence à sociedade, muito embora isto não signifique que o “pacto” não tenha existido, mas admitir que a lei estaria sujeita à eventuais revisões, que, caso aconteçam, não podem violar tratados de direitos humanos à pretexto de dotá-los de efetividade.

Contrariamente, Flávia Piovesan³⁹ pondera acerca da inexistência de uma suposta conciliação nacional, a despeito dos elementos históricos disponíveis, dos relatos dos Movimento Feminista Pela Anistia, da batalha travada pela OAB e pelo MDB:

“(…) há que se afastar a insustentável interpretação de que, em nome da conciliação nacional, a lei de anistia seria uma lei de ‘duas mãos’, a beneficiar torturadores e vítimas. Esse entendimento advém da equivocada leitura da expressão ‘crimes conexos’ constante da lei. Crimes conexos são os praticados por uma pessoa ou grupo de pessoas, que se encadeiam em suas causas. Não se pode falar em conexão entre fatos praticados pelo delinquente e pelas ações de sua vítima. A anistia perdoou a estas e não àqueles; perdoou às vítimas e não aos que delinquem em nome do Estado. Ademais, é inadmissível que o crime de tortura seja concebido como crime político, passível de anistia e prescrição” (AARÃO REIS, 2010)

Como se verá detalhadamente em capítulo próprio, Eros Roberto Grau, em voto contundente na ADPF 153⁴⁰, que rejeitou a revisão da Lei da Anistia, manifestou repúdio à tentativa de esquecimento dos esforços movidos para celebração de pacto político que resultasse na abertura e na conciliação:

³⁸ AARÃO REIS, Daniel. *Estud. hist.* (Rio J.) vol.23 no.45 Rio de Janeiro Jan./June 2010.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da FMP, n.º 4, Porto Alegre: FMP, 2009, p. 117

⁴⁰ ADPF 153, STF, Voto do Ministro Eros Roberto Grau. 24/04/2010, pag. 58.

“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. Inclusive a OAB, de modo que nestes autos encontramos a OAB de hoje contra a OAB de ontem. É inadmissível desprezarmos os que lutaram pela anistia como se o tivessem feito, todos, de modo ilegítimo. Como se tivessem sido cúmplices dos outros. Para como que menosprezá-la, diz-se que o acordo que resultou na anistia foi encetado pela elite política. Mas quem haveria de compor esse acordo, em nome dos subversivos? O que se deseja agora, em uma tentativa, mais do que de reescrever, de reconstruir a História? Que a transição tivesse sido feita, um dia, posteriormente ao momento daquele acordo, com sangue e lágrimas, com violência? Todos desejavam que fosse sem violência, estávamos fartos de violência” (GRAU, 2010, ADPF 153)

Diante de tais elementos (comprovada participação de movimentos sociais, engajamento da OAB e dos parlamentares envolvidos na execução do projeto, impossível negar a existência de um pacto de sociedade, muito embora esse pacto devesse (caso a sociedade assim o desejasse) ter sido revisto no início da redemocratização.

1.4 Surgimento de movimentos revisionistas da “Lei da Anistia.”

Sem declarar se tal movimento social e político é positivo ou não para a consolidação da democracia, indagação que deve caber aos cientistas políticos e não, necessariamente, aos estudiosos do Direito, um fato é indubitável: O revisionismo da Lei da Anistia é uma pauta constante nos últimos anos no Brasil. No Congresso, nas Universidades e, há muito tempo, no universo doutrinário jurídico, debate-se a possibilidade de cumprimento da decisão da Corte IDH, como se verá adiante.

Este tema será adequadamente abordado em capítulo próprio, muito embora deva, desde já, ser abordado para melhor compreensão do contexto contemporâneo em que está inserida a discussão sobre punição criminal dos agentes de Estado que supostamente praticaram crimes contra a humanidade no período de 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

O longo silêncio que sepultou a ideia de revisão da Lei de Anistia durante as últimas duas décadas parece ter encontrado seu fim. A revisão da Lei de Anistia ganhou forma (e alguma força) com a aprovação pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do PLS

237/2013.⁴¹ Antes desta proposição no Senado Federal, na Câmara dos Deputados a foi apresentado o Projeto de Lei 573/11, que o projeto exclui do rol de crimes anistiados após a ditadura militar (1964-1985) aqueles cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, efetiva ou supostamente, praticaram crimes políticos. O projeto de lei 573/2011 foi rejeitado pela Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional e pela Comissão de Constitucionalidade e Justiça.

O projeto proposto pelo senador Randolfe Rodrigues, ao (PSOL-AP), prossegue com aprovação da Comissão de Direitos Humanos e admite que “militares e civis responsáveis por graves violações aos tratados internacionais de direitos humanos sejam processados criminalmente”. A proposição foi elaborada a pedido dos integrantes da Subcomissão da Memória, Verdade e Justiça.

De acordo com Randolfe Rodrigues⁴²

“o objetivo da proposta é superar o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADPF 153 de que crimes como tortura, sequestro e homicídios cometidos durante o regime militar sejam considerados conexos aos crimes políticos e, portanto, abrangidos pela Lei de Anistia. Para o senador, a lei aprovada em 1979 foi uma imposição do período da ditadura.— Aquela Lei não foi resultado da luta sonhada e desejada pelos exilados. Não existe pacto quando um dos lados está armado e o outro está desarmado. A Lei da Anistia foi uma imposição – disse o senador, afirmando também que o projeto contribuirá para o resgate da memória e da verdade do país. O único mérito da Lei da Anistia, segundo o parlamentar, foi garantir o retorno dos exilados, contrários ao regime. Para Randolfe, adequar a Lei da Anistia à Constituição de 1988 e ao sistema internacional de direitos humanos é tarefa urgente do Poder Legislativo.— Não pode haver ódio, mas não pode haver perdão. Não é uma lei para olhar para o passado, é uma lei para olhar para o futuro – disse Randolfe, afirmando ainda que a ditadura deixou uma estrutura conservadora no estado brasileiro, como o atual modelo das policiais militares.” (RODRIGUES, PLS 237/13)

O projeto prevê, em seu bojo normativo, o seguinte:

⁴¹ Senado Federal: “A revisão da Lei de Anistia, de 1979, ganhou força nesta quarta-feira (9) com a aprovação pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) do PLS 237/2013. O texto, apresentado pelo senador Randolfe Rodrigues (PSOL-AP), permite que militares e civis responsáveis por graves violações de direitos humanos sejam punidos por seus crimes. A proposta foi colocada em pauta a pedido dos integrantes da Subcomissão da Memória, Verdade e Justiça, que apoiam campanha da Anistia Internacional pela punição dos crimes da ditadura militar (1964-1985). O projeto segue agora para exame das comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional (CRE) e de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). Conduzida pela presidente da CDH, senadora Ana Rita (PT-ES), a votação contou com a presença do presidente da Comissão Estadual da Verdade do Rio de Janeiro, Wadih Damous, e de representantes de entidades de direitos humanos. Conforme o artigo 1º do projeto, “não se incluem entre os crimes conexos [definidos pela Lei de Anistia] aqueles cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de qualquer forma, se opunham ao regime de governo vigente no período por ela abrangido”. Agência Senado < <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/04/09/revisao-da-lei-de-anistia-avanca-no-senado>> Acesso em 16/01/2015.

⁴² Idem.

Art. 1º Não se incluem entre os crimes conexos, definidos no art. 1º, § 1º da Lei nº. 6.683, de 28 de agosto de 1979, aqueles cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de qualquer forma, se opunham ao regime de governo vigente no período por ela abrangido. Art. 2º A prescrição, bem como qualquer outra causa de extinção da punibilidade, não é aplicável aos crimes a que se refere o art. 1º. Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, observando-se seus efeitos a partir da data da promulgação da Lei nº. 6.683, de 28 de agosto de 1979. (RODRIGUES, PLS 237/13)

Os dispositivos legais, em síntese, possibilitam a criminalização apenas de agentes públicos, civis ou militares, que praticaram crimes contra as pessoas. O que mais chama atenção na proposta de revisão é a exclusão da prescrição ou qualquer outra causa de extinção da punibilidade.

Apoiando-se na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴³, de 24 de novembro de 2010, posterior, portanto, à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 153, o autor do projeto apresenta as seguintes razões em Justificação:

“O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº. 153, em 29 de abril de 2010, entendeu que a expressão "crimes conexos", empregada no caput e no § 1º do art. 1º da Lei nº. 6.683, de 28 de agosto de 1979, Lei da Anistia, abrigava os crimes comuns, praticados por agentes públicos, civis e militares, contra os oponentes do regime então vigente. Fundamentou essa posição com o argumento da impossibilidade de fazer o sistema internacional de direitos humanos e mesmo o inciso XLIII do art. 5º da Carta de 1988, que declara o crime de tortura inafiançável e insusceptível de graça e anistia, retroagirem em seus efeitos a 1979. Nas palavras do relator, Ministro Eros Grau, um novo entendimento do significado e abrangência da expressão "crimes conexos" só poderia advir de uma revisão da Lei da Anistia, a ser promovida pelo Poder Legislativo. Esse o objetivo do presente projeto de lei: revisar a Lei da Anistia, de maneira a promover sua adequação aos princípios fundamentais que inspiram a Constituição de 1988 e o sistema de tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.” (RODRIGUES, PLS 237/13)

Muito embora os avanços em relação ao Direito à Memória tenham sido alcançados parcialmente com a instalação da Comissão Nacional da Verdade, a Presidente da República tem

43 Caso Julia Gomes Lund e Outros. Decisão da Corte IDH. Pag. 113: "As disposições da Lei de Anistia brasileira, que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos, são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana, ocorridos no Brasil." Disponível em <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf> Acesso em 15/07/2014.

sinalizado oposição à ideia de revisão da lei de anistia⁴⁴. O assunto, no entanto, saiu dos bancos acadêmicos e tem voltado ao semanário jornalístico.

A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153, empurrou assunto para as mãos do Congresso Nacional, a fim de que houvesse “ampla discussão social” acerca do tema:

“No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a reescrever leis de anistia. Disso dou exemplo. Refiro-me a reiterados votos do Ministro Sepúlveda Pertence a propósito da não abrangência, pela anistia, dos praças expulsos dos quadros militares por motivação política apenas porque, não sendo titulares de estabilidade, a punição não precisava fundar-se em atos de exceção; bastava, para tanto, a legislação disciplinar. A iniquidade, patente, jamais foi corrigida. Menciono, por todos, votos de Pertence no RE n. 125.641, Relator o Ministro Celso de Mello, em 1991, e na 59 Ação Originária n. 13, Relator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, em 1992. Nem mesmo para reparar flagrantes iniquidades o Supremo pode avançar sobre a competência constitucional do Poder Legislativo⁴⁵.” (STF, ADPF 153)

E, por derradeiro, a Comissão Nacional da Verdade, no apagar das luzes do ano de 2014, publicou seu extenso relatório final, com a recomendação de punição dos agentes de Estado anistiados:

“A CNV considerou que a extensão da anistia a agentes públicos que deram causa a detenções ilegais e arbitrárias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres é incompatível com o direito brasileiro e a ordem jurídica internacional, pois tais ilícitos, dadas a escala e a sistematicidade com que foram cometidos, constituem crimes contra a humanidade, imprescritíveis e não passíveis de anistia. Relativamente a esta recomendação – e apenas em relação a ela, em todo o rol de recomendações –, registre-se a posição divergente do conselheiro José Paulo Cavalcanti Filho, baseada nas mesmas razões que, em 29 de abril de 2010, levaram o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 153, com fundamento em cláusulas pétreas da Constituição brasileira, a recusar, por larga maioria (sete votos a dois), essa tese⁴⁶.”

Editoriais de jornais contrários e favoráveis à revisão da Lei de Anistia se engalfinham no debate entre “revanchismo” e “impunidade”, dotando o debate público de certa atmosfera de “caça as bruxas” política. Para nós interessa entender se existem limites à revisão da lei de anistia

44 Dilma sinaliza que não é favorável à alteração da lei da anistia. 31 de março de 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,dilma-sinaliza-que-nao-e-favoravel-a-alteracao-da-lei-da-anistia,1147383>> Acesso em 15/07/2014.

45STF - ADPF: 153 DF , Voto do Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 03/05/2012, Data de Publicação: DJe-089 DIVULG 07/05/2012 PUBLIC 08/05/2012

46Relatório da Comissão Nacional da Verdade, PARTE V, Capítulo 18, Item 13. Disponível em http://www.cnv.gov.br/images/relatorio_final/Relatorio_Final_CNV_Parte_5.pdf

que impossibilitem a sanção criminal de cidadãos acusados da prática de crimes contra a humanidade que, supostamente, não estariam prescritos e, pelo direito internacional, não seriam passíveis de extinção da punibilidade.

Neste sentido, importante mencionar Nilo Batista na nota introdutória⁴⁷ à obra *Justiça de transição no Brasil*:

“... em primeiro lugar, instrumentos normativos constitucionais só adquirem força vinculante após o processo constitucional de internalização, e o Brasil não subscreveu a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968 nem qualquer outro documento que contivesse cláusula similar; em segundo lugar, ‘o costume internacional não pode ser fonte de direito penal’ sem violação de uma função básica do princípio da legalidade; e, em terceiro lugar, conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente Arellano x Chile, a autoridade de seus arrestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (Dec. n. 4.463, de 8 de novembro de 2002) porém apenas ‘para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998’” (BATISTA, in DIMOULIS, 2010. PAG 8-9)

O Decreto n.º 4463 de 8 de dezembro de 2002 promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, conforme previsão do artigo 62⁴⁸ do Pacto de São José da Costa Rica. O próprio instrumento normativo prevê que a República Federativa do Brasil só reconhece a jurisdição da Corte Interamericana “para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998⁴⁹”.

A decisão da Corte Interamericana, portanto, somente alcançaria fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, da mesma forma, o direito consuetudinário internacional não poderia ser fonte

47 BATISTA, Nilo, “Nota Introdutória”, In: U. NEUMANN, L.J. SWENSSON JUNIOR, A. Martins e D. DIMOULIS, *Justiça de Transição no Brasil*, São Paulo: Saraiva, São Paulo, 2010, págs. 8-9.

48 Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - “Artigo 62 - 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma a outros Estados-membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial.” Acesso em 07/08/2014, disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm >.

49 Decreto 4463/02: “Art. 1o É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.” Acesso em 07/08/2014, disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm >.

de norma penal incriminadora que autorizasse a persecução penal de crimes anistiados e ou prescritos. A ideia de punição à revelia do princípio da legalidade só caberia caso esta Ordem Constitucional fosse rompida e a sua sucessora não respeitasse o princípio da estrita legalidade penal. O tema da irrevogabilidade da anistia política terá um capítulo dedicado ao seu estudo nesta obra, entretanto, antes disso, resta diferenciar aspectos relacionados mas não dependentes entre si do processo transicional: Reparar não é punir.

1.5 Entre reparar e punir.

Reparação e punição assumem contornos diferenciados na Justiça de Transição, uma não depende da outra, necessariamente. A reparação civil de danos causados pelo Estado Brasileiro e por seus agentes públicos vem ocorrendo durante todo o período da redemocratização.

A Comissão de Anistia, criada com intuito de reparar (pela via administrativa) as vítimas do regime militar, aprovou 40.300 pedidos com indenizações que chegam a R\$ 3,4 bilhões. Registros apontam que entre 2001 e 2013, 63% dos requerimentos receberam o aval da comissão e 37% foram rejeitados.⁵⁰

O perdão é condição para reconciliação. Hannah Arendt nos ensina que importantes lições sobre os alcances do perdão, na esfera pública:

(...) a única solução possível para o problema da irreversibilidade – a impossibilidade de se desfazer o que se fez, embora não se soubesse nem se pudesse saber o que se fazia – é a faculdade de perdoar. A solução para o problema da imprevisibilidade, da caótica incerteza do futuro, está contida na faculdade de prometer e cumprir promessas⁵¹. (ARENDDT, 1997, pág. 248)

Lauro Joppert Swensson⁵², nos traz dois argumentos perspicazes que podem aclarar o debate entre reparação e punição. Segundo o autor, a tentativa de responsabilizar criminalmente os agentes do regime militar, por meio da política de justiça transicional, não se justifica, passados mais de 35 anos da edição da Lei de Anistia, por dois motivos:

50 Disponível em < <http://oglobo.globo.com/brasil/o-custo-da-reparacao-indenizacoes-aprovadas-na-comissao-de-anistia-chegam-r-34-bilhoes-12037526> > acesso em 16/04/2014.

51 ARENDT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1997., pag 248.

52 JOPPERT SWENSSON JR, Lauro. Constitui a anistia obstáculo para a justiça de transição brasileira?. Disponível em <<http://migre.me/kuzHg>> acesso em 16/04/2014.

Toda pena é um mal, ou seja, a pena é um mal que se opõe ou se contrapõe a um outro mal: o “ilícito” ou o “injusto”. Ainda que em certas situações considerem-na necessária ou porventura justificada, continua sendo um mal, de modo que não seja possível deixar de pensar sobre a realidade das criminalizações e das execuções penais e seus resultados sociais. Nesse tocante, ousaria dizer que, se fosse concebível a existência de uma “evolução” ou de um “progresso” contínuo da história do direito (ou do direito penal) — o que não é de veras possível —, ela deveria ser descrita como a limitação das sevícias e dos suplícios aplicados pela pena contra os seres humanos, a exemplo da luta pelo fim das torturas judiciais praticadas na Europa medieval. A segunda razão para o fato de a responsabilização penal não mais se justificar depois de mais de 30 anos da edição da Lei de Anistia refere-se à justificação e à finalidade da pena. Afinal, por que e para que a pena? Ante a constatação que o Brasil é um país onde “sobram” penas e “falta” direito penal e diante de todo o esforço da ciência penal moderna em sustentar que o fim da pena não deve ser simplesmente a retribuição do mal para expiação da culpa (teoria da retribuição), mas a prevenção da prática de novos delitos pelo condenado (prevenção especial negativa), sua ressocialização (prevenção especial positiva) e/ou o efeito instrutivo à sociedade da garantia de punição a todo aquele que atenta contra o direito (prevenção geral), pergunta-se: como justificar, em uma argumentação que não se restrinja à justificação legal, a necessidade de pena a pessoas de idade avançada, que hoje vivem socialmente integradas e que já não representam nenhum perigo? Por que é justo, afinal, punir hoje essas pessoas? Esses questionamentos não foram e não são, a meu ver, suficiente e satisfatoriamente enfrentadas pelos autores no Brasil. (JOPPERT, 2011)

Definitivamente, reparar não é punir. A transição pacífica experimentada pela África do Sul nos ensinou alguns conceitos importantes, que deveriam servir de exemplo para outras nações, mormente as africanas que saíram de regimes autoritários de forma traumática ou não conseguiram se desvencilhar de inevitáveis banhos de sangue e Guerra Civil. Celso Lafer⁵³ nos ensina acerca do processo de transição na África do Sul:

Justiça de Transição como o modo pelo qual uma sociedade lida com um passado de repressão assumiu na África do Sul, por inspiração de Mandela, o caminho de uma Comissão da Verdade e Reconciliação. Esta abriu espaço público para o testemunho das vítimas do apartheid, colocou-as num diálogo direto com os seus perpetradores, apontou para a compreensão e não para a vingança, para a reparação e não para a retaliação. Afirmou a indispensabilidade da verdade factual e promoveu, pelo perdão, a reconciliação, criando condições para que ela ocorresse entre brancos e negros num país previamente separado, durante décadas, pela hostilidade e pelo ódio. A Comissão da Verdade e de Reconciliação da África do Sul permitiu que, pela primeira vez na história, o exercício do perdão como a faculdade de lidar com a irreversibilidade do que foi feito, se tornasse um princípio-guia de um Estado Sul-Africano renovado e redemocratizado. (LAFER, 2013)

O modelo de anistia política experimentado pelo Brasil, apesar de precário e insatisfatório da perspectiva reconciliatória realizou-se de maneira pacífica, sem derramamento de sangue ou

⁵³LAFER, Celso. Mandela, Hannah Arendt e o Perdão. Disponível em <<http://migre.me/osopj>> Acesso em 07/08/2014.

Guerra Civil na transição do regime de exceção para a democracia. Apesar de não ter havido Justiça de Transição no sentido de apurar condutas de suspeitos de crimes contra humanidade, fossem militantes ou agentes do Estado, o país manteve estabilidade institucional e não foi consumido por conflitos urbanos que pudessem traumatizar o retorno à democracia.

1.6. A travessia pacífica para a democracia – o papel decisivo da política representativa e o fracasso da luta armada.

Denise Rollemberg nos relata a mística que envolvia a experiência do treinamento guerrilheiro em Cuba.⁵⁴ Relata que

“essa mística não envolveu unicamente a esquerda que buscava se preparar para enfrentar o sistema capitalista e o regime civil-militar instaurado em 1964. A documentação dos arquivos da repressão - trabalho de pesquisa, objetivos, preocupações, termos usados, e, sobretudo, o tratamento dado a quem havia passado pelo treinamento -, mostram a importância que lhe era atribuída”.⁵⁵

Em seu famoso “Manual do Guerrilheiro Urbano”⁵⁶, Carlos Marighella define a figura do guerrilheiro como

“um homem que luta contra uma ditadura militar com armas, utilizando métodos não convencionais. Um revolucionário político e um patriota ardente, ele é um lutador pela libertação de seu país, um amigo de sua gente e da liberdade. A área na qual o guerrilheiro urbano atua são as grandes cidades brasileiras. Também há muitos bandidos, conhecidos como delinqüentes, que atuam nas grandes cidades. Muitas vezes assaltos pelos delinqüentes são interpretados como ações de guerrilheiros.” (MARIGHELLA, 1969)

Em outra passagem, Marighella justifica o uso da violência:

No Brasil, o número de ações violentas realizadas pelos guerrilheiros urbanos, incluindo mortes, explosões, capturas de armas, munições, e explosivos, assaltos a bancos prisões, etc., é o suficientemente significativo como para não deixar dúvida em relação as verdadeiras intenções dos revolucionários. A execução do espião da CIA Charles Chandler, um membro do Exército dos EUA que venho da guerra do Vietnã para se infiltrar no movimento estudantil brasileiro, os lacaios dos militares mortos em encontros sangrentos com os guerrilheiros urbanos, todos são testemunhas do fato que estamos em uma guerra revolucionária completa e que a guerra somente pode ser livrada por meios violentos.” (MARIGHELLA, 1969)

⁵⁴ ROLLEMBERG, Denise. O apoio de Cuba à luta armada no Brasil: o treinamento guerrilheiro. Rio de Janeiro: Mauad, 2001

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ MARIGHELLA, Carlos. Manual do Guerrilheiro Urbano. 1969. Pág. 04. Disponível em < <http://migre.me/o8NoE> > Acesso em 15/01/2015.

Os militares jamais perderam o controle da situação, mas o processo de abertura, cultivado abertamente por artistas, intelectuais e políticos, já começava a raiar no horizonte. Na luta democrática alguns atores como o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), o movimento estudantil, a Igreja Católica, a imprensa e os movimentos sindicais foram cruciais na batalha pela abertura política e pela transição. Bruno Konder Comparato nos ensina que “um marco importante nas iniciativas da sociedade para romper com o silêncio que abafava os crimes e excessos da ditadura, foi a instalação da Comissão Justiça e Paz pela Arquidiocese de São Paulo em agosto de 1972, sob o comando do cardeal Dom Paulo Evaristo Arns.” A Comissão Justiça e Paz reunia sobre prisões, buscando encontrar os presos, tentar impedir a tortura, oferecer proteção aos presos políticos dentro dos presídios e, ao mesmo tempo em que recebia denúncias sobre desaparecimentos políticos.⁵⁷

O AI - 2 (Ato Institucional n.º 2)⁵⁸ instituiu o bipartidarismo no Brasil, excluindo os outros partidos políticos que passaram a atuar na clandestinidade. A Aliança Renovadora Nacional e o Movimento Democrático Brasileiro eram as opções possíveis. O MDB passou a ser um guarda-chuva das esquerdas, abrigando várias tonalidades de militantes progressistas. A Igreja Católica⁵⁹, inicialmente apoiadora da "Revolução de 1964", acabou por adotar um posicionamento mais progressista e condenar os atos de graves violações aos direitos humanos.

Pérsio Arida, integrante do grupo de luta armada que se utilizava de táticas de guerrilha denominado VAR – PALMARES, hoje acadêmico da área econômica, escreveu um breve ensaio relatando sua participação nos movimentos mais radicais de esquerda, descrevendo sua perspectiva da luta armada. É interessante notar que, ainda hoje, setores da esquerda acusam Arida de ter-se vendido ao mercado e às elites, uma vez que integrou governos do Partido da Social Democracia Brasileira, participou da criação do plano real e da desestatização da máquina pública nos anos 1990. Arida relata que mesmo nos anos do regime de exceção já considerava um erro o caminho da luta armada, como meio de transformação:

⁵⁷ COMPARATO, Bruno Konder. Memória e silêncio: a espoliação das lembranças. Lua Nova no.92 São Paulo May/Aug. 2014

⁵⁸ “Art. 18 - Ficam extintos os atuais Partidos Políticos e cancelados os respectivos registros.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm, Acesso em 13/01/2015.

⁵⁹ O sítio eletrônico < <http://www.cepedocumento.com.br/> >, divulgou acervo da Comissão Estadual da Verdade de Pernambuco com 78 documentos produzidos pelo aparato do Regime Militar investigando o Bispo D. Helder Câmara. Perseguido pelo governo militar e fichado no DOPS de Pernambuco sob o nº 16.906, Dom Helder Camara, ex-arcebispo de Olinda e Recife, tem em seu prontuário anotações, pronunciamentos, informações, boletins, escutas telefônicas, recortes de jornais e periódicos, catalogados pelo DOPS/PE.

“Acordei no meio da noite enfurecido comigo mesmo. Queria esmurrar as paredes, de ódio da minha própria imbecilidade, raiva por não ter sido coerente, arrependido não dos meus ideais, mas de não ter levado a sério minhas ideias. É que eu sabia que nada daquilo tinha futuro. Naquele ano de 1970 a esquerda minguava. Cisões, rupturas, prisões, mortes, desistências – não passava um mês sem que a esquerda revolucionária fosse destruída em mais um de seus grupos e organizações. Só um voluntarista ensandecido poderia acreditar que tudo seria possível desde que houvesse suficiente ardor revolucionário. Já percebera também, menos por argúcia do que por obviedade, que o microcosmo dos militantes reproduzia a mesma gama de sentimentos negativos das pessoas despolitizadas. Por trás das lutas intestinas pelo poder de mando estavam a inveja, a intriga e a maledicência, firmes e fortes. Che Guevara estava errado: dali não surgiria homem novo algum. Além disto, como justificar os inocentes mortos pela esquerda armada? Alguém lançava uma bomba contra um quartel e matava um soldado raso. O pobre soldado não tinha culpa de nada, tinha tido apenas o azar de estar na hora errada e no lugar errado. Talvez tivesse encontrado no Exército uma oportunidade de emprego e uma carreira. Eram atos de uma guerra não oficial, mas naquelas circunstâncias não passavam de um terrorismo obscuro. A grande maioria da população jamais entenderia do que se tratava.” (ARIDA, 2011)

Aarão Reis⁶⁰ menciona que a luta “acabou em massacre e os revolucionários foram escorraçados da história”

“De modo que aquela luta desigual acabou em massacre. Encurralados por uma polícia política crescentemente sofisticada e profissional, os grupos e organizações revolucionárias, quase sempre inexperientes e amadores, dispoendo apenas da vontade e da ousadia, foram escorraçados da história. A rigor, longe de constituírem forças radicalmente inovadoras, como desejavam ser, não passaram de um último suspiro das propostas ofensivas construídas no âmbito dos grandes movimentos sociais anteriores a 1964. Autoritários e soberbos, generosos e audaciosos, no limite da arrogância, equivocaram-se de sociedade e de tempo histórico —e pagaram com a existência, física e política, pelos erros cometidos.” (AARÃO REIS, 2000, pág. 35-36)

O historiador e professor titular do Departamento de História da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), Pedro Paulo Funari, afirma que embora a luta armada no campo fracassasse durante o período do Araguaia, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), partido político de oposição ao regime militar, conquistou o eleitorado.

Também destaca que, “a derrota da luta armada sinalizou que o diálogo político era a única saída. A ele o regime militar não conseguiu sobreviver”. O entendimento da Guerrilha do Araguaia deve estar inserto no contexto da Guerra Fria, quando, no mundo bipolarizado, movimentos guerrilheiros surgiram em diversos países, como Cuba e Argélia. Os radicais do Partido Comunista do Brasil (PC do B) depositaram esperanças na prática da guerrilha também no Brasil para Funari, a crise do Petróleo de 1973 foi importante para o enfraquecimento dos

⁶⁰ REIS FILHO, Daniel Aarão. Ditadura Militar, esquerda e sociedade. Jorge Zahar, 2000, pag 35-36

militares, juntamente com o fortalecimento do MDB e o apoio da Igreja Católica aos movimentos sociais em 1974⁶¹. No mesmo sentido, o jornalista Franklin Martins⁶², ex-militante engajado nas táticas de guerrilha, considera hoje um erro a opção pela luta armada contra a ditadura:

“A luta armada foi um erro. Não porque não se pode fazer a luta armada, mas sim porque não fortalecemos a luta contra a ditadura. Muitos dos melhores, dos mais talentosos de nós, se expuseram e foram massacrados”. (MARTINS, 2014)

Aarão Reis⁶³ nos leciona, ainda, que

“Um primeiro deslocamento de sentido, promovido pelos partidários da Anistia, apresentou as esquerdas revolucionárias como parte integrante da Resistência democrática, uma espécie de braço armado dessa resistência. Apagou-se, assim, a perspectiva ofensiva, revolucionária, que havia moldado aquelas esquerdas. E o fato de que elas não eram de modo nenhum apaixonadas pela democracia, francamente desprezada em seus textos.” (AARAO REIS, 2000, pág. 44)

Nem um pouco silenciosamente, Ulysses Guimarães percorria o país em caravanas e comícios para fortalecer o MDB, último refúgio de oposição possível. O diálogo venceu o peso da metralhadora, na transição para abertura política no Brasil.

1.7 Breve histórico da anistia no Brasil.

O Brasil tem longo histórico de concessões anistia desde os tempos em que era colônia e mesmo depois, na vigência da Constituição Imperial de 1824.⁶⁴

⁶¹ Fracasso na selva sepultou o radicalismo. Entrevista Pedro Paulo Funari. Estadão, 10 de junho de 2012. Disponível em <link: <http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,fracasso-na-selva-sepultou-radicalismo-imp-,884477>> Acesso em 12/01/2015.

⁶² “A luta armada durante a ditadura foi um erro”, diz Franklin Martins Disponível em < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/cultura/noticia/2014-04/luta-armada-durante-ditadura-foi-um-erro-diz-franklin-martins> > Acesso em 12/01/2015.

⁶³ REIS FILHO, Daniel Aarão. Ditadura Militar, esquerda e sociedade. Jorge Zahar, 2000, pag 44

⁶⁴ Conforme anota Homero de Oliveira Costa: “A história da anistia no Brasil tem uma longa tradição. Da colônia à República em vários momentos de nossa história, a anistia tem estado presente. No período colonial, com o início do processo de colonização, o governo de Portugal cria as capitânicas hereditárias, com os donatários gozando de amplos poderes, que iam da aplicação da pena de morte à concessão de clemência. No primeiro caso, diversos condenados à morte tiveram suas penas comutadas desde que se comprometessem a lutar contra os invasores e rebeldes. As lutas nativistas marcaram o processo de colonização no Brasil. Durante todo o período colonial são vários os movimentos de contestação da Ordem Colonial, alguns de caráter mais restrito, como é o caso, por exemplo, do movimento contra a Companhia do Comércio do Estado do Maranhão em 1684, que terminou com a repressão, prisão e a subsequente anistia aos envolvidos, e a rebelião conhecida como Emboabas (1708-1709). Outros tiveram uma caráter

A primeira anistia da República foi concedida em 1895 pelo então presidente Prudente de Moraes a militares que praticaram movimentos revoltosos no início da república. Rui Barbosa à época criticou esta anistia por ser limitada, num arrazoado famoso.⁶⁵

Em 1910 são anistiados os que haviam participado da revolta da chibata⁶⁶.

Posteriormente veio a anistia de 1916 que alcançava todos os revoltosos de 1889 a 1915⁶⁷. Então virá a anistia 1918⁶⁸ para os participantes da rebelião dos camponeses de Contestado e os participantes da greve geral de 1917 em São Paulo.

Em 1934⁶⁹, quando é promulgada a segunda Constituição Republicana (julho) é concedida anistia aos revoltosos de da chamada Revolução Constitucionalista de 1932.

A próxima anistia ocorreu em abril de 1945⁷⁰, quando Vargas concede anistia, significando a libertação de 565 presos políticos, entre eles o líder da Insurreição comunista de novembro de 1935, Luis Carlos Prestes, que estava preso desde março de 1936.

Em 1956⁷¹, no governo Juscelino Kubistchek, uma anistia ampla e irrestrita é concedida a todos os civis e militares que "havia se envolvido nos movimentos de rebelião ocorridos a partir

mais amplo, como é o caso da Insurreição Pernambucana de 1654 contra a invasão holandesa (domínio que se estendia de Sergipe ao Maranhão), que terminou com a expulsão dos invasores, depois de muitos anos de lutas. Com a assinatura de um acordo de paz, em 26 de janeiro de 1654, é concedida anistia aos derrotados, num gesto que ficou conhecido como de profunda generosidade. Até a Independência, em 1822, ocorreram várias outras rebeliões e conflitos, como a Guerra dos Mascates em Pernambuco (1711/1714), a Revolta de Vila Rica (1720) a Inconfidência Mineira (1789), a Conjuração Baiana (1798) e a Revolução Pernambucana de 1817. Em todos esses movimentos, a dura repressão e exceto os implicados na Inconfidência Mineira e na Conjuração Baiana, foram perdoados depois. In *Incursões na História das Anistias Políticas no Brasil*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthistbr/redemocratizacao1988/homero_anistia.html

⁶⁵BARBOSA, Rui – Anistia Inversa – Caso de teratologia Jurídica. In *Obras Completas*, Rio de Janeiro: 1955, Ministério de Educação e Cultura. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/227289> Acesso em 30/01/2015.

⁶⁶DECRETO Nº 2.280, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1910: “ Art. 1º. E' concedida amnistia aos insurrectos de posse dos navios da Armada Nacional, si os mesmos, dentro do prazo que lhes fôr marcado pelo Governo, se submeterem ás autoridades constituídas.”

⁶⁷DECRETO Nº 3.102, DE 13 DE JANEIRO DE 1916: “Art. 1º E' concedida amnistia a todos os civis ou militares que, directa ou indirectamente, se envolveram nos movimentos revolucionarios dos Estados do Ceará realizados no tempo decorrido de 1 de janeiro de 1913 até o dia 7 de setembro do anno de 1915.”

⁶⁸DECRETO Nº 3.492, DE 19 DE JANEIRO DE 1918: “ Art. 1º São amnistiados todos os individuos implicados ou processados como tal, nos successos de Manáos e Floriano Peixoto, Estado do Amazonas, em principio de 1917, sendo a referida amnistia ampla, tanto a civis como a militares, nos mesmos successos envolvidos.”

⁶⁹ Decreto nº 24.297, de 28 de Maio de 1934: “ Art. 2º São isentos de toda responsabilidade os participantes do surto revolucionário, verificado em São Paulo, 9 de julho de 1932, e suas ramificações em outros Estados.”

⁷⁰DECRETO-LEI Nº 7.474, DE 18 DE ABRIL DE 1945: “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos tenham cometido crimes políticos desde 16 de julho de 1934 até a data da publicação dêste decreto-lei.§1º Não se compreendem nesta anistia os crimes comuns não conexos com os políticos, nem os praticados, em tempo de guerra, contra a segurança do Estado e definidos no Decreto-lei nº 4.766, de 1 de outubro de 1942.”

⁷¹DECRETO LEGISLATIVO Nº 22, DE 1956: “Art. 1º É concedida anistia, ampla e irrestrita, a todos os civis e militares que directa ou indirectamente, se envolveram, inclusive recusando-se a cumprir ordens de seus superiores,

de 10 de novembro de 1955 e 1º de março de 1956". Depois virá a anistia de 1961,⁷² de caráter mais amplo. São anistiados todos os que "participaram, direta ou indiretamente dos fatos ocorridos no território nacional, desde 16 de julho de 1934 (...) e que constituem crimes políticos definidos em lei"

Após os 21 ano do regime de exceção é concedida a anistia política, em 18 de agosto de 1979.⁷³

1.8 Anotações do regime jurídico-penal da anistia na ordem constitucional de 1988.

A Lei de Anistia é uma causa de extinção de punibilidade que impede a imposição ou execução de determinada sanção penal, conforme preceitua o artigo 107, inciso II do Código Penal. É um ato de clemência do Poder Público que impossibilita a aplicação da sanção referente a determinado ilícito penal, a qualquer tempo.

O art. 5º , inciso XLIII da Constituição Federal⁷⁴ prevê que “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”. Tais categorias de crimes elencadas não podem, portanto, ser objeto de uma lei de anistia descriminalizante.

nos movimentos revolucionários ocorridos no País a partir de 10 de novembro de 1955 até 1º de março de 1956, ficando em perpétuo silêncio quaisquer processos criminais e disciplinares relativos aos mesmos fatos.”

⁷²DECRETO LEGISLATIVO Nº 18 DE 15 DE DEZEMBRO DE 1961: “ Art. 1º São anistiados: a) os que participaram, direta ou indiretamente, de fatos ocorridos no território nacional, desde 16 de julho de 1934, até a promulgação do Ato Adicional e que constituam crimes políticos definidos em lei, inclusive os definidos nos arts. 6º, 7º e 8º da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, observado o disposto nos artigos 13 e 74 da mesma lei, e mais os que constituam crimes definidos nos arts. 3º, 6º, 7º, 11, 13, 14, 17 e 18 da Lei nº 1.802, de 5 de janeiro de 1953; b) os trabalhadores que participaram de qualquer movimento de natureza grevista no período fixado no art. 1º; c) todos os servidores civis, militares e autárquicos que sofreram punições disciplinares ou incorreram em faltas ao serviço no mesmo período, sem prejuízo dos que foram assíduos; d) os convocados desertores, insubmissos e refratários; e) os estudantes que por força de movimentos grevistas ou por falta de frequência no mesmo período estejam ameaçados de perder o ano, bem como os que sofreram penas disciplinares; f) os jornalistas e os demais incursores em delitos de imprensa e, bem assim, os responsáveis por infrações previstas no Código Eleitoral.

⁷³LEI No 6.683, DE 28 DE AGOSTO DE 1979: “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares”

⁷⁴ Constituição Federal: Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 02/05/2015.

Na ordem constitucional de 1988, a lei que determina a anistia tem efeito descriminalizante. Conforme nos ensinam Zaffaroni e Pierangeli⁷⁵, “não é uma lei descriminalizadora comum, e sim anômala, posto que se trata de uma descriminalização temporária. Sendo uma lei descriminalizadora, deve ser uma lei em sentido material e formal. ou seja, uma lei ditada pelo Congresso, já que somente pode descriminalizar uma conduta quem tem a faculdade de incriminá-la.” A Carta da República estabelece em seu artigo 21, inciso XVII, que compete à União conceder anistia, o que denota o caráter político do ato legislativo.

A anistia deve ser impessoal e ligar-se aos fatos. Assim, não podendo ser destinada a pessoas individualizadas. Assim, uma lei pode anistiar, por exemplo, todos os delitos patrimoniais praticados durante um determinado período, mas não pode anistiar os delitos cometidos pelos cidadãos "A", "B", "C" e "D".⁷⁶ Zaffaroni e Perangeli também elencam os efeitos da anistia⁷⁷:

- a) extingue a ação penal, posto que não pode prosseguir a pretensão punitiva acerca de um fato que perdeu a tipicidade;
- b) quando existir decisão condenatória, a anistia eliminará a condenação e todos os seus efeitos;
- c) persiste o direito dos particulares à indenização, porque a descriminalização em nada afeta a responsabilidade civil;
- d) a anistia não pode ser repudiada pelo beneficiário, porque os efeitos de uma lei que descriminaliza operam-se de pleno direito (só pode ser recusada quando condicionada);
- e) a condenação por crime anistiado não pode ser considerada para os efeitos da reincidência;
- f) a condenação por delito anistiado não impede a concessão do sursis;
- g) a anistia do delito cometido pelo autor elimina também a tipicidade da conduta dos coautores e partícipes;
- h) a parte da pena cumprida até a descriminalização é considerada ao abrigo do direito vigente à época de sua execução, de modo que não se pode pedir a restituição da multa paga;
- i) o autor pode beneficiar-se da anistia sempre que persista algum efeito da condenação, direito que se estende a seus herdeiros, desde que nele comprovem legítimo interesse;
- j) a anistia não pode ser revogada.

⁷⁵ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte geral /4 ed.rev. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002, pag 209.

⁷⁶ Ibidem. Pag. 209

⁷⁷ Ibidem pag. 209-210.

CAPÍTULO II - A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LEI DE ANISTIA EM DESEQUILIBRIO⁷⁸

“Todos os tipos de crime deveriam estar sujeitos à prescrição, sem qualquer consideração pela sua natureza ou pela sua gravidade. No entanto, este princípio não vem sendo sufragado por todas as ordens jurídico-penais, e, ainda recentemente, tem-se assistido, em vários movimentos internacionais, a um redobrado esforço em favor da imprescritibilidade—tanto no âmbito do direito penal como no do processo penal—, quanto aos crimes atentatórios à paz e à humanidade, muito especialmente ao genocídio, e a outros, puníveis com pena de morte e de prisão perpétua. Não nos parece existir fundamentação suficiente para isso.”

Zaffaroni e Pierangeli⁷⁹

2.1 Aspectos estruturais/formais. O caso perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH ou Comissão)⁸⁰ e o envio à Corte IDH

No dia 7 de agosto de 1995, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma petição⁸¹ contra o Brasil apresentada⁸² pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional

⁷⁸O Brasil já foi condenado pela Corte IDH por 4 vezes: 1) CASO DAMIÃO XIMENES LOPES (caso Ximenes Lopes vs. Brasil). 2) CASO SÉTIMO GARIBALDI (caso Garibaldi vs. Brasil). 3) CASO DAS ESCUTAS CONTRA O MST (caso Escher e outros vs. Brasil). 4) CASO DA GUERRILHA DO ARAGUAIA (caso Gomes Lund e outros vs. Brasil).

⁷⁹ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte geral /4 ed. rev. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002. Pag 646.

⁸⁰ O trâmite perante a Comissão ocorre em duas fases. A primeira consiste na admissibilidade do caso, sendo divulgado um Relatório de Admissibilidade; a segunda fase consiste no mérito da questão que resulta no Relatório de Mérito. Posteriormente, a Comissão pode decidir se envia ou não o caso para a Corte.

⁸¹ Regulamento da Comissão. Artigo 23 Apresentação de petições: Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre supostas violações dos direitos humanos reconhecidos, conforme o caso, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos “Pacto de San José da Costa Rica”, no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de San Salvador”, no Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em conformidade com as respectivas disposições e com as do Estatuto da Comissão e do presente Regulamento. O peticionário poderá designar, na própria petição ou em outro instrumento por escrito, um advogado ou outra pessoa para representá-lo perante a Comissão.

(CEJIL)⁸³ e por *Human Rights Watch/Americas*⁸⁴. Dava-se início assim o longo período de 14 anos de tramite da denúncia na Comissão.

Na denúncia apresentada, os peticionários alegaram que o Estado brasileiro havia violados os direitos humanos previstos tanto na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁸⁵ quanto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁸⁶. O objeto da demanda fazia referência à desapareição de integrantes da Guerrilha do Araguaia entre 1972 e 1975 e pela ausência de uma investigação por parte do Brasil.

No dia 6 de março de 2001 a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 33/01 do caso⁸⁷. O caso foi admitido porque a Comissão IDH considerou que os fatos alegados pelos peticionários poderiam constituir violações dos artigos da Declaração Americana e da Convenção Americana.

Ocorre que apenas em 16 de dezembro de 2004 foi solicitado aos representantes das vítimas que apresentassem as suas alegações quanto ao mérito. Os representantes apresentaram apenas no dia 28 de novembro de 2006. Por sua vez, o Estado brasileiro enviou as suas observações acerca do mérito em 7 de maio de 2007.

Por fim, em 31 de outubro de 2008 a Comissão IDH aprovou o Relatório de Mérito nº91/08⁸⁸ concluindo o seguinte:

82 Posteriormente, somaram-se ao caso como peticionários a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado, a senhora Angela Harkavy e o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro.

83 O CEJIL é uma organização não governamental criada em 1991 que trabalha em defesa dos direitos humanos, representando as vítimas perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos seja diante da Comissão quanto da Corte. Para maiores detalhes e informações sobre CEJIL ver: <http://cejil.org/cejil/acerca-de-cejil>.

84 A *Human Rights Watch* é uma organização não governamental criada em 1978 dedicada a defesa e proteção dos direitos humanos com atuação no âmbito mundial. Para maiores detalhes e informações sobre *Human Rights Watch* ver: <http://www.hrw.org/node/75136>

85 Artigos I (direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa), XXV (direito de proteção contra prisão arbitrária) e XXVI (direito a processo regular).

86 Artigos 4 (direito à vida), 8 (garantias judiciais), 12 (liberdade de consciência e de religião), 13 (liberdade de pensamento e de expressão), e 25 (proteção judicial), conjuntamente com o descumprimento do artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos).

87 Regulamento da Comissão Artigo 36. Decisão sobre admissibilidade: 1. Uma vez consideradas as posições das partes, a Comissão pronunciar-se-á sobre a admissibilidade do assunto. Os relatórios de admissibilidade e inadmissibilidade serão públicos e a Comissão os incluirá no seu Relatório Anual à Assembléia Geral da OEA. Para acessar o Relatório de Admissibilidade nº 33/01 completo ver: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Admisible/Brasil11.552.htm>

88 Regulamento da Comissão. Artigo 44. Relatório quanto ao mérito: Após deliberar e votar quanto ao mérito do caso, a Comissão observará o seguinte procedimento: 1. Estabelecida a inexistência de violação em determinado caso, a Comissão assim o manifestará no seu relatório quanto a mérito. O relatório será transmitido às partes, publicado e incluído no Relatório Anual da Comissão à Assembléia Geral da Organização. 2. Estabelecida a existência de uma ou mais violações, a Comissão preparará um relatório preliminar com as proposições e

“[...] que o Estado brasileiro deteve arbitrariamente, torturou e desapareceu os membros do PCdoB e os camponeses listados no parágrafo 94 deste Relatório. Além disso, a CIDH conclui[u] que, em virtude da Lei 6.683/79 (Lei de Anistia), promulgada pelo governo militar do Brasil, o Estado não levou a cabo nenhuma investigação penal para julgar e sancionar os responsáveis por estes desaparecimentos forçados; que os recursos judiciais de natureza civil com vistas a obter informação sobre os fatos não foram efetivos para garantir aos familiares dos desaparecidos o acesso à informação sobre a Guerrilha do Araguaia; que as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito ao acesso à informação desses familiares; e que o desaparecimento forçado das vítimas, a impunidade dos seus responsáveis, e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos.”⁸⁹.

Além disto, é importante destacar para a matéria que nos interessa no presente trabalho duas recomendações específicas que a Comissão fez ao governo brasileiro no que se refere ao aspecto penal:

“Adotar todas as medidas que sejam necessárias, a fim de garantir que a Lei Nº 6.683/79 (Lei de Anistia) não continue representando um obstáculo para a persecução penal de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade; Determinar, através da jurisdição de direito comum, a responsabilidade penal pelos desaparecimentos forçados das vítimas da Guerrilha do Araguaia, mediante uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos com observância ao devido processo legal, a fim de identificar os responsáveis por tais violações e sancioná-los penalmente; e publicar os resultados dessa investigação. No cumprimento desta recomendação, o Estado deverá levar em conta que tais crimes contra a humanidade são insuscetíveis de anistia e imprescritíveis;”⁹⁰. (CIDH, 2010, PAG 7)

Percebe-se claramente uma escolha de obrigar o Estado brasileiro de investigar, julgar e punir os supostos responsáveis pelas violações de direitos humanos que tenham ocorridas durante o período da Guerrilha do Araguaia.

recomendações que considerar pertinentes e o transmitirá ao Estado de que se trate. Neste caso, fixará um prazo para que tal Estado informe a respeito das medidas adotadas em cumprimento a essas recomendações. O Estado não estará facultado a publicar o relatório até que a Comissão haja adotado uma decisão a respeito.³ A Comissão notificará ao peticionário sobre a adoção do relatório e sua transmissão ao Estado. No caso dos Estados partes da Convenção Americana que tenham aceitado a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, a Comissão, ao notificar o peticionário, dar-lhe-á oportunidade para apresentar, no prazo de um mês, sua posição a respeito do envio do caso à Corte. O peticionário, se tiver interesse em que o caso seja elevado à Corte, deverá fornecer os seguintes elementos: a. a posição da vítima ou de seus familiares, se diferentes do peticionário; b. os dados sobre a vítima e seus familiares; c. as razões com base nas quais considera que o caso deve ser submetido à Corte; ed. as pretensões em matéria de reparação e custos.

⁸⁹ Comissão IDH, Julia Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia), Caso 11.552, pág. 7.

⁹⁰ Idem. 3.

Após o Relatório de Mérito, a Comissão IDH decidiu enviar o caso para jurisdição contenciosa⁹¹ da Corte sob a justificativa de que em virtude da falta de implementação satisfatória das recomendações contidas no Relatório nº 91/08 por parte do Brasil. Neste sentido, em 26 de março de 2009 o caso foi enviado à Corte IDH. Ao transmitir o caso para a Corte⁹², a Comissão considerou que:

“[...] representava ‘uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e à execução extrajudicial e a consequente obrigação dos Estados de dar a conhecer a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos’. A Comissão também enfatizou o valor histórico do caso e a possibilidade de o Tribunal afirmar a incompatibilidade da Lei de Anistia e das leis sobre sigilo de documentos com a Convenção Americana.”⁹³. (Corte IDH, 2010, pág 3)

2.2 Aspectos estratégicos/materiais do caso na Corte IDH⁹⁴

2.2.1 Os precedentes da Corte IDH em matéria de Leis de Anistia

Antes de abordarmos o julgamento do caso brasileiro serão analisados neste subtópico os precedentes da Corte IDH que serviram de base jurídica para julgar o Brasil em 2010 e também para precisar qual é o entendimento do Tribunal acerca da sua competência temporal, das chamadas Leis de Anistia, da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, norma *jus*

91 A Corte IDH pode exercer tanto uma jurisdição consultiva quanto contenciosa. Neste sentido, a Convenção Americana: Artigo 61 – [...] 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial; Artigo 64 - 1. Os Estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um Estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

92 Regulamento da Comissão. Artigo 45. Envio do caso à Corte: 1. Se o Estado de que se trate houver aceito a jurisdição da Corte Interamericana em conformidade com o artigo 62 da Convenção Americana, e se a Comissão considerar que este não deu cumprimento às recomendações contidas no relatório aprovado de acordo com o artigo 50 do citado instrumento, a Comissão submeterá o caso à Corte, salvo por decisão fundamentada da maioria absoluta dos seus membros.

93 Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C No. 219, pág. 3.

94 Para acessar o caso completo que a Corte IDH julgou: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf

cogens. De forma a facilitar o entendimento, serão analisados em ordem cronológica três casos nos quais a Corte IDH analisou as Lei de Anistia envolvendo os seguintes países, Peru e Chile.

O caso *Barrios Altos vs. Peru* de 14 de março de 2001⁹⁵ foi o primeiro caso no qual a Corte explicitamente disse que Leis de Anistia são incompatíveis com as normas interamericanas de Direitos Humanos. A Corte fez também referência as disposições de prescrição e outros excludentes de responsabilidade penal. Neste sentido, a Corte considerou que

[...] são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, tais como tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁹⁶

Como consequência deste entendimento, de que as leis de anistia são incompatíveis, o Tribunal considerou que Estado peruano violou o artigo 2º da CADH ao adotar as Leis de Anistia nº 26.479 e nº 26.492, descumprindo com o seu dever estatal de adequar o seu direito interno à Convenção Americana. A justificativa da Corte para considerar as leis de anistia incompatível foi que

As leis de autoanistia conduzem à vulnerabilidade das vítimas e à perpetuação da impunidade, motivo pelo qual são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana. Este tipo de lei impede a identificação dos indivíduos responsáveis por violações de direitos humanos, na medida em que obstaculiza a investigação e o acesso à justiça e impede as vítimas e seus familiares de conhecerem a verdade e de receberem a reparação correspondente. (Corte IDH, 2010)

A Corte termina expondo que a por serem incompatíveis, as Leis de Anistia peruana carecem de efeitos jurídicos e não servem para a investigação dos fatos deste caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto em outros casos ocorridos no Peru relativos à violação dos direitos consagrados na Convenção Americana.

Em 26 de setembro de 2006, a Corte IDH julgou o caso *Almonacid Arellano e Outros contra o Estado chileno*⁹⁷. Neste caso o Tribunal interamericano enfrentou a questão da sua

⁹⁵ Os fatos expostos na demanda se referiam à responsabilidade internacional do Estado peruano pelas mortes e lesões de um grupo de pessoas por parte de agentes militares, assim como a falta de investigação e punição dos responsáveis pelos fatos. O caso está disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf.

⁹⁶ Corte IDH. Caso *Barrios Altos Vs. Peru*. Mérito. Sentença de 14 de março de 2001. Serie C No. 75, pág. 15.

⁹⁷ Os fatos expostos na demanda se referiam a falta de investigação e punição dos responsáveis pela execução extrajudicial do senhor *Almonacid Arellano*, a partir da aplicação do Decreto Lei nº 2.191, lei de anistia adotada no

competência temporal e desenvolveu o seu entendimento acerca da imprescritibilidade dos chamados crimes contra a humanidade correlativo com a chamada norma internacional (*jus cogens*).

Trata-se de um caso semelhante ao do Brasil em dois aspectos. No primeiro no que se refere à competência da Corte para julgar fatos anteriores à data de ratificação pelo governo Chileno da Convenção Americana; o segundo aspecto é referente ao fato de que o Chile também não havia ratificado a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes Contra a Humanidade e mesmo assim a Corte condenou o Estado chileno.

O Estado chileno alegou que havia ratificado e aceitado a competência contenciosa da Corte Interamericana em 21 de agosto de 1990, mas a lei de anistia chilena fora adotada em 1978 – Decreto Lei nº 2.191. Logo, não poderia a Corte julgar se ao respectivo Decreto seria incompatível com a Convenção Americana. Entretanto, a Corte considerou que

[...] não possui competência para declarar uma suposta violação ao artigo 2 da Convenção no momento em que este Decreto Lei foi promulgado (1978), nem a respeito de sua vigência e aplicação até 21 de agosto de 1990, porque até esse momento não existia o dever do Estado de adequar sua legislação interna aos parâmetros da Convenção Americana. Entretanto, a partir dessa data, vige para o Chile tal obrigação e esta Corte é competente para declarar se este a cumpriu ou não.⁹⁸ (Corte IDH, 1990)

Por sua vez, sobre a imprescritibilidade e o caráter de *jus cogens* o argumento desenvolvido pelo do Tribunal foi da seguinte maneira. O crime cometido contra o senhor Almonacid Arellano, no entender da Corte, constituiu um crime contra a humanidade⁹⁹ e, por este motivo, é imprescritível e não pode ser anistiável. Segundo a Corte, os crimes de lesa

Chile em 1978, assim como à suposta falta de reparação adequada em favor de seus familiares. O caso está disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

⁹⁸ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano e Outros Vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Serie C No. 154, pág. 11.

⁹⁹ No entender da Corte o Estado chileno no período da sua ditadura (1973-1990) estava inserido em um contexto de ataque generalizado e sistemático contra setores da população civil, constituindo assim, uma violação de uma norma imperativa do Direito Internacional. Neste sentido, "(...) a Corte considera que há ampla evidência para concluir que em 1973, ano da morte do senhor Almonacid Arellano, o cometimento de crimes de lesa humanidade, incluindo o assassinato executado em um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra setores da população civil, era violatório de uma norma imperativa do Direito Internacional. Esta proibição de cometer crimes de lesa humanidade é uma norma de *jus cogens* e a penalização destes crimes é obrigatória conforme o Direito Internacional geral." (pág. 46). E concluiu "Diante do exposto, a Corte considera que existe evidência suficiente para sustentar razoavelmente que a execução extrajudicial cometida por agentes estatais contra o senhor Almonacid Arellano – que era militante do Partido Comunista, candidato a vereador do mesmo partido, secretário provincial da Central Unitária de Trabalhadores e dirigente sindical do Magistério (SUTE), sendo tudo isto considerado uma ameaça por sua doutrina –, perpetrada dentro de um padrão sistemático e generalizado contra a população civil, é um crime de lesa humanidade." (pág. 47).

humanidade vão além do tolerável pela comunidade internacional, e ofendem toda a humanidade. O dano que esses crimes provocam permanece vigente para a sociedade nacional e para a comunidade internacional, que exigem a investigação e a punição dos responsáveis¹⁰⁰. Logo, o Estado chileno tinha a obrigação de investigar, julgar e, se fosse o caso, punir os responsáveis pela morte do senhor Almonacid.

No que se refere ao fato do Chile não ter ratificado a Convenção acerca da imprescritibilidade, a Corte considerou o seguinte,

Mesmo que o Chile não tenha ratificado essa Convenção, esta Corte considera que a imprescritibilidade dos crimes de lesa humanidade surge como norma de norma de Direito Internacional Geral (*jus cogens*), que não nasce com a Convenção, mas que está nela reconhecida. Consequentemente, o Chile não pode deixar de cumprir essa norma imperativa.¹⁰¹

Podemos concluir então que a obrigação internacional do Estado em relação aos chamados crimes imprescritíveis independe de ter ratificado ou não a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes Contra a Humanidade, porque a observância da norma decorre de um costume internacional, trata-se de uma norma imperativa (*jus cogens*), e não do ato de ratificação. Logo, a Convenção apenas reconhece uma norma costumeira e não a cria no Direito Internacional.

Por fim, no caso La Cantuta de 29 de novembro de 2009¹⁰² contra, novamente, o Estado peruano, a Corte reiterou os precedentes anteriores – Barrios Altos e Almonacid Arellano. A particularidade deste caso foi que o Estado peruano já havia sido condenado pela Corte, então a controvérsia existente entre a Comissão Interamericana e o Estado peruano era se as Leis de

¹⁰⁰ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano e Outros Vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Serie C No. 154, pág. 60.

¹⁰¹ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano e Outros Vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Serie C No. 154, págs. 60-61.

¹⁰² Os fatos expostos na demanda se referiam a violação dos direitos humanos do professor Hugo Muñoz Sánchez e dos estudantes Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Córdor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas e Juan Gabriel Mariños Figueroa, bem como de seus familiares, pelo alegado sequestro das supostas vítimas, ocorrido na Universidade Nacional de Educação “Enrique Guzmán y Valle – La Cantuta”, em Lima, na madrugada de 18 de julho de 1992, que teria contado com a participação de efetivos do Exército peruano, os quais sequestraram as vítimas para posteriormente ocultá-las e executar sumariamente algumas delas; bem como pela alegada impunidade desses fatos por não terem sido investigados de maneira diligente. O caso está disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf.

Anistia¹⁰³ continuavam tendo efeitos jurídicos mesmo após a condenação do Peru em 2001. A conclusão do Tribunal interamericano foi o seguinte,

[...] a Corte considerou que no Peru essas leis de autoanistia são ab initio incompatíveis com a Convenção, ou seja, sua promulgação mesma ‘constitui, per se, uma violação da Convenção’ por ser ‘uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado Parte’ nesse Tratado. Esse é o fundamento da declaração de efeitos gerais proferida pela Corte no Caso Barrios Altos. Por isso, a aplicação destas leis por parte de um órgão estatal num caso concreto, mediante atos normativos posteriores, ou sua aplicação por funcionários estatais, constitui uma violação da Convenção.¹⁰⁴

É neste cenário de precedentes que o caso brasileiro será julgado. Com a Corte já tendo estabelecido que: (i) leis de anistia são incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; (ii) crimes contra a humanidade não podem ser anistiados e são imprescritíveis, (iii) a imprescritibilidade destes crimes é uma norma *jus cogens*, (iv) os Estados do sistema interamericano de Direitos Humanos têm a obrigação de afastar a aplicação das leis de anistia e punir os responsáveis.

2.2.2 As exceções preliminares apresentadas pelo Brasil

O Brasil apresentou três exceções preliminares perante a Corte IDH¹⁰⁵, sendo que nos interessa apenas duas que tratam da incompetência do Tribunal para analisar determinados fatos e a falta de esgotamento dos recursos internos. Segundo o Estado brasileiro, a Corte seria incompetente

¹⁰³ Leis nº 26.479 e nº 26.492

¹⁰⁴ Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006. Serie C No. 162, pág. 91.

¹⁰⁵ “Embora a Convenção Americana e o Regulamento não desenvolvam o conceito de ‘exceção preliminar’, a Corte afirmou reiteradamente, em sua jurisprudência, que por esse meio se questiona a admissibilidade de uma demanda ou a competência do Tribunal para conhecer de determinado caso ou de algum de seus aspectos, em razão da pessoa, da matéria, do tempo ou do lugar. A Corte salientou que uma exceção preliminar tem por finalidade obter uma decisão que previna ou impeça a análise do mérito do aspecto questionado ou do caso em seu conjunto. Por esse motivo, o questionamento deve atender às características jurídicas essenciais, em conteúdo e finalidade, que lhe confirmam o caráter de ‘exceção preliminar’. Os questionamentos que não se revistam dessa natureza, como, por exemplo, os que se referem ao mérito de um caso, podem ser formulados mediante outros atos processuais admitidos na Convenção Americana ou no Regulamento, mas não sob a figura de uma exceção preliminar.”. Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C No. 219, pág. 8.

“[...] para examinar supostas violações que teriam ocorrido antes do reconhecimento da competência contenciosa do Tribunal. Esse reconhecimento foi realizado ‘sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998’. Não obstante, o Brasil reconheceu a jurisprudência da Corte, no sentido de que pode conhecer das violações continuadas ou permanentes, mesmo quando iniciem antes do reconhecimento da competência contenciosa do Tribunal, desde que se estendam além desse reconhecimento, mas enfatizou que é inequívoca a falta de competência da Corte para conhecer das detenções arbitrárias, atos de tortura e execuções extrajudiciais ocorridas antes de 10 de dezembro de 1998.”¹⁰⁶. 1 Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C No. 219, pág. 10

Em sua análise, a Corte deu provimento parcial à exceção apresentada. Com fundamento no princípio da irretroatividade, o Tribunal considerou que não poderia exercer a sua competência contenciosa para os fatos alegados antes do reconhecimento da competência pelo governo brasileiro. Com isto, a Corte excluiu de analisar a alegada execução extrajudicial da senhora Maria Lúcia Peti da Silva¹⁰⁷ cujos restos mortais foram identificados em 1996. Por outro lado, o Tribunal considerou que

“[...] os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional. Em concordância com o exposto, a Corte recorda que o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos. A Corte, portanto, é competente para analisar os alegados desaparecimentos forçados das supostas vítimas a partir do reconhecimento de sua competência contenciosa efetuado pelo Brasil.”¹⁰⁸. 1 (Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C No. 219, pág. 10)

Percebe-se claramente que o Tribunal interamericano não analisou a questão da Lei de Anistia ao decidir sobre esta exceção preliminar. A análise foi baseada no caráter contínuo do desaparecimento forçado.

No que se refere ao não esgotamento dos recursos, mais especificamente no que se refere à regra de quarta instancia internos, o Brasil alegou o seguinte

106 Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C No. 219, pág. 8

107 Maria Lúcia era uma das vítimas que os representantes alegaram que fosse.

108 Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C No. 219, pág. 10

“[...] que lhe ‘deve ser facultada [...] a oportunidade de debater e deliberar democraticamente o tema relacionado ao objeto da [...] demanda no âmbito de seu ordenamento jurídico interno. [...] Em especial, é preciso dar tempo para que [...] o Supremo Tribunal Federal se pronuncie definitivamente acerca das questões jurídicas pendentes do governo militar’.”¹⁰⁹.

Ocorre que a ADPF 153 já estava em curso quando a Corte ainda iria julgar o caso brasileiro. Sendo assim, os representantes do governo questionaram a competência o Tribunal

“[...] para revisar decisões adotadas pelas mais altas cortes de um Estado, indicando que este Tribunal não pode analisar as questões de mérito da presente demanda ocorridas até 29 de abril de 2010, em virtude do não esgotamento dos recursos internos. Com a decisão da Arguição de Descumprimento nº 153, verificou-se o esgotamento regular dos recursos internos, surgindo, inclusive, um novo obstáculo para a análise do mérito da demanda, a proibição da quarta instância. O Estado afirma [...] que a tramitação da Arguição de Descumprimento nº 153 respeitou o devido processo legal, foi transparente, permitiu a participação de todos os interessados e garantiu a imparcialidade e independência judicial e, por outro lado, o caráter subsidiário da atuação dos órgãos do Sistema Interamericano, que não podem constituir-se em tribunais de alçada para examinar alegados erros, de fato ou de direito, cometidos por tribunais nacionais que tenham atuado dentro de suas competências.”¹¹⁰.

Entretanto, a Corte rejeitou esta exceção preliminar fundamentando-se em três argumentos. O primeiro deles foi que a ADPF não era um recurso que estava regulamentado no momento da interposição da denúncia perante a Comissão interamericana. Segundo, porque os familiares das vítimas não eram legitimados para ajuizar a ação, sendo legitimados apenas determinados funcionários e instituições do Estado e coletivos sociais.

Por fim, e é interessante este argumento ao focar na parte penal, a Corte considerou que a ADPF não era um recurso adequado para reparar as violações alegadas pelos representantes das vítimas porque não servia para esclarecer os fatos, determinar os paradeiros das vítimas e estabelecer as responsabilidades individuais em decorrência das violações de direitos humanos. A Corte enfatizou o seguinte,

“No presente caso, não se solicita [...] a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento nº 153 [...], mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a

109 Idem, pág. 18.

110 Idem, pág. 18.

análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana”¹¹¹.

2.3 A análise da Corte quanto à Lei de Anistia brasileira

Passaremos agora aos fundamentos levantados pelo Tribunal que considerou a Lei de Anistia incompatível com as obrigações internacionais assumidas pelo governo brasileiro. Antes se faz necessário destacar os principais argumentos enumerados pelos peticionários do caso para fundamentar a tal [in]compatibilidade da lei.

A Comissão alegou que a Lei de Anistia impossibilitava a investigação e punição dos responsáveis pelos desaparecimentos forçados. Para a Comissão, o Estado brasileiro tinha a obrigação de processar e, se fosse o caso, punir os responsáveis pelas violações ocorridas.

Por sua vez, os representantes das vítimas alegaram que a interpretação dada quanto à Lei de Anistia no sentido de considerar como crimes conexos violações de direitos humanos, gerou uma situação de impunidade. Além disto, consideraram que para interpretação da Lei é irrelevante o contexto da criação da mesma para o Direito Internacional, porque ao não permitir a persecução penal dos responsáveis, o Brasil está uma direção contrária às obrigações internacionais.

Em sua contestação, o Estado brasileiro sustentou que

“A concessão de anistia usualmente se justifica pela percepção de que a punição dos crimes contra os direitos humanos, depois de terminadas as hostilidades, pode chegar a representar um obstáculo ao processo de transição, perpetuando o clima de desconfiança e rivalidade entre os diversos grupos políticos nacionais, motivo pelo qual, em períodos como este, procuram-se meios alternativos à persecução penal para alcançar a reconciliação nacional, como forma de ajustar as necessidades de justiça e paz, tais como a reparação patrimonial das vítimas e seus familiares e o estabelecimento de comissões da verdade.”¹¹².

Além disto, o Brasil alegou que a Lei de Anistia foi antecedida de um debate político e que foi considerada um importante passo para a reconciliação nacional. Acrescentou que a lei objetivava abarcar os dois lados do conflito político ideológico, sendo uma anistia caracterizada pela sua bilateralidade e reciprocidade.

111 Idem, pág. 20.

112 Idem, págs. 48-49.

A Corte considerou que a forma pela qual a Lei de Anistia foi interpretada e aplicada afetou o dever internacional do país de investigar e punir as graves violações de direitos humanos. Para o Tribunal a falta de investigação e sanção dos possíveis responsáveis pelo crime de desaparecimento forçado fez com que o Estado brasileiro descumprisse com o seu dever de adequar o seu direito interno de acordo com o artigo 2º da Convenção Americana¹¹³.

Ao considerar a Lei de Anistia brasileira incompatível com os direitos humanos, a Corte manifestou que a lei carecia de efeitos jurídicos e que ela não poderia continuar sendo um obstáculo para a punição dos responsáveis.

Merece destaque quando a Corte diferencia as obrigações assumidas no âmbito interno daquelas internacionais, mais especificamente da função a ser exercida pelo Poder Judiciário

“Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um ‘controle de convencionalidade’ ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.”¹¹⁴.

Fica claro que para o sistema interamericano de Direitos Humanos a Lei de Anistia brasileira deveria ser interpretada de forma diferente daquela dada pelo STF, conforme será melhor abordado no próximo capítulo. Para Corte, o Poder Judiciário deveria atuar de forma a desconsiderar o direito interno e se pautar no Direito Internacional, devendo ser observadas as obrigações assumidas pelo país em relação à Convenção Americana e os precedentes do Tribunal. Conforme consta da decisão do caso,

113 Convenção Americana. Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno: Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

114 Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C No. 219, pág. 65.

“No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno.”¹¹⁵.

2.4 Os princípios da irretroatividade e da legalidade na conclusão da Corte

Ao enfrentar a questão da legalidade e, mais especificamente, da irretroatividade a Corte sustentou que o crime de desaparecimento forçado constitui um delito de caráter contínuo ou permanente, cujos efeitos só cessam quando se estabeleça o paradeiro das vítimas e seja determinada a sua identidade. Sendo assim, enquanto não for encontrado o corpo da vítima os efeitos do ilícito internacional continuam a atualizar-se. Segundo a Corte,

“[...] o Tribunal observa que, em todo caso, não haveria uma aplicação retroativa do delito de desaparecimento forçado porque os fatos do presente caso, que a aplicação da Lei de Anistia deixa na impunidade, transcendem o âmbito temporal dessa norma em função do caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado.”¹¹⁶.

Ao concluir a decisão, a Corte enfatizou a obrigação penal que o Estado brasileiro tem a obrigação de

“[...] deve conduzir eficazmente a investigação penal dos fatos do presente caso, a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha.”¹¹⁷.

E tratando especificamente da Lei de Anistia, a Corte foi enfática na sua conclusão ao afirmar que esta obrigação consiste em

115 Ibidem. pág. 65.

116 Ibidem. pág. 66.

117 Ibidem. págs. 95-96.

“[...] determinar os autores materiais e intelectuais do desaparecimento forçado das vítimas e da execução extrajudicial. Ademais, por se tratar de violações graves de direitos humanos, e considerando a natureza dos fatos e o caráter continuado ou permanente do desaparecimento forçado, o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, ne bis in idem ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação”¹¹⁸.

2.5 A suprallegalidade Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH)

O nível hierárquico dos tratados internacionais de Direitos Humanos no Brasil foi modificado significativamente após o STF alterar sua jurisprudência no ano de 2008, para classificar a Convenção Americana de Direitos Humanos com status de *suprallegalidade*¹¹⁹. A decisão paradigmática tratava da prisão civil do depositário infiel¹²⁰:

118 Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C No. 219, pág. 96.

¹¹⁹ "(...) desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo suprallegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do CC de 1916 e com o DL 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo CC (Lei 10.406/2002)." (RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009, com repercussão geral.) No mesmo sentido: HC 98.893-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 9-6-2009, DJE de 15-6-2009; RE 349.703, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009. Em sentido contrário: HC 72.131, Rel. p/ o ac. Min. Moreira Alves, julgamento em 23-11-1995, Plenário, DJ de 1º-8-2003. Vide: HC 84.484, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-11-2004, Primeira Turma, DJ de 7-10-2005.

¹²⁰ Cf. 1. Trata-se de habeas corpus impetrado contra julgamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça em outro writ anteriormente aforado perante aquela Corte (HC 100.065/MS). Sustenta o impetrante que o Juízo da Vara de Execução Fiscal da Comarca de Campo Grande/MS decretou a prisão civil do ora paciente nos autos da Execução Fiscal 001.95.011851-3. Informa que o r. Juízo indeferiu o pedido de revogação da prisão do paciente. Notícia que a defesa impetrou habeas corpus perante o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que denegou a ordem. Para tanto, a Corte Estadual assentou que “o descumprimento do encargo de fiel depositário sem a apresentação de nenhuma forma excludente de sua responsabilidade, possibilita sua prisão civil” (fl. 04). Relata, ainda, que, “inconformado com o v. acórdão, o Paciente impetrou Habeas Corpus junto ao C. Superior Tribunal de Justiça - autos nº 100.065-MS - que tramitou perante a E. 2ª Turma e tem como Relator o ilustre Ministro Castro Meira que, no entanto, através do v. acórdão de fls., denegou a ordem” (fl. 05). Alega o impetrante, em síntese: a) ilegalidade da prisão, visto que o paciente não foi intimado pessoalmente (fls. 06-07); b) exclusão do paciente do quadro societário da empresa “comprova que o mesmo não agiu de má-fé” e que o bem penhorado estava “sob a responsabilidade dos sócios remanescentes” (fl. 08); e c) aplicação ao caso do Pacto de São José da Costa Rica que veda a prisão civil do depositário infiel (fls. 09-10). Requer a concessão do provimento liminar, para “determinar a suspensão, até o final julgamento desta ação de Habeas Corpus, da eficácia da ordem de prisão expedida em desfavor do paciente” (fl. 13). 2. Em 12.08.2008, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegou a ordem de habeas corpus (HC 100.065/MS), nos seguintes termos: “HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO FISCAL. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. INTIMAÇÃO PESSOAL. MEIO EXAURIDO. INTIMAÇÃO POR EDITAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.1. Embora não intimado pessoalmente como depositário, por

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, Inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da

não ter sido encontrado pelo meirinho quando das tentativas de citação pessoal e de avaliação do bem, no momento em que veio aos autos para pedir a revogação do decreto de prisão, foi-lhe concedido prazo para apresentar o bem penhorado ou o valor correspondente. Nada obstante, não houve qualquer manifestação do paciente.2. Depreende-se do que consta nos autos que sempre houve inequívoca ciência da existência do processo de execução fiscal e de sua condição de fiel depositário.3. A intimação do depositário fiel por edital, quando se encontrar em local incerto e não sabido, é válida para efeitos da decretação de sua prisão civil. Precedente: HC 56.530/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 02.10.2006.4. Inaplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos mesm (Pacto de São José da Costa Rica) o após a edição da Emenda constitucional nº 45/2004 ante a falta de aprovação pelo quorum qualificado de três quintos, o que impede, nos exatos termos da norma do art. 5º, § 3º, da CF, que se o tenha recepcionado pelo direito interno com status de emenda constitucional.5. Ordem denegada.” (Apenso 1) Com efeito, da leitura da do acórdão impugnado na inicial, verifico que o ato se encontra devidamente motivado, apontando as razões de convencimento da Corte. 3. Sucede que, mais recentemente, esta Corte voltou a analisar o tema. A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal filiou-se à orientação acerca da inexistência de sustentação jurídica para prisão civil do depositário infiel, voltando a discutir a matéria sob o prisma constitucional (HC 90.171-7/SP, relator Min. Gilmar Mendes, DJ 17.08.2007):“HABEAS CORPUS. 1. No caso concreto foi ajuizada ação de execução sob o nº 612/2000 perante a 3ª Vara Cível de Santa Bárbara D'Oeste/SP em face do paciente. A credora requereu a entrega total dos bens sob pena de prisão. 2. A defesa alega a existência de constrangimento ilegal em face da iminência de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Ademais, a inicial sustenta a ilegitimidade constitucional da prisão civil por dívida. 3. Reiterados alguns dos argumentos expendidos em meu voto, proferido em sessão do Plenário de 22.11.2006, no RE nº 466.343/SP: a legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, está em plena discussão no Plenário deste Supremo Tribunal Federal. No julgamento de RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, que se iniciou na sessão de 22.11.2006, esta Corte, por maioria que já conta com sete votos, acenou para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. 4. Superação da Súmula nº 691/STF em face da configuração de patente constrangimento ilegal, com deferimento do pedido de medida liminar, em ordem a assegurar, ao paciente, o direito de permanecer em liberdade até a apreciação do mérito do HC nº 68.584/SP pelo Superior Tribunal de Justiça. 5. Considerada a plausibilidade da orientação que está a se firmar perante o Plenário deste STF - a qual já conta com 7 votos - ordem deferida para que sejam mantidos os efeitos da medida liminar”. 4. No voto do eminente Relator, destacou-se o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. Esclareceu, ainda, que a esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. Concluiu, assim, que o status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Registro que, no âmbito do HC 87.585-TO, afetado ao Pleno, esta Corte já conta com oito votos no sentido da impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, pendendo pedido de vista do Min. Carlos Alberto Menezes Direito. 5. Desse modo, a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, § 2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 6. Assim, a título excepcional, a hipótese comporta deferimento de liminar, devido à presença simultânea dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. 7. Ante o exposto, defiro a liminar para suspender os efeitos do decreto de prisão civil do paciente. Solicitem-se informações ao Superior Tribunal de Justiça e ao Juízo da Vara de Execução Fiscal da Comarca de Campo Grande/MS. Após, colha-se a manifestação da Procuradoria-Geral da República. Publique-se, após as comunicações de praxe.. Brasília, 1º de setembro de 2008. Ministra Ellen Gracie Relatora (STF - HC: 95967 MS, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 01/09/2008, Data de Publicação: DJe-168 DIVULG 05/09/2008 PUBLIC 08/09/2008)

Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.¹²¹

A Emenda Constitucional n.º45, imprimiu hierarquia constitucional aos Tratados de Direitos Humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, entretanto, tal regime só se aplicaria aos tratados que passaram por esse rito. O Pacto de San José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificado em 1992, não foi internalizado por esse rito, logo, até 2008 tinha status de Lei Ordinária, como todos os outros tratados ratificados pelo Brasil. Tratados internalizados antes da EC 45/04 não têm, portanto, status de norma constitucional. Uma norma supralegal não tem status constitucional, mas é superior às normas ordinárias infraconstitucionais, razão pela qual tem o condão de paralisar a eficácia das mesmas.

Diante da teoria da supralegalidade da Convenção Americana de Direitos Humanos, tese consagrada pelo Supremo Tribunal Federal e que deu novo desenho à hierarquia das normas jurídicas no Brasil, uma conclusão importante deve ser admitida: A imprescritibilidade fundada na CADH (Convenção Americana de Direitos Humanos) ¹²², no Brasil, não tem o condão de surtir seus efeitos, uma vez que a Constituição dispõe em contrário ou só determina a imprescritibilidade contra a prática do “racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

2.6 A ADPF 153 – A Justiça de Transição sob o crivo do Supremo Tribunal Federal.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153 foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal, em outubro de 2008, pela Ordem dos Advogados do Brasil. O bojo da controvérsia constitucional está na interpretação do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei de Anistia (Lei Federal n. 6.683/1979), que considerava conexos, para os fins de concessão de anistia, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política:

¹²¹ STF - RE: 466343 SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165

¹²² Ou Pacto de San José da Costa Rica.

“Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado). § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política¹²³.”

O questionamento apresentado pela Ordem dos Advogados era se a norma impugnada teria sido recepcionada pela Constituição de 1988 e, ainda, se poderia ser interpretada e aplicada à luz dos princípios e normas consagrados no novo sistema constitucional, republicano, democrático e garantista. O pedido apresentado na Petição Inicial requeria que fosse conferida à Lei 6.683/79. Em apertada síntese, o petitório inicial pleiteava:

(...)Em suma, Egrégio Tribunal, o que se pede e espera com a presente demanda, em última análise, é que a Justiça Brasileira confirme definitivamente, perante a História, a dignidade transcendental e, portanto, inegociável da pessoa humana, fundamento de toda nossa ordem constitucional (Constituição Federal, art. 1º, III).

“(...) uma interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz de seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar.¹²⁴”

O Supremo Tribunal Federal, dois anos (24/04/2010) após a propositura da ação constitucional, julgou-a improcedente, acompanhando o voto do Ministro Relator, Eros Roberto Grau. Por sete votos contra dois, restou vencedor o entendimento segundo o qual a Lei de Anistia seria constitucional e válida, por apresentar-se como instrumento de justiça de transição do regime ditatorial para o democrático. Nos termos da decisão da Corte, a anistia, conforme concedida pela Lei n. 6.683/79, contemplaria também os crimes praticados por agentes públicos do Estado.

O julgamento da ADPF 153 impôs ao Supremo Tribunal Federal posicionamento acerca do debate da suposta ausência de Justiça de Transição no Brasil. A sentença do caso Julia Gomes Lund foi publicada em 24 de novembro de 2010, portanto 7 meses depois da decisão do STF sobre a validade da Lei da Anistia. Considerando a robustez do voto do relator e os seguintes que

¹²³LEI No 6.683, DE 28 DE AGOSTO DE 1979, disponível em <http://www.planalto.gov.br/> > Acesso em 08/01/2015.

¹²⁴ Petição do Conselho Federal da OAB, 2008, p. 28-29. Disponível na íntegra em < <http://www.stf.jus.br/> > Acesso em 14/01/2015.

o acompanharam, fica difícil imaginar que, caso fosse publicada antes a decisão da Corte IDH, o STF tivesse posicionamento divergente. Vamos analisar detidamente o conteúdo decisório da ADPF 153.

2.7 Uma análise do conteúdo decisório da ADPF 153

O Ministro Eros Roberto Grau, designado relator na ADPF 153, proferiu um extenso e detalhado voto, onde expôs mais do que argumentos contrários à petição inicial, esboçou uma aula acerca da Justiça Transição e seus caminhos tortuosos e o perigo de resvalar-se em um processo revanchista. Analisou diversas questões formais preliminares, como as hipóteses de cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, questões processuais civis que não merecem maior atenção. Em seguida, o Ministro destacou diversas contradições existentes na própria peça de arguição, como os resultados tormentosos da ab-rogação da anistia, que obrigariam a todos os anistiados devolverem aos cofres públicos o que eventualmente já teriam recebido a título indenizatório¹²⁵:

“O que se pretende é extremamente contraditório: a ab-rogação da anistia em toda sua amplitude, conduzindo inclusive a tormentosas e insuportáveis conseqüências financeiras para os anistiados que receberam indenizações do Estado, compelidos a restituir aos cofres públicos tudo quanto receberam até hoje a título de indenização. A procedência da ação levaria a este funesto resultado. Também este argumento, que diria com os princípios democrático e republicano, não prospera.”

O princípio da dignidade da pessoa humana, também elencado como um preceito constitucional violado pela Lei da Anistia, foi dissecado de forma a demonstrar como os argumentos utilizados pela arguente são tão somente políticos e não jurídicos¹²⁶. O Ministro Eros

¹²⁵ ADPF 153, STF, Voto do Ministro Eros Roberto Grau. 24/04/2010, pag. 23

¹²⁶ “Trata-se, também neste ponto, de argumentação exclusivamente política, não jurídica, argumentação que entra em testilhas com a História e com o tempo. Pois a dignidade da pessoa humana precede a Constituição de 1988 e esta não poderia ter sido contrariada, em seu artigo 1º, III, anteriormente a sua vigência. A Arguente desqualifica fatos históricos que antecederam a aprovação, pelo Congresso Nacional, da Lei n. 6.683/79. Diz mesmo que “no suposto acordo político, jamais revelado à opinião pública, a anistia aos responsáveis por delitos de opinião serviu de biombo para encobrir a concessão de impunidade aos criminosos oficiais, que agiam em nome do Estado, ou seja, por conta de todo o povo brasileiro” e que a dignidade das pessoas e do povo foi usada como “moeda de troca em um acordo político”. A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei n. 6.683/79. A procura dos sujeitos da História conduz à incompreensão da História. É expressiva de uma visão abstrata, uma visão intimista da História, que não se reduz a uma estática coleção de fatos desligados uns dos outros. Os homens não podem fazê-la senão nos limites materiais da realidade. Para que a possam fazer, a História, hão de estar em condições de fazê-la. Está lá, n’O 18 Brumário de Luís Bonaparte : “Os homens fazem sua

Roberto Grau destacou, ainda, o espanto com que recebia o pleito formulado pela Ordem dos Advogados do Brasil, outrora à frente das lutas pela anistia ampla, geral e irrestrita. O argumento, também político, de que não houve diálogo público em que resultasse a Lei da Anistia não mereceu guarida¹²⁷.

Por derradeiro, o Ministro lançou mão do argumento da incorporação originária da Lei da Anistia na Emenda Constitucional 26/85. Com propriedade, o magistrado traz à baila o fato de que a anistia da Lei de 1979 foi posteriormente reafirmada pela Emenda Constitucional 26/1985, ato que deu origem a Constituição de 1988:

“Eis o que se deu: a anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Não que a anistia que aproveita a todos já não seja mais a da lei de 1979, porém a do artigo 4º, § 1º da EC 26/85. Mas estão todos como que [re]anistiados pela emenda, que abrange inclusive os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Por isso não tem sentido questionar se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988. Pois a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A norma prevalece, mas o texto, o mesmo texto, foi substituído por outro. O texto da lei ordinária de 1979 resultou substituído pelo texto da emenda constitucional. A emenda constitucional produzida pelo Poder Constituinte originário constitucionaliza-a, a anistia. E de modo tal que estivesse o § 1º desse artigo 4º sendo questionado nesta ADPF, o que não ocorre, já que a inicial o ignora somente se a nova Constituição a tivesse afastado expressamente poderíamos tê-la como incompatível com o que a Assembléia Nacional Constituinte convocada por essa emenda constitucional produziu, a Constituição de 1988.”

A anistia, portanto, não se trata apenas de diploma legal, mas tem força constitucional, consubstanciada na Emenda Constitucional 26/1985, célula máter da ordem constitucional de

própria história, mas não a fazem como querem, não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado (...). ADPF 153, STF, Voto do Ministro Eros Roberto Grau. 24/04/2010, pag. 23.:

¹²⁷ “Nos estertores do regime viam-se de um lado os exilados, que criaram comitês pró-anistia em quase todos os países que lhes deram refúgio, a Igreja (à frente a CNBB) e presos políticos em greve de fome que a votação da anistia [desqualificada pela inicial] salvou da morte certa --- pois não recuaram da greve e já muitos estavam debilitados, como os jornais da época fartamente documentam --- de outro os que, em represália ao acordo que os democratas esboçavam com a ditadura, em torno da lei, responderam com atos terroristas contra a própria OAB, com o sacrifício de dona Lydia; na Câmara de Vereadores do Rio de Janeiro, com a mutilação do secretário do combativo vereador Antonio Carlos; com duas bombas na casa do então deputado do chamado grupo autêntico do MDB Marcello Cerqueira, um dos negociadores dos termos da anistia; com atentados contra bancas de jornal, contra O Pasquim, contra a Tribuna de Imprensa e tantos mais. Reduzir a nada essa luta, inclusive nas ruas, as passeatas reprimidas duramente pelas Polícias Militares, os comícios e atos públicos, reduzir a nada essa luta é tripudiar sobre os que, com desassombro e coragem, com desassombro e coragem lutaram pela anistia, marco do fim do regime de exceção. Sem ela, não teria sido aberta a porta do Colégio Eleitoral para a eleição do “Dr. Tancredo”, como diziam os que pisavam o chão da História. Essas jornadas, inesquecíveis, foram heróicas. Não se as pode desprezar. A mim causaria espanto se a brava OAB sob a direção de Raimundo Faoro e de Eduardo Seabra Fagundes, denodadamente empenhada nessa luta, agora a desprezasse, em autêntico venire contra factum proprium.” ADPF 153, STF, Voto do Ministro Eros Roberto Grau. 24/04/2010, pag. 28.

1988. Além do ministro Eros Grau¹²⁸, posicionaram-se neste sentido as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, e os ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso.

Defenderam uma nova interpretação da lei, com fundamento de que a anistia não teve “caráter amplo, geral e irrestrito”, os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto. O ministro Ricardo Lewandowski abriu divergência ao defender a nova interpretação da Lei de Anistia (Lei 6.683/79). Entendeu o Ministro que os crimes comuns como homicídio e tortura cometidos durante o regime de exceção não foram abrangidos pela lei de 1979 e os juízes devem analisar, caso a caso, se o crime cometido teve motivação política ou não. Caso entenda que não foi crime político, deverá ser aberto processo penal contra os autores.

Em sua conclusão, o Ministro Lewandowski destacou: “julgo procedente em parte a ação para dar interpretação conforme ao parágrafo 1º do artigo 1º da Lei 6.683/79, de modo que se entenda que os agentes do Estado não estão automaticamente abrangidos pela anistia contemplada no referido dispositivo legal, devendo o juiz ou tribunal, antes de admitir o desencadeamento da persecução penal contra estes, realizar uma abordagem caso a caso mediante a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios para caracterizar o eventual cometimento de crimes comuns, com a consequente exclusão da prática de delitos políticos ou ilícitos considerados conexos. É como voto”¹²⁹.

O ministro do Ayres Britto concordou que a norma impugnada não tem caráter amplo, geral e irrestrito. Para Ayres Britto, crimes hediondos e equiparados a estes, como tortura e estupro, não foram anistiados pela lei de 1979¹³⁰. “Quem redigiu essa lei não teve coragem, digamos assim, de assumir essa propalada intenção de anistiar torturadores, estupradores, assassinos frios de prisioneiros já rendidos, pessoas que jogavam de um avião em pleno vôo as suas vítimas”. A concessão de anistia ampla, geral e irrestrita deve ser de feita de forma muito

¹²⁸Eros Roberto Grau foi preso e torturado durante o regime militar. Advogado e militante do Partido Comunista do Brasil, o Partidão, o agora Ministro do Supremo Tribunal Federal não deixou-se levar pelo revanchismo, proferindo um voto erudito, juridicamente sólido e alinhado com uma visão garantista do Direito Penal Cf. “Na entrevista para o livro, Eros disse que a tortura foi tão marcante em sua vida que ele passou a encarar todos os outros problemas, inclusive a pressão exercida sobre os integrantes do STF, como coisas menores. “No DOI-Codi, aprendi a não ter tanto medo. Nada pior do que aquilo pode acontecer” afirmou. Antes de a Lei de Anistia ser questionada no tribunal, o ministro evitava opinar sobre o tema dizendo que um dia poderia ser obrigado a decidir noma ação como a atual. Procurado ontem pelo GLOBO, ele preferiu não comentar o caso.” Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/ErosGrau/ArtigosJornais/967816.pdf> Acesso m 01/02/2015.

¹²⁹ ADPF 153, STF, Voto do Ministro Ricardo Lewandowski 24/04/2010

¹³⁰ ADPF 153, STF, Voto do Ministro Ayres Britto 24/04/2010

clara e deliberada. “O que interessa é a vontade objetiva da lei, não a vontade subjetiva do legislador”, alertou. O ministro também destacou convicções pessoais acerca do Regime de Exceção: “Um torturador não comete crime político, crime de opinião. O torturador é um monstro, é um desnaturado, é um tarado. O torturador é aquele que experimenta o mais intenso dos prazeres diante do mais intenso dos sofrimentos alheios perpetrados por eles. É uma espécie de cascavel de ferocidade tal que morde o som dos próprios chocalhos. Não se pode ter condescendência com torturador”.

Ayres Britto também contestou o argumento do relator no sentido de que a Lei da Anistia foi integrada à ordem constitucional por estar reafirmada na Emenda Constitucional 26/85. Nesta toada, em sua visão a "Assembleia Constituinte é um poder fundador, não regulado por direito anterior e, por isso, o instrumento de convocação da assembleia é apenas um meio que proporciona a atividade do poder constituinte que, por sua natureza, é um poder independente¹³¹”.

2.8 O tempo e a legalidade.

Em 1979 Nilo Batista afirmou que , afirmou que “a tortura e o homicídio de um preso não são crimes políticos nem conexos a crimes políticos e estão a merecer – até quando? – processo e julgamento”.¹³² Em 2010¹³³, a opinião do amadurecido penalista chegava à outra conclusão: Não há possibilidade de punição dos agentes do Estado que cometeram graves violações, sem, com isso, cometer outra grave violação e implodir os pilares do Estado Democrático de Direito.

Nilo Batista assim se posiciona:

“Lutar por essa tese em 1979, como tantos brasileiros fizemos, era compreensível: ainda havia sangue no piso dos porões, lutava-se pela restauração da legalidade democrática. Trinta anos depois, durante os quais a interpretação da lei – tanto nas escassas ocasiões em que foi o Judiciário provocado quanto na continuada omissão das agências que devem atuar de ofício, como o próprio Ministério Público – invariavelmente reconheceu que a anistia alcançava os torturadores, a luta pela tese, paradoxalmente, ameaça à legalidade democrática. Errávamos em 1979 no calor dos acontecimentos, mas hoje se erra a sangue frio. (...) A pena, o utilíssimo placebo com o qual o Estado do empreendimento neoliberal substituiu suas intervenções provedoras, nunca foi capaz de transformar a realidade; ao contrário, as mais importantes transformações históricas

¹³¹ Idem.

¹³² BATISTA, Nilo. Aspectos jurídico-penais da anistia. Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, n. 26, p. 42, jul./dez. 1979

¹³³ BATISTA, Nilo. Nota introdutória. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppet (Org.). Justiça de Transição no Brasil: Direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16

provieram de forças em confronto aberto com o sistema penal. O discurso da impunidade do passado termina por dinamizar a demanda conservadora por pena no presente, por alimentar os movimentos de criminalização em curso. Resgatar a memória dos heróis brasileiros imolados na resistência armada à ditadura (memória integrada, sim, pela identidade de seus verdugos) e recuperar, quando for o caso, seus restos mortais para um panteão cujo marco Niemeyer já desenhou envolve um complexo de direitos, nenhum deles concretizável através do processo penal. A interpretação que, como alguns outros admiráveis colegas, tentei construir em 1979 para fazer sentar no banco dos réus os torturadores não era politicamente forte o suficiente para impor-se; hoje, talvez a força exista, mas o preço exorbitante é implodir um dos pilares do Estado de direito restaurado. [...] Podemos, se quisermos, lamentar que a anistia tenha sido tal como foi. Não devíamos ter perdoado a quem perdoamos, não devíamos; mas perdoamos. Agora é tarde.

Todorov¹³⁴ nos leciona que “o objetivo da justiça deve ser a própria justiça”:

“Ao formular essas reservas sobre as práticas recentes como se aderisse ao princípio que pretende que o objetivo da justiça seja a educação. Ora, o problema é o próprio princípio: o objetivo da justiça deve permanecer a própria justiça. Pois de outra maneira estaríamos prontos para cometer injustiças – desde que produza uma boa lição. Isso lembra as execuções “para servir de exemplo”, dos insubmissos durante a guerra ou, mais perto de nós, mas em outro domínio, o famoso “não podemos perder a esperança” (tratava-se então de submeter à educação a busca e a divulgação da verdade).

O passar do tempo não sepultou os cadáveres dos desaparecidos nem confortou os entes queridos que sofreram o horror das graves violações aos direitos humanos, mas a pergunta que não deve ser calada é: Há necessidade de responsabilização penal para concretização de um ideal de justiça transicional? Interessante notar, neste ponto, o posicionamento humanista e minoritário de Lauro Joppert Swensson¹³⁵:

“Essa ideia da pena como um mal, hoje amplamente aceita por juristas e penalistas, contraria, de certo modo, a tese sustentada pelos defensores de uma justiça de transição penal, de que é necessário processar e penalizar os autores da criminalidade estatal anterior para “se fazer justiça”. Segundo a International Center for Transitional Justice, “one of the elements of a comprehensive transitional justice policy”, denominada por vários autores como “o pilar da justiça”, é justamente a “criminal prosecution” e a responsabilização penal aos autores de criminalidade estatal. De sorte a se perguntar se, aqui, não se estaria (re)afirmando a (muito criticada) ideia da retribuição ou o retribucionismo como meio capaz de reparar os danos sofridos pelas vítimas e de restabelecer a ordem social, fazendo-se assim “justiça”. Ou, em poucas palavras, se a pena deixaria de ser percebida como um “mal”, e passasse a ser vista como um “bem”. Até que ponto a pena é importante e necessária para o desenvolvimento de um projeto de justiça de transição para determinado país? Até que ponto é necessária a pena (e o direito

¹³⁴ TODOROV, Tzevetan, “Les limites de la justice” [Os limites da justiça]. In: [Crimes internacionais, jurisdições internacionais. Valor, política e direito], Manole, Barueri, SP, 2004. pág. 41.

¹³⁵ JOPPERT SWENSSON JR, Lauro. Constitui a anistia obstáculo para a justiça de transição brasileira?. Disponível em <<http://migre.me/kuzHg>> acesso em 16/04/2014

penal) para expressar o reconhecimento por parte da sociedade e do Estado do sofrimento das vítimas e da gravidade da agressão estatal?”

Como nos informa Nilo Batista, “o discurso da impunidade do passado termina por dinamizar a demanda conservadora por pena no presente, por alimentar os movimentos de criminalização em curso.” Invalidar a anistia política no Brasil, passados 35 anos de sua promulgação, importaria em grave violação dos Direitos Humanos e inconteste instrumentalização política da vingança social.

O tempo sepultou a possibilidade de sanção dos crimes do regime de exceção, passando ao longe dos aspectos formais já mencionados (incompetência da Corte IDH e não tipificação de crimes contra a humanidade), o tempo é o ingrediente fundamental na aplicação do princípio da proporcionalidade. Não seria razoável sacrificar direitos para corrigir erros históricos. Ainda que os bramidos das vítimas ecoem por várias gerações, a reconciliação nacional e a reparação devem se dar da forma menos onerosa para a Nação e para o Estado de Direito. A aplicação de sanções penais por tribunais independentes logo após o início da redemocratização talvez fosse um caminho inicial para um completo processo transicional.

2.9 Entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal

O Direito Internacional dos Direitos Humanos funda-se na necessidade de proteção de indivíduos ante às possíveis violações que podem ocorrer em um determinado contexto. O Direito Internacional dos Direitos Humanos nasce com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. O holocausto significou um mal universal irreparável e o Pós Guerra a esperança de reconstrução dos direitos humanos. O Direito Penal se confunde com a própria noção de civilização, uma vez que, “*ubi societas, ibi jus*”. Incontestavelmente ambos se ocupam de proteger os indivíduos. Se de um lado o Direito Penal é a arma da qual o indivíduo se vale para se proteger do arbítrio estatal (com a conseqüente constitucionalização de garantias, princípios e direitos inalienáveis), de outro, com a secularização do Estado, a pena passou a possuir funções pedagógicas, preventivas, repressivas, mas que, no fundo, objetivam possibilitar a vida em sociedade¹³⁶. Se alguns penalistas opõem o Direito Penal ao Direito Internacional dos

¹³⁶ A despeito das diversas interpretações sociológicas da utilidade do Direito Penal, instrumentalizado para docilizar corpos e mentes e ferramenta de controle social dos pobres. Neste sentido, cf. FOUCAULT, Vigiar e Punir. Petrópolis, Vozes, 1977 e WACQUANT, Loïc. PUNIR OS POBRES: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2ª ed. Col. Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

Direitos Humanos¹³⁷, alguns internacionalistas se defendem dizendo que os Tratados Internacionais de direitos humanos não devem ser interpretados à luz da ótica do Direito Penal, que é estritamente interna. Deisy Ventura assim classifica esse movimento antagônico como paradoxo penal: “No seio desse diálogo, surge o clássico paradoxo penal, em que o Direito Penal é, por vezes, o escudo que protege os direitos humanos, em outras, a espada que os fere.”¹³⁸

O princípio da legalidade constitui um exemplo do antagonismo entre as concepções de penalistas e internacionalistas sobre a aplicação de sanções sobre os crimes de lesa-humanidade. Em seu voto na ADPF 153, o Ministro Celso de Mello, corroborando a posição do Ministro Eros Grau, entendeu que o costume internacional não poderia ser fonte de Direito Penal, pois consagram o princípio da legalidade, além da Constituição Federal brasileira, também a Carta Americana dos Direitos Humanos (art. 9) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (art. 15). Pelo princípio da estrita legalidade penal, somente lei interna poderia qualificar-se, como a fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir. Deisy Ventura¹³⁹ nos ensina que:

“O princípio da legalidade deve, portanto, garantir que os indivíduos tenham conhecimento, de modo claro e previsível, do conteúdo pretensamente legítimo da norma penal, acudindo a um Direito Humano essencial: o de saber que a norma penal existe e conhecer o que ela prescreve. Ora, aos olhos dos penalistas, o costume internacional não ofereceria tais garantias.”

Do ponto de vista da aplicação das sanções incriminadoras nos crimes contra a humanidade é desnecessária essa dicotomia entre Direito Penal e Direito Internacional dos Direitos Humanos. Primeiramente porque como demonstrado à exaustão, os próprios tratados de Direitos Humanos consagram os princípios informadores de um Direito Penal civilizado, como a garantia da ampla defesa e contraditório, direito a um julgamento justo e imparcial, princípio da

¹³⁷ VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. In *A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada*. Ministério da Justiça, Brasília, 2011: “No julgamento da ADPF 153, coube ao ministro Celso de Mello a tarefa de detalhar, em seu voto, alguns dos argumentos que tradicionalmente foram opostos pelos penalistas, ao longo da segunda metade do século XX, ao princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Com efeito, situadas na encruzilhada entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Penal, as normas relativas a esses crimes dependem de uma dialética entre essas duas disciplinas; trata-se de diálogos entre instituições e jurisprudências muito diferentes, de interferências e deslocamentos entre espaços nacionais e internacionais com hierarquias imbricadas, formando “um sistema realmente singular”

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ Idem.

legalidade penal e proibição de tribunais de exceção. Se o próprio Direito Internacional incorpora tais garantias inalienáveis, as mesmas devem ser observadas nos processos transicionais. O Direito é, ou deveria ser, um marco civilizatório. Relativizar os princípios garantidores do processo de penalização humanista e justo é retroceder e adotar o retribucionismo como forma de efetivação da doutrina do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

2.10 O Neopunitivismo do Direito Penal dos Direitos Humanos

“Le monde de la justice est un monde clos et cruel à un point qu'on ne peut imaginer de l'extérieur. Ses portes capitonnées sont là pour étouffer les cris, ses vitres cathédrales pour brouiller la vue.”¹⁴⁰

Jacques Vergès

O consenso sobre a necessidade de instituição de mecanismos que possam prevenir violações de Direitos Humanos, principalmente no contexto de processos de transição após regimes de exceção, onde há a real tendência de autoanistia pelos ainda ocupantes do poder constituído. Sobre as auto-anistias, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹⁴¹ publicou uma nota, em 26 de dezembro de 2012 (ocasião do início dos trabalhos da Comissão Nacional da Verdade:

“Amnistía y Violaciones a los Derechos Humanos

26 de diciembre de 2012

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es consciente que los Estados tienen el derecho y el deber de fomentar políticas e implementar programas que tiendan a la reconciliación de sus pueblos. Igualmente, la CIDH ha enfatizado que la resolución de conflictos requiere justicia, verdad y reparación. En reiteradas oportunidades la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido que las disposiciones de cualquier naturaleza –legislativas, administrativas u otras–, que impidan la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, son incompatibles con las obligaciones en materia de los derechos humanos. Por esto, han indicado que en el caso de que una persona acusada de un delito en este contexto solicite la aplicación de una ley de amnistía, el tribunal tiene la obligación de investigar y esclarecer la situación porque de conformidad con las obligaciones estatales no se pueden aplicar leyes o medidas de amnistía a graves violaciones a los derechos humanos. En este orden de ideas, la Corte Interamericana en reiteradas sentencias ha establecido que son inadmisibles las disposiciones de amnistía,

¹⁴⁰ “O mundo da justiça é um mundo fechado e cruel a ponto de que se pode imaginar a partir do exterior. Suas portas almofadadas estão lá para abafar os gritos, vitrais das janelas para obscurecer a visão. ” Jacques Vergès.

¹⁴¹ Nota disponível em <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/150.asp>> Acesso em 23/01/2015.

las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En particular, la CIDH ha hecho hincapié en el deber de los Estados de investigar, juzgar y sancionar cualquier violación a los derechos humanos cometida en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra la población civil. La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión Interamericana tiene el mandato de promover la observancia de los derechos humanos en la región y actúa como órgano consultivo de la OEA en la materia. La CIDH está integrada por siete miembros independientes que son elegidos y elegidas por la Asamblea General de la OEA a título personal, y no representan sus países de origen o residencia.”

Em apertadíssima síntese, auto-anistias são contrários às regras internacionais que protegem os direitos humanos, vedadas, não produzem efeitos, são incompatíveis com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e devem ser repelidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de que as violações de direitos humanos sejam devidamente investigadas pelos Estados-membros.

Os perpetradores de graves violações de direitos humanos devem sofrer as sanções cabíveis, respeitadas garantias e prerrogativas de defesa previstas nos próprios tratados de direitos humanos. Tais normas de direitos humanos, portanto, devem proteger as vítimas das violações humanitárias, bem como os acusados de cometê-las, pois sob o enfoque moderno humanista dos direitos humanos não é possível haver seletividade na escolha daqueles a quem se destinam as prerrogativas de defesa. Direitos humanos são, como afirma o preâmbulo da Declaração que os instituiu no mundo, universais.¹⁴²

O movimento do neopunitivismo foi dissecado em *“La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desperestigio actual de los derechos humanos”*, pelo

¹⁴² “A Assembléia Geral das Nações Unidas proclama a presente "Declaração Universal dos Direitos do Homem" como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.” A íntegra: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm> Acesso em 24/01/2015.

Prof. Dr. Daniel R. Pastor¹⁴³. Sobre o neopunitivismo e o aspecto penal dos Direitos Humanos ele destaca:

“Esta visión del poder punitivo, catalogada aquí como neopunitivismo, es la que inspira también al llamado "derecho penal de los derechos humanos". En este ámbito organismos internacionales de protección y organizaciones de activistas consideran, de modo sorprendente por lo menos, que la reparación de la violación de los derechos humanos se logra primordialmente por medio del castigo penal y que ello es algo tan loable y ventajoso que debe ser conseguido sin controles e ilimitadamente, especialmente con desprecio por los derechos fundamentales que como acusado debería tener quien es enfrentado al poder penal público por cometer dichas violaciones. Se cree, de este modo, en un poder penal absoluto. Se ha invertido así, en los últimos tiempos, la función penal de los derechos humanos, que de protección del imputado han pasado, claramente, a promoción de la víctima mediante la condena a ultranza, sin límite ni tasa, de los sospechosos. Veremos a continuación de qué manera esta vocación incontenible e ilimitada por "lo penal" trastocó y transformó el movimiento en favor de los derechos humanos, desprestigiándolo por completo.”

Por essa ótica, a reparacão da violacão dos direitos humanos se consegue primordialmente por meio do *castigo penal* e que tal método é tão vantajoso que deve ser alcançado sem observar os limites e os “direitos do acusado.” Pastor registra que se pretende construir, a partir dessa visão em nome das vítimas, um “direito penal absoluto”.

A relao entre direitos humanos e o direito penal foi entendida, de Beccaria para Ferrajoli, por meio de Locke, Montesquieu, Filangieri e Pagano, com o seguinte significado¹⁴⁴: em matéria penal direitos fundamentais se contrapõem ao Estado como freio e defesa exclusiva dos interesses individuais ameaçados pela atividade penal do Estado. Bem concebidos e compreendidos, os direitos humanos se ocupam exclusivamente da proteo do acusado, a pessoa que estava de frente para o Estado esse arriscou a sofrer as consequências terríveis do poder penal público, a aplicao, portanto, não pode constituir, de qualquer modo, um fim absoluto e ilimitado. Sob esse enfoque, os direitos humanos foram destinadas exclusivamente a evitar a aplicao do direito penal (abusivo), nunca para exigir a sua implementao (legítimo ou ilegítimo).

Em sua argumentao justificativa sobre o neopunitivismo dos direitos humanos, Pastor menciona alguns exemplos, como os casos "Barrios Altos", no Peru, “Bulacio”¹⁴⁵ e “AMIA”,

¹⁴³ PASTOR, Daniel R. “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desperestigio actual de los derechos humanos”. Nueva Doctrina Penal, Edit. del Puerto, Buenos Aires, mayo 2005. Disponível em <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm> Acesso e,m 24/01/2015.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ Íntegra da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Bulcio versus Argentina http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf Acesso em 23/01/2015.

estes dois últimos na Argentina.¹⁴⁶ Ele critica a sentença proferida no processo "Barrios Altos", por ter formulado uma ideologia extrema que em grave violações dos direitos humanos são ilegítimas todas as opções que não sejam a condenação criminal. Uma espécie de direito penal como ultima ratio que não pode deixar de ser aplicado, sem tolerância pelas soluções alternativas punitivas, o equivalente a refundar um direito penal medieval. Em relação ao caso "Bulacio", Pastor sustenta que nele não se julgavam graves violações dos Direitos Humanos, não haveria sequer imputação de uma morte dolosa.

Em contraposição às conclusões de Pastor, De Luca¹⁴⁷, não há nenhum neopunitivismo ou exacerbação da aplicação da pena nas graves violações de direitos humanos porque isso já está previsto desde sempre.¹⁴⁸ Defende ainda que esses conceitos (De direito internacional) implicam uma mudança de atitude ou de conduta do jurista ou especialista em Direito Penal e Processual Penal. É uma mudança dolorosa. Implicaria receber o Direito Internacional como formando parte do ordenamento interno.¹⁴⁹

Por derradeiro, uma questão ainda merece ser enfrentada, brevemente, no debate sobre a validade ou não da anistia e os anseios de seu revisionismo: a presunção de culpa dos agentes estatais acusados de crimes contra a humanidade. Seja nas discussões *interna corporis* sobre projetos de Lei de revisão da anistia no Congresso¹⁵⁰, seja no debate no âmbito da sociedade civil¹⁵¹, existe uma penumbra de presunção de culpa que assombra o tema. O que se pede é a “punição dos torturadores” e não a submissão a um julgamento imparcial. Sobre a presunção de inocência, Mônica Paraguassu¹⁵² leciona:

“O princípio da presunção de inocência estabelece o direito à dúvida. Estabelece a regra básica de que aquele que alega um ato ou um fato deve prová-lo, cabendo ao juiz a avaliação sobre a veracidade do alegado, segundo sua íntima convicção.

¹⁴⁶Íntegra da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Barrios Altos versus Peru: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_ing.pdf. Acesso em 24/01/2015.

¹⁴⁷De Luca, Javier Augusto. Punitivismo y Derechos Humanos El caso de Argentina. Disponível em < http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/punitivismo.pdf> Acesso em 24/01/2015.

¹⁴⁸ Idem. pag. 5.

¹⁴⁹ Idem pag. 13.

¹⁵⁰“Erundina volta a pedir revisão da Lei de Anistia e punição de crimes da ditadura” <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/465001-ERUNDINA-VOLTA-A-PEDIR-REVISAO-DA-LEI-DE-ANISTIA-E-PUNICAO-DE-CRIMES-DA-DITADURA.html>

¹⁵¹ “Levante Popular da Juventude cobra punição dos torturadores”: <http://www.viomundo.com.br/politica/levante-interdita-rodovia-para-cobrar-punicao-aos-torturadores.html> Acesso em 30/03/2015.

¹⁵² SILVA, Mônica Paraguassu Correia da. Presunção de inocência : | uma questão de princípio de vingança e de princípio de justiça. Niterói, Eduff. 2011, pág. 114 (E-book).

Sendo assim, até prova em contrário, todo homem é inocente. Isto é depreendido do artigo 9º da Declaração Francesa de 1789, que define status e tratamento de inocente dirigido ao acusado, enquanto modo de prova.”

Ainda que fosse juridicamente possível, a punição dos acusados deveria ser precedida de julgamento imparcial, por Tribunal pré-constituído, onde lhe fossem garantidas as premissas básicas dos direitos processuais fundamentais, tal como a presunção de não-culpabilidade.

CAPÍTULO III - O RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE E O REVISIONISMO JURÍDICO

“A criação da Comissão Nacional da Verdade assegurará o resgate da memória e da verdade sobre as graves violações de direitos humanos ocorridas no período anteriormente mencionado [1946-1988], contribuindo para o preenchimento das lacunas existentes na história de nosso país em relação a esse período e, ao mesmo tempo, para o fortalecimento dos valores democráticos.”¹⁵³

Luiz Inácio Lula da Silva em mensagem ao Congresso Nacional em 12 de maio de 2010

“Não é papel de nenhuma Comissão da Verdade processar ou punir. Isso é trabalho para o Judiciário. Nenhuma Comissão da Verdade no mundo jamais levou supostos criminosos a julgamento.”¹⁵⁴

Paulo Sérgio Pinheiro em entrevista à BBC em 12 de maio de 2012

3.1 “Res inter alios acta” - A Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968.

O voto do Ministro Celso de Mello¹⁵⁵ na ADPF 153 cuidou de afastar qualquer possibilidade de utilização da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968, por ser “verdadeira “res inter alios acta” em face do Estado brasileiro”:

“Nem se sustente, como o faz o Conselho Federal da OAB, que a imprescritibilidade penal, na espécie ora em exame, teria por fundamento a “Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade”. Mostra-se evidente a inconsistência jurídica de semelhante afirmação, pois, como se sabe, essa Convenção das Nações Unidas, adotada em 26/11/1968, muito embora aberta à adesão dos Estados componentes da sociedade internacional, jamais foi subscrita pelo Brasil,

¹⁵³ Mensagem de 12 de maio de 2010 do presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, ao Congresso Nacional, encaminhando o projeto de lei de criação da Comissão Nacional da Verdade.

¹⁵⁴ Paulo Sérgio Pinheiro foi um dos integrantes da CNV. Entrevista completa disponível em : http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120511_paulo_sergio_pinheiro_pc.shtml.

¹⁵⁵ ADPF 153, STF, Voto do Celso de Mello 24/04/2010

que a ela também não aderiu, em momento algum, até a presente data, o que a torna verdadeira “res inter alios acta” em face do Estado brasileiro. Isso significa que a cláusula de imprescritibilidade penal que resulta dessa Convenção das Nações Unidas não se aplica, não obriga nem vincula, juridicamente, o Brasil quer em sua esfera doméstica, quer no plano internacional. Cabe observar, de outro lado, que o Conselho Federal da OAB busca fazer incidir, no plano doméstico, uma convenção internacional de que o Brasil sequer é parte, invocando-a como fonte de direito penal, o que se mostra incompatível com o modelo consagrado na Constituição democraticamente promulgada em 1988.”

Adotada pela resolução 2391 da Assembléia Geral em 26 de novembro de 1968, com a entrada em vigor em 1970, a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade¹⁵⁶, de 1968 não foi ratificada no Brasil. O modelo de internalização de tratados adotado pela Constituição Federal de 1988 é previsto na sistemática do § 3º do artigo 5º:

“§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo)”

O costume internacional não poderia, desta forma, ser fonte de direito penal, sob pena de violação do princípio da estrita legalidade.

O artigo 1º da mencionada Convenção assim estipula:

“ARTIGO 1º

São imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos, os seguintes crimes:§1. Os crimes de guerra, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas resoluções nº3 (I) e 95 (i) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946, nomeadamente as "infrações graves" enumeradas na Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 para a proteção às vítimas da guerra.§2. Os crimes contra a humanidade, sejam cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções nº3 (I) e 95 (i) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946; a evicção por um ataque armado; a ocupação; os atos desumanos resultantes da política de "Apartheid"; e ainda o crime de genocídio, como tal definido na Convenção de 1948 para a prevenção e repressão do crime de genocídio, ainda que estes atos não constituam violação do direito interno do país onde foram cometidos.”

¹⁵⁶ Disponível integralmente em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/>

As regras de prescrição são substancialmente de caráter penal. Nestes termos, de acordo com o art. 5º, XXXIX, da Constituição, há necessidade de que exista lei em sentido formal e material, prevendo as *hipóteses de imprescritibilidade*. Tal dispositivo grafa na Constituição a legalidade penal estrita.¹⁵⁷

Tal entendimento só reafirma a jurisprudência do STF que já havia decidido sobre o status de *dualista moderado* que possui o Brasil em relação ao direito internacional.¹⁵⁸

¹⁵⁷ ADPF 153, STF, Voto do Celso de Mello 24/04/2010: “Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também encontra expresso reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), que representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu.”

¹⁵⁸ Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada com o objetivo de questionar a validade jurídico-constitucional do Decreto Legislativo nº 68/92, que aprovou a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.), e do Decreto nº 1.855/96, que promulgou esse mesmo ato de direito internacional público. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao deferir, parcialmente, sem redução de texto, o pedido de medida cautelar, proferiu decisão que restou consubstanciada em acórdão assim do: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96)- POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I)- CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88)- CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.- É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.- No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema

de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.- O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.- Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR.- O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio pacta sunt servanda, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.- A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10). "(ADI 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) Acentue-se, por oportuno, que, em 20 de dezembro de 1996, o Estado brasileiro, por intermédio do Presidente da República, que agiu em sua condição de Chefe de Estado, denunciou a mencionada Convenção nº 158/OIT. Essa denúncia - que se tornou efetiva um ano após o seu registro junto à O.I.T., consoante previsto no Artigo 17, n. 1, da própria Convenção nº 158 - consubstanciou-se, formalmente, no Decreto nº 2.100, de 20/12/96, cujo teor é o seguinte: "O PRESIDENTE DA REPÚBLICA torna público que deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT nº 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Gênèbra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996." (grifei) Isso significa que, já decorrido o lapso temporal de 1 (um) ano - e revelando-se plenamente eficaz, desse modo, o ato unilateral da denúncia - cessou, "tractu temporis", quanto ao Estado brasileiro, a vigência da mencionada convenção internacional. Na realidade, consoante enfatiza autorizado magistério doutrinário (LUIZ P. F. DE FARO JUNIOR, "Direito Internacional Público", p. 352, item n. 829, 4ª ed., 1965, Borsoi; HILDEBRANDO ACCIOLY/GERALDO EULÁLIO DO NASCIMENTO E SILVA, "Manual de Direito Internacional Público", p. 34, 12ª ed., 1996, Saraiva; CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, "Os Tratados na Constituição" in "As Tendências Atuais do Direito Público - Estudos em homenagem ao Prof. AFONSO ARINOS", p. 138, 1976, Forense; JOSÉ FRANCISCO REZEK, "Direito dos Tratados", p. 485, item n. 405, 1984, Forense), a denúncia - enquanto manifestação soberana do Estado que a formula - qualifica-se, quanto à Alta Parte de que emana, como causa extintiva do tratado ou convenção internacional. Ve-se, portanto, que a Convenção nº 158/OIT não mais se acha incorporada ao sistema de direito positivo interno brasileiro, eis que, com a

Importante mencionar, ainda, a conclusão de Binenebojm sobre a dicotomia entre dualismo e monismo na jurisprudência brasileira:

De fato, sob a ótica da necessidade de mecanismos de internalização dos tratados internacionais na ordem jurídica nacional, o sistema brasileiro classifica-se, conforme recentemente proclamado pelo STF, como dualista moderado. Não se chega a exigir a edição de uma lei interna, reproduzindo total ou parcialmente o texto do tratado, o que configuraria uma postura dualista extrema; nada obstante, o decreto legislativo – que veicula a aprovação do Congresso Nacional –, acoplado ao decreto presidencial de promulgação, constituem fonte normativa interna e autônoma em relação ao tratado. Já sob o prisma da admissibilidade de conflitos entre o direito interno e o internacional, bem como dos critérios para sua solução, é possível afirmar, com a chancela da doutrina pátria, que o sistema jurídico brasileiro é monista moderado. Neste caso, o decreto legislativo e o decreto presidencial de promulgação representariam uma mera “ordem de execução” – com ou sem ressalvas – do próprio tratado, que vigeria no Brasil, efetivamente, como fonte normativa internacional”¹⁵⁹

denúncia dessa convenção internacional, registrada, junto à O.I.T., em 1996, operou-se, quanto ao Brasil, a própria extinção do referido ato de direito internacional público, o que importa - considerada a integral cessação de sua eficácia - em situação configuradora de perda superveniente do objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade. Não custa enfatizar, neste ponto, que, em decorrência do referido ato de denúncia, deixou de existir o próprio objeto sobre o qual incidiram os atos estatais - Decreto Legislativo nº 68/92 e Decreto nº 1.855/96 - questionados nesta sede de controle concentrado de constitucionalidade, não mais se justificando, por isso mesmo, a subsistência deste processo de fiscalização abstrata, independentemente da existência, ou não, no caso, de efeitos residuais concretos gerados por aquelas espécies normativas. A situação que vem de ser referida, não obstante a peculiaridade de que se reveste, equipara-se - considerada a cessação da vigência doméstica da Convenção nº 158/OIT - à revogação superveniente de diplomas legislativos ou de atos estatais impugnados em sede de ação direta, fazendo instaurar, por isso mesmo, típica hipótese de prejudicialidade do processo de controle normativo abstrato. Cabe rememorar, por oportuno, a propósito da situação que ora se registra na presente causa, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em sucessivas decisões, tem enfatizado que a revogação superveniente dos atos estatais impugnados em ação direta de inconstitucionalidade - à semelhança do que ocorre com o exaurimento da eficácia das normas temporárias - provoca a extinção do processo de controle normativo abstrato, independentemente da existência de efeitos residuais concretos que possam derivar da aplicação dos diplomas questionados (RTJ 154/396, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 154/401, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 437-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 17/08/94 - ADI 876-RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 01/07/93 - ADI 1.063-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 25/06/01): "A revogação superveniente do ato normativo impugnado prejudica a ação direta de inconstitucionalidade, independentemente da existência de efeitos residuais concretos. Esse entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal nada mais reflete senão a própria natureza jurídica do controle normativo abstrato, em cujo âmbito não se discutem situações de caráter concreto ou individual. Precedentes." (RTJ 160/145, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, julgo extinto este processo de controle abstrato de constitucionalidade, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 26 de junho de 2001. Ministro CELSO DE MELLO Relator

¹⁵⁹ BINENBOJM, Gustavo. Monismo E Dualismo No Brasil: Uma Dicotomia Afinal Irrelevante . Revista da EMERJ, v.3, n.9, 2000

3.2 A imprescritibilidade *versus* irretroatividade e legalidade: Limites à persecução criminal.

Entre os juristas brasileiros que consideram a Lei de Anistia inválida, diante da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, assentada nas resoluções da ONU que originaram a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e contra a Humanidade, podemos destacar: Flávia Piovesan¹⁶⁰, Luiz Flávio Gomes¹⁶¹, Valério Mazzuoli¹⁶², Celso Antônio Bandeira de Mello, Fábio Konder Comparato, José Afonso da Silva e Paulo Bonavides¹⁶³. Entre

¹⁶⁰ Cf. <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2801200714.htm>

¹⁶¹ GOMES, Luiz Flávio. DONATI, Patricia. Denúncia Genérica versus Ampla Defesa, Contraditório e Dignidade da Pessoa Humana. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 31 de janeiro de 2015.

¹⁶² GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A condenação do Brasil no caso araguaia. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 21 de dezembro de 2010

¹⁶³ Cf. Constitucionalistas afirmam: não há prescrição para crime de tortura. XX Conferência Nacional dos Advogados Disponível em. <http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/169954/constitucionalistas-afirmam-nao-ha-prescricao-para-crime-de-tortura>, Acesso em 31/01/2015: **Celso Antonio Bandeira de Mello**: "O Brasil não entrará no concerto dos países civilizados de verdade, se não responsabilizar os torturadores. Não há prescrição para crime de lesa-humanidade. O que houve foi prescrição para crimes políticos. A tortura é um ato monstruoso. A imagem que faço mentalmente é que o torturador é um demônio disfarçado de ser humano. Temos que responsabilizar duramente as pessoas que torturaram e mataram, porque só assim a sociedade brasileira vai se convencer de que atos dessa indignidade não podem ser reproduzidos nunca mais. Se eles ficam impunes, podemos conviver com o inimigo sem saber. Esse homem se senta ao nosso lado, fala conosco, apertamos-lhe a mão e, na verdade, ele é um monstro, uma fera. Não. Não há prescrição para crimes de lesa-humanidade. O Brasil é signatário de convenções que não admitiriam, em nenhuma hipótese, uma prescrição dessa ordem. Há dois motivos pelos quais não podemos aceitar a idéia de prescrição. Um deles, o mais óbvio, é o fato de que tortura não é crime político. O segundo motivo é que ninguém pode se auto-perdoar. Aquilo foi feito em um momento em que, se houvesse porventura o perdão ao torturador, aquilo era um ambiente de coação. Portanto, não podemos aceitar isso de jeito algum. Entendo que a OAB agiu brilhantemente e interpretou o sentimento de todo o povo brasileiro e, sobretudo, o sentimento do meio jurídico. Nós não podemos, de maneira nenhuma, confundir um ato de insurgência e de defesa do País contra a tirania com tortura. São coisas qualitativamente distintas. Não há possibilidade de comparar. Não aceito, de nenhuma maneira essa posição. (...) É preciso que a AGU (Advocacia-Geral da União) reveja a sua posição, pois ela não se coaduna com o Estado Democrático de Direito". **Fábio Konder Comparato** "Acordamos tarde para o problema da Lei de Anistia e o que se quer, agora, é que a mais alta Corte do país julgue definitivamente se aqueles que cometeram atos abomináveis de assassinato, tortura e estupro contra presos políticos podem continuar no anonimato e se eles se beneficiaram de uma anistia que, pela própria estrutura da lei, não podia beneficiá-los. Se o STF entender que a Lei de Anistia abrangeu também os criminosos - militares e policiais - iremos recorrer à Corte Interamericana de Direitos Humanos para denunciar o Estado brasileiro. Considero lamentáveis as posições adotadas pela Advocacia-Geral da União e pelo ministro da Defesa e ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim. Espero que isso não influencie a Suprema Corte". **José Afonso da Silva** "Acho que esses crimes devem sempre ser punidos. Eu, quando fui assessor da Assembléia Constituinte (1987-88), não fui a favor de crimes imprescritíveis. O que é preciso é puni-los. A prescrição pressupõe a inércia do poder público. O poder público é que tem que perseguir o criminoso. E se ele não persegue, aí o crime fica imprescritível. O que temos então é que exigir do poder público que ele cumpra a sua função, para que não passe o tempo e não se chegue à prescrição. Mesmo nos crimes comuns, as prescrições de dão em prazos longos, de 20 a 30 anos. Então, ainda há muito tempo para se promover a responsabilidade do criminoso. Ora, se o poder público fica inerte, aí fica cômodo. Acho que os que torturaram não foram punidos. Eles estão aí alegando que foram beneficiados pela lei da anistia. Eu tenho um texto publicado em que afirmo que não existe anistia para agentes públicos torturadores. Isso se chama na verdade auto-anistia do poder público, que resolve conferir a anistia aos seus próprios agentes que cometeram o crime. Há uma decisão famosa da

os doutrinadores que são contra a invalidação da Lei de Anistia podemos citar Ives Gandra¹⁶⁴ e Nilo Batista.

Os princípios da legalidade e da irretroatividade estão previstos, inclusive, na Convenção Interamericana de Direitos Humanos:

“Artigo 9º - Princípio da legalidade e da retroatividade

Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se”

No mesmo sentido, o Estatuto de Roma, entre nós ratificado em 25 de setembro de 2002, assim prevê:

“Não retroatividade *ratione personae*

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto.
2. Se o direito aplicável a um caso for modificado antes de proferida sentença definitiva, aplicar-se-á o direito mais favorável à pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.”

Ao privilegiar os princípios humanistas da segurança jurídica e da irretroatividade das leis penais mais graves, durante o julgamento da ADPF 153, o Supremo Tribunal Federal enfrentou duas grandezas jurídicas em seu esforço argumentativo.

Corte Interamericana sobre um também famoso caso acontecido no Peru, chamado caso Bairro Alto, em que os militares metralharam umas 12 ou 13 pessoas que estavam numa reunião, que os militares alegavam ser uma reunião subversiva. Aí, um promotor moveu uma ação competente contra eles. Mas Fujimori, que era o presidente, um ditador, conseguiu rapidamente uma lei de anistia para os militares que mataram o grupo. A juíza teve que parar o processo. Houve recurso à Corte Interamericana de Direitos Humanos e ela decidiu que aquilo era auto-anistia e que isso não existe, é contrário aos direitos fundamentais do homem". **Paulo Bonavides** "O crime de tortura é um dos mais hediondos que fere os direitos naturais da pessoa humana. Não há direito mais sagrado do que a integridade moral e a integridade física do homem em toda a dimensão do princípio superlativo, que é o da dignidade da pessoa humana. O direito à liberdade e à inteireza do ser humano é inviolável. É, logo, um crime imprescritível, pois ofende nas suas raízes o direito natural. Uma sociedade que não se fundamenta no direito natural não é uma sociedade constitucional do ponto de vista da materialidade dos valores éticos, que devem conduzir sempre essa conduta".

¹⁶⁴ Cf. "Impressiona-me, todavia, a ignorância do direito brasileiro demonstrada por membros da ONU, da Corte de São José e por alguns juristas estrangeiros, para quem o Brasil deveria, com base em tratados internacionais, rever a referida lei. Tais analistas demonstraram ignorar que, no direito brasileiro, o tratado internacional ingressa, conforme jurisprudência da Suprema Corte, com eficácia de lei ordinária. Ora, todos os tratados internacionais sobre tortura assinados pelo Brasil e que entraram em vigor no País são posteriores a 1979, inclusive o Pacto de São José, que, embora assinado em 1969, apenas ganhou eficácia, no direito brasileiro, em 1989. Reza o art. 5º inciso XXXVI (cláusula pétrea, portanto, imodificável) da Constituição, que "a lei não prejudicará o direito adquirido", sendo pacífica a jurisprudência do Pretório Excelso, de que a lei penal não pode retroagir "in pejus", ou seja, em detrimento do acusado, mas só a favor dele". <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-2676.pdf> Acesso em 31/01/2015.

Se de um lado aplicação do art. 5º, inciso XLIV, segundo o qual “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” é norma de eficácia plena, produzindo seus efeitos desde a entrada em vigor da Constituição, em 05 de outubro de 1988, tal dispositivo não poderia ser aplicado para ter como imprescritíveis os crimes contra a humanidade praticados durante o regime de exceção, uma vez que esbarraria no muro da irretroatividade da lei penal mais grave. Embora se cuide de regra constitucional fundadora de um novo regime constitucional, há um intransponível óbice: a lei penal mais severa (*lex gravior*) é irretroativa, consoante o art. 5º, XL, da mesma Lei Maior. Entre a imprescritibilidade e a irretroatividade, o Supremo Tribunal Federal privilegiou esta última ao julgar improcedente a ADPF 153.

Ainda que se considere que foram praticados crimes contra a humanidade durante o regime de exceção no Brasil, o direito internacional ainda não havia tipificado tais crimes naquela ocasião. Os crimes contra a humanidade surgem com o Tribunal de Nuremberg e se encontram hoje tipificados pelo Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional¹⁶⁵. Tais tipos são: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão (art. 5.º).

Os crimes contra a humanidade somente foram definidos pelas normas internacionais a partir do Estatuto de Roma de 1998, não cabendo aplicar o referido estatuto para crimes cometidos quarenta anos antes sob pena de achincalhar o princípio da legalidade, os princípios da irretroatividade e da anterioridade que orientam as balizas punitivas de um Direito Penal Humanista. As normas consuetudinárias não são suficientes para criar direito penal e serem usadas para punir atos que, quando praticados, não eram tipificados como crimes contra a humanidade.

Mais uma vez a análise do princípio da legalidade encontra em Todorov¹⁶⁶ uma sensatez e precisão cirúrgica:

“Em contraposição ao princípio da legalidade judicial – “não há crime de lei” -, ao estender a lei de “agora” à de “antes”, como nos crimes imprescritíveis, e “daqui” para “alhores” como para a justiça internacional, contribuimos para amalgamar direito e moral, o justo e o bem. Ora, a distinção entre as duas é a própria base das democracias liberais modernas. Diferentemente das teocracias e dos Estados totalitários, a democracia não pretende ser um Estado virtuoso, ela não define o soberano obrigando todos os cidadãos a aspirar a sê-lo. Além de um consenso mínimo que chamamos na França de

¹⁶⁵ Decreto 4.388, de 25.09.2002, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em 12/01/2015.

¹⁶⁶ TODOROV, Tzvetan, “Les limites de la justice” [Os limites da justiça]. In: [Crimes internacionais, jurisdições internacionais. Valor, política e direito], Manole, Barueri, SP, 2004. pág. 45.

“valores republicanos”, cada um é livre para definir e buscar o bem a seu modo; a democracia é o regime que torna possível essa livre escolha.”

Por derradeiro, indispensável é menção à garantia de não punição retroativa. Na conclusão de suas pesquisas, BASSIOUNI e ROTHENBERG¹⁶⁷ sintetizaram os Princípios de Chicago. Na realidade, estabeleceram sete princípios, que tratam de medidas penais e não-penais, que devem ser adotadas para a reestruturação do Estado e estabelecimento de um Estado de Direito durante o processo transicional (pós-conflitos). Em seu enunciado número um, após descrever os direitos e garantias dos acusados de crimes contra humanidade, assim asseveram:

Nenhuma punição retroativa - atos ou omissões que não constituam um crime ao abrigo do direito nacional ou internacional no momento em que foram cometidos não devem ser a base para processos judiciais. Tribunais não podem impor uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que o criminoso infração foi cometida.

Luiz Flávio Gomes e Valério Mazzuoli entendem que defender a legalidade penal estrita para crimes contra a humanidade significa “apoiar todo tipo de violação dos direitos humanos.”¹⁶⁸

A fim de interpretar a Lei de Anistia com base no Direito Penal e no Direito Internacional dos Direitos Humanos, devemos discutir a prescritibilidade dos crimes de tortura e graves violações praticados no regime de exceção (1961-1979). Os principais limites à persecução criminal de acusados de tortura e graves violações durante a ditadura são, analisando-se o Direito Interno e o Direito Internacional, são:

a) Desde 1940, o art.109 do Código Penal estabelece que o maior prazo prescricional penal é de 20 anos. Esta é uma garantia do acusado de que não será julgado e condenado por um crime praticado há mais de 20 anos;

b) Os tratados internacionais sobre crimes contra a humanidade sempre foram omissos em relação à prescrição. Somente em 1968 alguns países assinaram a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade. O Brasil não estava entre estes países e até hoje não ratificou a tal convenção, razão pela qual esta convenção é "res inter alios acta";

¹⁶⁷ BASSIOUNI, M.Charif. The Chicago Principles on Post-Conflict Justice. International Human Rights Law Institute, 2007.

¹⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio. Crimes contra a Humanidade, a Ditadura Argentina e as Primeiras Condenações dos Torturadores. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 15 de setembro de 2009.

c) A Constituição de 1988 prevê crimes imprescritíveis em seu art.5º, incisos XLII e XLIV, mas em relação à tortura prevê tão-somente que se trata de crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art.5º, XLIII). Frise-se que, mesmo que nossa atual Constituição houvesse considerado a tortura um crime imprescritível esta norma não se aplicaria aos crimes anteriores, praticados antes de sua vigência, pois a lei penal só retroage para beneficiar o réu;

d) O Supremo Tribunal Federal declarou válida e produzindo seus efeitos a Lei de Anistia de 1979;

e) Acrescente-se, ainda, que a decisão do caso Gomes Lund, adotada pela Corte IDH, não tem o condão de produzir efeitos no Brasil, uma vez que o próprio instrumento normativo prevê que a República Federativa do Brasil só reconhece a jurisdição da Corte Interamericana “para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998;

f) Se os crimes previstos no Estatuto de Roma não prescrevem (art.29), de outro lado nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o mesmo, por uma conduta anterior à entrada em vigor daquele tratado (art. 24). Não, de fato, possibilidade de retroatividade da norma penal mais grave, sob pena de implosão do próprio Direito Humanitário, que proíbe a punição retroativa.

3.3 A invocação da imprescritibilidade como *jus cogens* e uma via na tentativa de invalidação da lei de anistia: o controle de convencionalidade.

O marco político da universalização dos direitos humanos foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o documento, como sabido, foi uma resposta às graves violações ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, em especial o Holocausto, maior genocídio do Século XX. A Declaração Universal de 1948 é, portanto, o marco do processo histórico de reconhecimento do homem enquanto sujeito de direito no plano internacional.

O monge Francisco de Vitória foi o precursor na elaboração da ideia do Jus Cogens como norma de cumprimento obrigatória para todos os Estados. Conforme nos ensina Antônio Augusto

Cançado Trindade¹⁶⁹, na visão de Vitória, *o jus gentium* se aplicava a todos os povos e seres humanos (mesmo sem o consentimento de seus destinatários). A expressão "*ius cogens*" designa uma norma peremptória geral que tenha o condão de obrigar os Estados e organizações internacionais, devido à relevância que de seu conteúdo, sendo esta impossível de se ignorar. Em assim sendo, a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, integra as normas *ius cogens* internacionais, por se tratar da manifestação de normas costumeiras sobre direitos humanos universalmente reconhecidas.

Sobre a existência do *Jus Cogens*, Salém Nasser¹⁷⁰ leciona que:

“A existência de um direito internacional geral, oponível a todos os Estados, independentemente de aceitação ou de participação no processo formador das normas, podendo inclusive, em alguns casos, impor-se aos Estados que sempre se colocaram em objeção a essas normas, é idéia que ganhou curso e é por muitos aceita de modo passivo. Não só haveria normas oponíveis a todos os Estados, mas existiriam igualmente aquelas que criam para os Estados, alguns ou todos eles, obrigações que beneficiam todos os demais, enquanto comunidade ou um a um, titulares, portanto, comunidade internacional ou cada Estado individual, de direitos correspondentes àquelas obrigações erga omnes. Algumas obrigações, ou normas, teriam tal importância que sua violação por um Estado configuraria muito mais do que um simples delito ou ilícito internacional, um verdadeiro crime de direito internacional. Ainda quando se dispensa o título de crime, mantém-se a idéia de que algumas violações são mais graves que outras e algumas obrigações mais essenciais que outras. A idéia de que existam normas mais importantes e normas menos importantes remete, evidentemente, à possibilidade de uma estrutura normativa hierarquizada do direito internacional e, portanto, de uma ordem normativa em alguma medida verticalizada. Essa verticalidade sugere, ao menos para alguns, a existência atual ou potencial de uma constituição ou de um direito constitucional internacionais.

Neste sentido, o artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito do Tratados¹⁷¹ estabeleceu que todo tratado incompatível com uma regra de "*ius cogens*" é nulo. O artigo 64 da mencionada Convenção determinou que a superveniência de uma norma de "*ius cogens*" tem o condão de anular os tratados existentes e com ela incompatíveis.

O prof. João Grandino Rodas¹⁷² assim define o *ius cogens*:

¹⁶⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A humanização do direito internacional. Editora Del rey, Belo Horizonte, 2006. pag. 10.

¹⁷⁰ NASSER, Salém Hikmat. Jus cogens: ainda esse desconhecido. Revista de Direito FGV2 V. 1 N. 2 | P. 161 – 178.

¹⁷¹ Entre nós ratificada pelo Decreto n.º 7030/09. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm Acesso em 26/01/2015.

¹⁷² GRANDINO RODAS, João. Jus Cogens em Direito Internacional. Revista da Faculdade de Direito da USP, 1974 Pag. 27. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66736> . Acesso em 08 de janeiro de 2015.

"Norma imperativa não significa simplesmente "norma obrigatória", pois as normas de direito internacional são, em princípio, obrigatórias para os Estados. O caráter proibitivo do "jus cogens" é no sentido de interdizer toda derrogação às suas disposições. No estado atual do desenvolvimento da sociedade internacional, o "jus cogens" reveste-se de um caráter de excepcionalidade, pois introduz uma limitação à liberdade contratual dos Estados. O limite de aplicação do "jus cogens" confunde-se com as linhas demarcatórias do poder de tratar dos Estados."

A imprescritibilidade como *jus cogens*, isto é, como norma imperativa de direito internacional geral poderia ser invocada para alavancar o argumento da imprescritibilidade dos crimes cometidos pelos agentes de Estado no regime de exceção. Considerando que tais normas não podem ser derogadas pelo direito interno, os delitos não estariam agasalhados pela Lei da Anistia, ainda que fosse compatível com a Constituição Federal de 1988, conforme decisão da ADPF 153.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, foi promulgada por meio do Decreto 7.030/2009¹⁷³, sendo assim, o Estado brasileiro não pode ignorar a regra do art. 53, que carrega a definição legal de *jus cogens*:

Artigo 53

Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito

Internacional Geral (*jus cogens*)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

É nulo, portanto, o tratado que conflite com norma imperativa de Direito Internacional. Entretanto, ainda é problemática a definição de quais normas seria efetivamente dotadas de imperatividade¹⁷⁴.

A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade seria uma norma de *jus cogens*, uma supernorma imperativa, oponível a todos os Estados independentemente do direito interno.

¹⁷³Decreto7030/09. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm
Acesso em 08/01/2015.

¹⁷⁴ Sobre imprescritibilidade e aplicação da norma penal retroativa: ""(30) Que, en síntesis, esta Corte considera imprescriptibles los delitos de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la ratificación de las convenciones respectivas cuando el derecho internacional consuetudinario los consideraba tales también con anterioridad a las convenciones, pero no puede adoptar igual criterio respecto de aquellos que antes de las convenciones respectivas no eran reconocidos en esa categoría ni con esas consecuencias en materia de imprescriptibilidad por el derecho internacional consuetudinario; pues en este último supuesto estaría haciendo aplicación retroactiva de la convención.""

O Supremo Tribunal Federal, ao declarar a Lei de Anistia válida parece ter colocado fim ao impasse, que, diante de novas composições da Corte poderá, como já fez anteriormente, se posicionar de forma diversa da ADPF 153. Ainda assim, o suposto *jus cogens* da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, previsto na Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, esbarraria na irretroatividade das normas penais mais graves, princípio insculpido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º inciso XXXIX¹⁷⁵.

Os atos normativos brasileiros estão sujeitos ao crivo de dois tipos de controle. O controle de constitucionalidade, cujo parâmetro de aferição de compatibilidade das normas infraconstitucionais é a Constituição da República e o controle de convencionalidade, cujo parâmetro são as convenções internacionais de Direitos Humanos, ratificadas na forma prevista no artigo 5º, § 3º da Carta Magna. As leis, desta forma, devem também ter compatibilidade com as Convenções internacionais.

O controle de convencionalidade vem assumindo contornos de maior imperatividade no Brasil desde a mudança dos precedentes do STF no julgamento dos Recursos Extraordinários (RE 349703)¹⁷⁶ e (RE 466343)¹⁷⁷ e do Habeas Corpus (HC 87585)¹⁷⁸. Com o novo entendimento,

¹⁷⁵ A respeito da colisão entre tratados internacionais e a CRFB/1988, vide: "A Constituição qualifica-se como o estatuto fundamental da República. Nessa condição, todas as leis e tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa desse instrumento básico. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política" (STF, DJU 02.08.96, p. 25.794, ADIn 1.480-3, desp. do presidente em exercício, Min. Celso de Mello)." E também: "Inadmissível a prevalência de tratados e convenções internacionais contra o texto expresso da Lei Magna (...). Hierarquicamente, tratado e lei situam-se abaixo da Constituição Federal. Consagrar que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional, é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política" (STF, RTJ 121/270, RE 109.173-SP, rel. Min. Carlos Madeira).

¹⁷⁶ EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 05/06/2009 - ATA Nº 17/2009. DJE nº 104, divulgado em 04/06/2009

¹⁷⁷ EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO Supremo Tribunal Federal. Data do Julgamento: 3/12/2008

¹⁷⁸ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR. QUESTÃO NÃO SUSCITADA NORECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL NÃO PERMITIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. EMBARGOS REJEITADOS. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL. DESCABIMENTO. ORDEM DE

a Corte adaptou-se não só ao Pacto de São José, como também ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU e a Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana, firmada em 1948, em Bogotá (Colômbia).

O Juiz Cançado Trindade, no julgamento do caso *Blake vs. Guatemala*¹⁷⁹ pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, dedica detalhadas considerações às normas *jus cogens*, e reafirma o fato de que, ao mesmo tempo em que o Direito dos Tratados se desenvolve, as normas costumeiras se tornam menos vulneráveis. Do mesmo modo, em voto separado, no caso *Almonaci Arellana vs. Chile*, fez longas ponderações sobre o *jus cogens* e sua imperatividade ante o direito interno.¹⁸⁰

Caso uma norma de direito internacional seja dotada de imperatividade, este atributo produz diversas consequências. A primeira delas é evidente, por tratar-se de disposição expressa da Convenção de Viena, conforme já destacado, é a nulidade de tratados que sejam colidentes

HABEAS CORUSCONCEDIDA DE OFÍCIO. 1.- O pedido, apresentado no Agravo Regimental, de reforma do Acórdão recorrido no tocante à possibilidade de prisão civil do devedor não foi formulado nas razões de Recurso Especial, constituindo, portanto, inovação recursal, o que impossibilita a discussão a respeito do tema em sede de Agravo Regimental em razão da preclusão consumativa. 2.- Os Embargos de Declaração são recurso de natureza particular, cujo objetivo é esclarecer o real sentido de decisão evadida de obscuridade, contradição ou omissão. 3.- Estando o Acórdão Embargado devidamente fundamentado, inclusive em jurisprudência sedimentada desta Corte, são inadmissíveis os embargos que pretendem reabrir a discussão da matéria. 4.- O C. Supremo Tribunal Federal (STF), em recente julgamento, quando foram apreciados os Recursos Extraordinários 466.343/SP e 349.703/RS e o HC 87.585/TO, tornou definitiva orientação no sentido da inconstitucionalidade da prisão civil, em todas as hipóteses, do depositário infiel. 5.- Embargos de Declaração rejeitados. Habeas Corpus concedido de ofício. (STJ - EDcl no AgRg no REsp: 701959 MS 2004/0158359-8, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 17/11/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/11/2011)

¹⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Blake Vs. Guatemala*. Sentença, Voto em separado do Juiz Cançado Trindade, página 8: “A pesar de que las dos referidas Convenciones de Viena consagran la función del *jus cogens* en el dominio propio del derecho de los tratados, es una consecuencia ineludible de la existencia misma de normas imperativas del derecho internacional que no se limitan éstas a las violaciones resultantes de tratados, y que se extienden a toda y cualquier violación, inclusive las resultantes de toda y cualquier acción y cualesquiera actos unilaterales de los Estados. A la responsabilidad internacional objetiva de los Estados corresponde necesariamente la noción de ilegalidad objetiva (uno de los elementos subyacentes al concepto de *jus cogens*). En nuestros días, nadie osaría negar la ilegalidad objetiva de prácticas sistemáticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extra-legales, y de desaparición forzada de personas, - prácticas éstas que representan crímenes de lesa humanidad, - condenadas por la consciencia jurídica universal, a la par de la aplicación de tratados” Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf> Acesso em 09/01/2015.

¹⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Voto em separado do Juiz Cançado Trindade, página 8 “Aquí nos encontramos en el dominio del *jus cogens*, del derecho imperativo. En la ocurrencia de tales crímenes victimizando seres humanos, la propia humanidad es del mismo modo victimizada. Esto ha sido expresamente reconocido por el TPIY (en el caso *Tadic*, 1997); tales crímenes afectan la conciencia humana (TPIY, caso *Erdemovic*, 1996)30, - la conciencia jurídica universal, - y tanto los individuos agraviados como la propia humanidad tornanse víctimas de los mismos31. Esta línea de entendimiento, que alcanzó el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional contemporáneo, debe, a mi juicio, integrarse también al universo conceptual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La presente Sentencia de la Corte Interamericana en el presente caso *Almonacid Arellano y Otros* constituye un primer paso en este sentido.” Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf> Acesso em 09/01/2015.

com as mesmas. A segunda é a necessidade de relativização da soberania do Estado e a consequente responsabilização dos agentes de eventuais crimes que configurem graves violações a direitos humanos.

O enorme desafio dos Estados é a indeterminação do conceito de “jus cogens”. O texto da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados não põe fim à controvérsia: “Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.

Importa ainda mencionar Salem Nasser,¹⁸¹ mais uma vez:

Em meio às incertezas, convém iniciar pelas evidências: i) o jus cogens, ainda que sua existência enquanto categoria normativa diferenciada seja controvertida, existe e impõe-se, no âmbito do estudo do direito internacional, como tema de discussão e polémica inescapável; ii) admitido como uma realidade normativa por grande parte da doutrina, o jus cogens conhece ao menos uma definição convencional e um regime jurídico razoavelmente precisos; iii) o seu conceito permanece, no entanto, impreciso, assim como é incerto o seu conteúdo. Não há qualquer necessidade de insistir na importância do tema, sendo prova suficiente a longevidade e a abundância da sua discussão.

É possível concluir, portanto, que muito embora o *jus cogens* seja aceito pela comunidade internacional sem maiores discussões, seu conceito continua impreciso. As resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas seguem o caminho natural de, posteriormente, se tornarem fundamentos para elaboração de tratados. Entretanto, a forma de internalização desses tratados ainda depende da adoção, pelo Estado soberano, de respeito às regras de cada ordenamento.

3.4 Comissões da Verdade¹⁸²

Antes de abordar de maneira específica o Relatório Final necessário se faz responder a seguinte pergunta: O que é uma Comissão Nacional da Verdade?

¹⁸¹ NASSER, Salém Hikmat. Jus cogens: ainda esse desconhecido. Revista de Direito FGV2 V. 1 N. 2 | P. 164

¹⁸² GARAPON, Antoine. Crimes que não se podem punir nem perdoar. Tradução: Odile Jacob. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. “Se o processo penal clássico nem sempre se mostra adaptado, importa então conceber novas formas de justiça que se mostrem à altura de um tal desafio. A principal alternativa é a comissão da verdade. [...] Podem contentar-se em estabelecer os factos e avaliar o número de vítimas, assumir uma forma pública ou mais confidencial, envolver-se nas ações penais (estabelecendo pontes entre suas revelações e possíveis acusações) ou, inversamente, constituir-se paralelamente, ou até substituir-se à justiça (e bloquear qualquer ação penal por parte das pessoas que tenham testemunhado). Contudo, todas têm em comum a preocupação de ultrapassar a estrita lógica judiciária e, nomeadamente, evitar o modelo de pena.”

No presente capítulo tomaremos como definição de Comissão da Verdade o conceito estabelecido no Informe elaborado por Diane Orentlicher de 2005 da Comissão de Direitos Humanos da ONU que trata sobre a impunidade¹⁸³,

[...] as comissões da verdade como órgãos oficiais, temporários e sem caráter judicial e que investigam abusos de direitos humanos e de direito humanitário que tenham sido cometidos ao longo de um período.

Desde o estabelecimento da Comissão da Verdade e Reconciliação da África do Sul de 1995, a ideia de uma investigação não judicial acerca dos abusos cometidos no passado começou a ser uma busca cada vez maior dos novos governos¹⁸⁴ e de determinados grupos da sociedade civil¹⁸⁵. Uma das principais características das Comissões da Verdade são que, em regra, elas não têm o poder de processar, mas procuram fazer recomendações e algumas até compartilham os arquivos feitos com as Procuradorias dos respectivos Estados¹⁸⁶.

As principais características das Comissões da Verdade são as seguintes: (i) comissões da verdade têm foco no passado; (ii) elas investigam uma série de abusos ocorridos em um determinado período de tempo, não um evento específico; (iii) uma comissão da verdade é um corpo temporário, tipicamente durando de seis meses a dois anos e tendo como marco final de seu trabalho a entrega de um relatório; e (iv) tais comissões são sancionadas, autorizadas e tem seu mandato feito pelo Estado (e às vezes pela oposição como em um acordo de paz)¹⁸⁷. Tais características estão presentes na Comissão Nacional da Verdade.

Além disto, cada Comissão da Verdade possui características próprias de funcionamento. A Comissão da África do Sul, por exemplo, estabeleceu um modelo de anistia pela verdade, isto

¹⁸³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1., 8/2/2005, pág.8.

¹⁸⁴ A título de exemplo algumas da Comissões da Verdade já instauradas pelos governos com o respectivo ano de criação: Argentina: Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (1983); Chile: Comisión Nacional para la Verdad y Reconciliación (1990); El Salvador: Comisión de la Verdad para El Salvador (1992); Haiti: Comisión Nacional de Verdad y Justicia (Commission Nationale de Vérité et de Justice) (1994); África do Sul: Comisión de la Verdad y la Reconciliación (Truth and Reconciliation Commission) (1995); Guatemala: Comisión para el Esclarecimiento Histórico (1994); Timor Leste: Comisión para la Recepción, la Verdad y la Reconciliación (Comissão de Acolhimento, Verdade e Reconciliação, CAVR) (2001); Perú: Comisión de la Verdad y Reconciliación (2001).

¹⁸⁵ HAYNER, Priscilla B. . *Comisiones de la verdad: resumen esquemático*, 2006, pág. 1 Disponível em https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_862_hayner.pdf (acesso em 05 de janeiro de 2015).

¹⁸⁶ HAYNER, Priscilla B. . *Comisiones de la verdad: resumen esquemático*, 2006, pág. 2.

¹⁸⁷ HAYNER, P. B. *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*. New York City, US NY: Routledge, 2001, pág. 14.

é, dependendo da contribuição de um responsável este poderia ser beneficiado com uma anistia individual.

3.5 A Comissão Nacional da Verdade

Em dezembro de 2008 a Secretaria de Direitos Humanos da República¹⁸⁸ realizou em Brasília a 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos que teve como objetivo de revisar e atualizar o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH). Em decorrência disto, em 2009 foi divulgado o PNDH -3¹⁸⁹ que estabeleceu no seu Eixo Orientador IV uma recomendação para a criação de uma CNV, com a tarefa de promover o esclarecimento público das violações de direitos humanos por agentes do Estado na repressão aos opositores¹⁹⁰.

Fruto desta recomendação, em 13 de janeiro de 2010 foi instituído um grupo de trabalho com a finalidade de elaborar o anteprojeto de lei para a criação da CNV¹⁹¹. O projeto de lei que resultou do trabalho realizado pelo grupo foi encaminhado ao Congresso Nacional em maio de 2010 pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, tendo tramitado sob regime de urgência¹⁹². Aprovada pelo Congresso Nacional, a Lei nº 12.528¹⁹³ foi sancionada pela presidenta Dilma Rousseff em 18 de novembro de 2011.

Os objetivos específicos da CNV foram delimitados pela própria Lei conforme se verifica no artigo 3º:

Art. 3º São objetivos da Comissão Nacional da Verdade:

¹⁸⁸ A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) é responsável pela articulação interministerial e intersetorial das políticas de promoção e proteção aos Direitos Humanos no Brasil. Criada em 1977 dentro do Ministério da Justiça, a Secretaria recebeu status de ministério em 2003. Em 2010, a então Secretaria Especial de Direitos Humanos mudou de nome, passando a ser denominada apenas de Secretaria de Direitos Humanos.

¹⁸⁹ Programa Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH 3), pág. 212. O documento completo está disponível: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/direito-para-todos/programas/pdfs/programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-3>.

¹⁹⁰ Relatório Final da CNV, pág. 20.

¹⁹¹ Em todo o Brasil diversas comissões da verdade foram instauradas por Estados, Municípios e Universidades.

¹⁹² Relatório Final da CNV, pág. 21.

¹⁹³ A Lei completa está disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112528.htm.

- 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.

A lei estabeleceu também os marcos material, espacial e temporal para o desenvolvimento das atividades de investigação da CNV¹⁹⁴. Quanto ao marco material, a Lei no 12.528/2014 estabeleceu como finalidade da CNV o exame e o esclarecimento das graves violações de direitos humanos praticadas no período entre 1946 e 1988. No tocante ao marco espacial, coube à CNV a promoção do esclarecimento das graves violações de direitos humanos ocorridas tanto no Brasil quanto no exterior¹⁹⁵. No tocante ao marco temporal, o legislador elegeu o período entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988, datas de promulgação de duas constituições democráticas, fazendo expressa referência ao período fixado no artigo 8º¹⁹⁶ do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)¹⁹⁷.

A CNV instituída pela Lei 12.528 de 2011 começou as suas atividades em maio de 2012, sendo composta por sete membros selecionados pela presidente da República¹⁹⁸. Inicialmente, o mandato estabelecido para o funcionamento da CNV iria até maio de 2014, mas posteriormente

¹⁹⁴ Relatório Final da CNV, pág. 36.

¹⁹⁵ Relatório Final da CNV, pág. 41

¹⁹⁶ Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos. [...]

¹⁹⁷ Relatório Final da CNV, pág. 41

¹⁹⁸ Gilson Dipp, José Carlos Dias, José Paulo Cavalcanti Filho, Maria Rita Kehl, Paulo Sérgio Pinheiro, Rosa Cardoso e Pedro Dallari (coordenador da CNV).

por meio da Medida Provisória nº 632/2013¹⁹⁹ o prazo passou a ser fixado para o dia 16 de dezembro de 2014.

O trabalho da Comissão da Verdade foi voltado para o exame e esclarecimento de casos de detenções ilegais e arbitrárias, torturas, mortes, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres, compreendidos todos como graves violações de direitos humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988.

No dia 10 de dezembro de 2014 foi entregue o Relatório Final em três volumes²⁰⁰ à presidente da República, Dilma Rousseff.

3.6 A Identificação dos responsáveis

É interessante notar que a CNV identificou diversas pessoas como responsáveis pelos casos de tortura, morte, desaparecimento forçado e ocultação de cadáver. Segunda consta do Relatório Final, “a CNV procedeu com extrema cautela, buscando sempre fundamentá-la a partir de documentos, depoimentos de vítimas e testemunhos, inclusive de agentes públicos que participam de repressão [...]”²⁰¹.

Percebe-se então que certos acontecimentos ocorridos não ficaram esquecidos, a própria CNV fez questão de estabelecer, seguindo os seus critérios, alguns responsáveis pelas violações de Direitos Humanos ocorridas. Entretanto,

Cabe observar que as indicações efetuadas pela CNV [...] não implicam, por si, a atribuição de responsabilidade jurídica individual – criminal, civil ou administrativa – às pessoas apontadas como autoras de graves violações de direitos humanos. A lei de instituição da CNV não lhe possibilitou o desempenho de atividades de caráter jurisdicional ou persecutório (artigo 4o, parágrafo 4o), que poderiam levar à responsabilização pessoal, ficando tais atribuições reservadas aos órgãos com competência constitucional para desempenhá-las. Mesmo não estando vinculada à observância de princípios e regras aplicáveis aos procedimentos contraditórios – cabíveis justamente nos planos jurisdicional ou persecutório –, a CNV empenhou-se, como é

¹⁹⁹ Esta Medida Provisória foi convertida posteriormente na Lei 12.998/2014.

²⁰⁰ O primeiro volume do relatório enumera as atividades realizadas pela CNV na busca pela verdade, descreve os fatos examinados e apresenta as conclusões e recomendações dos membros da CNV, as graves violações de direitos humanos, conclusões e recomendações; O segundo volume do relatório final da Comissão Nacional da Verdade reúne um conjunto de nove textos produzidos sob a responsabilidade de alguns membros da CNV. Parte desses textos têm origem nas atividades desenvolvidas em grupos de trabalho constituídos no âmbito da Comissão, integrando vítimas, familiares, pesquisadores e interessados nos temas investigados e o terceiro volume é integralmente dedicado às vítimas. Nele, 434 mortos e desaparecidos políticos têm reveladas sua vida e as circunstâncias de sua morte.

²⁰¹ Relatório Final Pág. 843.

público, em colher o depoimento das pessoas identificadas, de modo a poder contar com suas versões sobre os eventos nos quais tiveram envolvimento.²⁰²

A pergunta que persiste é: será ainda necessário a punição destes responsáveis? No entender da Comissão da Verdade sim, conforme veremos.

3.7 Conclusão e Recomendações da CNV: Revisão Jurídica²⁰³

Logo no início do Relatório Final já temos a noção de que a CNV tratou de pedir a revisão da Lei de Anistia brasileira com o objetivo de torna-la inaplicável para os graves crimes de violação de Direitos Humanos. O Relatório diz que a

A caracterização como grave de uma violação de direitos humanos impõe, ao Estado, uma série de obrigações. Cabe destaque para o dever estatal de investigar, julgar e sancionar os responsáveis, mesmo que a conduta não se encontre refletida nos tipos penais positivados no país. Trata-se de obrigação com respaldo em norma imperativa, materializada em convenções de direitos humanos, bem como nos precedentes formulados pelos órgãos responsáveis por sua interpretação. Nesse sentido, conforme o entendimento da CIDH e a jurisprudência da Corte IDH, em casos de execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados e outras graves violações de direitos humanos, o Estado tem o dever de promover, por iniciativa própria (ex officio) e sem demora, uma investigação séria, imparcial e efetiva, a ser realizada por todos os meios legais disponíveis e que esteja orientada à determinação da verdade. (CNV, 2014)

Ao tomar como referência as obrigações do Estado, a CNV decretou que são inadmissíveis as disposições de anistia, de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam obstruir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos²⁰⁴. Segundo a CNV, o dever estatal de investigar, julgar e sancionar os responsáveis por graves violações de direitos humanos ultrapassa a dimensão territorial dos Estados²⁰⁵.

²⁰² Relatório Final. Pág. 843.

²⁰³ Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011, que criou a Comissão Nacional da Verdade. Artigo 11 – A Comissão Nacional da Verdade terá prazo até 16 de dezembro de 2014, para a conclusão dos trabalhos, e deverá apresentar, ao final, relatório circunstanciado contendo as atividades realizadas, os fatos examinados, as conclusões e as recomendações.

²⁰⁴ Relatório Final. Pág. 38.

²⁰⁵ Relatório Final. Pág. 39.

É neste contexto de considerar a Lei Anistia inaplicável que a CNV estabeleceu as suas conclusões e recomendações. Na parte V do Relatório Final²⁰⁶, a CNV tratou de especificar tais conclusões e recomendações para sociedade brasileira e, mais precisamente, para as instituições do Estado.

Na conclusão, a CNV considerou que durante o período da ditadura militar o Estado brasileiro cometeu graves violações de direitos humanos - detenções ilegais e arbitrárias e de tortura, assim como o cometimento de execuções, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres - por agentes estatais.

Segundo consta do Relatório, tais violações constituíram práticas sistemáticas e generalizadas²⁰⁷ e que ocorreram crimes de lesa humanidade,

“Ao demonstrar por meio da apuração registrada neste Relatório que as graves violações de direitos humanos praticadas pelo regime militar ocorreram em um contexto generalizado e sistemático de ataque do Estado contra a população civil – foram atingidos homens, mulheres, crianças, adolescentes e idosos, vinculados aos mais diferentes grupos sociais, como trabalhadores urbanos, camponeses, estudantes, clérigos, dentre tantos outros –, a CNV constatou que a prática de detenções ilegais e arbitrárias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres por agentes do Estado durante a ditadura militar caracterizou o cometimento de crimes contra a humanidade.”²⁰⁸. (CNV, pág. 963-964)

Por fim, ainda na parte das conclusões, a CNV relatou que ainda persiste o quadro de violações de direitos humanos na sociedade brasileira. Para a CNV este quadro

[...] quadro resulta em grande parte do fato de que o cometimento de graves violações de direitos humanos verificado no passado não foi adequadamente denunciado, nem seus autores responsabilizados, criando-se as condições para sua perpetuação²⁰⁹. (CNV, pág. 964)

A CNV fez 29 recomendações que foram, segundo consta do Relatório Final, sugestões emanadas de órgãos públicos, entidades da sociedade e de cidadãos. Destas recomendações nos interessam duas que fazem referência ao aspecto punitivo.

Neste sentido, a CNV recomendou que as Forças Armadas reconheçam a sua responsabilidade institucional pela ocorrência de graves violações de direitos humanos durante a

²⁰⁶ O Relatório Final- Parte V completo está disponível:

http://www.cnv.gov.br/images/relatorio_final/Relatorio_Final_CNV_Parte_5.pdf.

²⁰⁷ Relatório da CNV, pág. 963.

²⁰⁸ Relatório da CNV, págs. 963-964.

²⁰⁹ Relatório da CNV, pág. 964.

ditadura militar. Para a CNV além deste reconhecimento institucional é necessário que ocorra a “(...) responsabilidade que pode e deve recair individualmente sobre os agentes públicos que atuaram com conduta ilícita ou deram causa a ela (...)”²¹⁰.

Em sua segunda recomendação, a CNV pediu a determinação, pelos órgãos competentes, a responsabilidade criminal²¹¹ de agentes públicos e o afastamento da aplicação de dispositivos da Lei de Anistia.

No Relatório Final consta

A CNV considerou que a extensão da anistia a agentes públicos que deram causa a detenções ilegais e arbitrárias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres é incompatível com o direito brasileiro e a ordem jurídica internacional, pois tais ilícitos, dadas a escala e a sistematicidade com que foram cometidos, constituem crimes contra a humanidade, imprescritíveis e não passíveis de anistia. Relativamente a esta recomendação – e apenas em relação a ela, em todo o rol de recomendações –, registre-se a posição divergente do conselheiro José Paulo Cavalcanti Filho, baseada nas mesmas razões que, em 29 de abril de 2010, levaram o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 153, com fundamento em cláusulas pétreas da Constituição brasileira, a recusar, por larga maioria (sete votos a dois), essa tese.²¹² (CNV, pág. 965)

Para fundamentar tal recomendação, a CNV considerou que após a Segunda Guerra Mundial ocorreu uma crescente internacionalização dos direitos humanos, sendo desenvolvimento determinados parâmetros para a proteção da dignidade da pessoa humana. Um destes parâmetros é que os crimes contra a humanidade constituem violação ao costume internacional e aos tratados de direitos humanos. E que tais crimes são imprescritíveis e não podem se anistiados. Com isto, os Estados têm a

[...] obrigação jurídica de prevenir, investigar, processar, punir e reparar graves violações a direitos. A importância do bem protegido justifica o regime jurídico da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e da impossibilidade de anistia, determinado pela ordem internacional e decorrente da proteção à dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, previstas pela Constituição brasileira (artigos 1º, III, e 4º, II), bem como da abertura desta ao direito internacional dos direitos humanos (artigo 5º, parágrafos 2º e 3º). (CNV, pág. 965)

Com isto, a CNV estabeleceu que

²¹⁰ Relatório da CNV, pág. 965.

²¹¹ No Relatório Final, a CNV também pediu a responsabilização civil e administrativa dos agentes públicos que deram causa às graves violações de direitos humanos.

²¹² Relatório da CNV, pág. 965.

Por consequência, considerando a extrema gravidade dos crimes contra a humanidade, a jurisprudência internacional endossa a total impossibilidade de lei interna afastar a obrigação jurídica do Estado de investigar, processar, punir e reparar tais crimes, ofendendo normas peremptórias de direitos humanos. A proibição da tortura, das execuções, dos desaparecimentos forçados e da ocultação de cadáveres é absoluta e inderrogável. Na qualidade de preceito de jus cogens, não pode sofrer nenhuma exceção, suspensão ou derrogação: nenhuma circunstância excepcional – seja estado de guerra ou ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública – poderá ser invocada como justificativa para a prática de tortura, desaparecimento forçado ou homicídio. Prevalece o dever jurídico do Estado de prevenir, processar, punir e reparar os crimes contra a humanidade, de modo a assegurar o direito à justiça e à prestação jurisdicional efetiva. A esse dever correspondem os direitos à justiça e à verdade, os quais abrangem o direito a uma investigação rápida, séria, imparcial e efetiva, e a que sejam instaurados processos voltados à responsabilização dos autores das violações, inclusive na esfera criminal, bem como o direito das vítimas e seus familiares à obtenção de reparação.²¹³

3.8 A reação ao Relatório Final da CNV

No dia 26 de setembro de 2014, 27 membros gerais da reserva do Exército assinaram um manifesto dirigido ao então Ministro de Defesa do Estado, Celso Amorim²¹⁴. Neste manifesto, foram feitas críticas à CNV referente à análise da Lei de Anistia

A Lei da Anistia - ratificada em decisão do Supremo Tribunal Federal e em plena vigência - tem, desde a sua promulgação, amparado os dois lados conflitantes. A Comissão Nacional da Verdade, entretanto, insiste em não considerar esse amparo legal. O lado dos defensores do Estado brasileiro foi totalmente apagado. Só existem criminosos e torturadores. Por outro lado, a comissão criou uma grei constituída de guerrilheiros, assaltantes, sequestradores e assassinos, como se fossem heróicos defensores de uma "democracia" que, comprovadamente, não constava dos ideais da luta armada, e que, até o presente, eles mesmos não conseguiram bem definir. Seria uma democracia cubana, albanesa ou maoísta? Ou, talvez, uma mais moderna como as bolivarianas? (CNV, pág. 966)

Em entrevista à FOLHA acerca do Relatório Final, o General Gilberto Pimentel - militar da reserva, Presidente do Clube Militar - perguntado se a Lei de Anistia brasileira deveria ser revisada, respondeu

“Não. Se você mexe nela, você desmoraliza um acordo. Ela deve ser ampla e irrestrita. Uma das razões de nós termos restrições à Comissão da Verdade é que o final do filme é derrubar a Anistia. Eles querem rever a lei para levar aos tribunais os agentes do Estado.

²¹³ Relatório da CNV, pág. 966.

²¹⁴ Manifesto noticiado pelo Jornal ESTADÃO: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,manifesto-de-generais-de-alta-patente-da-reserva-ataca-comissao-da-verdade,1566674> (acesso em 05 de janeiro de 2015).

Só de um lado. O outro lado está perdoado e indenizado. Agora, querem ver os militares nos tribunais.”²¹⁵

O Superior Tribunal Militar também divulgou uma nota à imprensa²¹⁶ ao considerar que a CNV cometeu equívocos e inverdades ao comentar as atividades desenvolvidas pelo STM durante o período da ditadura militar,

“O Relatório causa estranheza e o seu posicionamento ofende a base principiológica do Superior Tribunal Militar (STM) e, por extensão, da própria Justiça Militar da União. Se a Comissão pretendia, no tocante à JMU, elucidar fatos daquela época, não cumpriu o seu mister. Na verdade, os processos constantes dos arquivos desta Corte demonstram exatamente o contrário. O Poder Judiciário só age quando acionado e a JMU, à época dos fatos, assegurou os princípios garantistas e os direitos humanos.”

Por fim, até mesmo houve um pronunciamento por parte do Ministério Público por meio da Vice-Procuradora da República, Ela Wiecko, em audiência pública na Comissão de Direitos Humanos do Senado.²¹⁷

“Para nós do Ministério Público o relatório é muito importante porque gera consequências jurídicas. Além de um fato político, o relatório é um fato jurídico. Se trata de um relatório produzido por um órgão de Estado, com o rigor metodológico e que foi baseado em fatos comprovados e numa cadeia de elementos probatórios que permitiram conclusões. Duas conclusões do relatório são muito importantes para nós: a comprovação do caráter sistemático das graves violações de direitos humanos e a caracterização da ocorrência de crimes contra a humanidade. Essas duas conclusões vão dar suporte para o Ministério Público naquilo que foi solicitado e consta no relatório que é a punição dos torturadores. O relatório dá uma base de comprovação fática. Já existia, mas agora é uma declaração do próprio estado brasileiro. Isso vai permitir, vai dar maior largueza para a atuação do Ministério Público. Tanto nas ações penais propostas em primeiro grau como também junto ao Supremo (STF) na ADPF 153 (da OAB e que pede a revisão da Lei de Anistia), que ainda depende do julgamento de embargos de declaração. Ou seja, esse relatório deverá ser examinado pelo STF.”

²¹⁵Entrevista do General Gilberto Pimentel à FOLHA em 19.12.2014:

<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/12/1564612-comissao-da-verdade-deixa-uma-grande-magoa-diz-general.shtml> (acesso em 03 de janeiro de 2015).

²¹⁶ Nota divulgado no site do Supremo Tribunal Militar no dia 12 de dezembro de 2014: <http://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/3862-nota-a-imprensa-do-superior-tribunal-militar> (acesso no dia 05 de janeiro de 2015).

²¹⁷ Matéria noticiada pelo site O GLOBO em 11 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/vice-procuradora-da-republica-diz-que-relatorio-da-cnv-dara-suporte-para-aco-es-contra-torturadores-14806902>.

CAPÍTULO IV - JUSTIFICAÇÃO E FINALIDADE HUMANISTA DA PENA: AFINAL, POR QUE E PARA QUE A PENA?

*“- Acabaram de matar o major.
- Prendam os suspeitos de sempre.”*

Capitain Renault, Casablanca²¹⁸.

4.1 O humanismo jurídico.

A expressão “humanismo” possui um núcleo polissêmico, podendo ser interpretado sob vários enfoques, ao mesmo tempo distintos e independentes. No século XIV surgiu na Itália um movimento filosófico denominado *Humanismo*, que consagrou o valor do ser humano²¹⁹.

Nesta toada, para o pensamento humanista o valor fundamental de uma doutrina é o homem, seu sentimento, sua originalidade e sua superioridade sobre os outros animais. O homem passa a ser visto como um ser que pode construir seus próprios caminhos. O Humanismo, nas lições de Sebastião Machado Filho, valendo-se de Lepargneur, é o “desvencilhar do homem da tutela dos dogmas da Igreja”.²²⁰

Especificamente em relação ao humanismo jurídico, conforme nos leciona Mireille Delmas Marty²²¹, esse movimento se torna definitivo no Direito Internacional Público com o

²¹⁸Cf. Warner Bros. Casablanca. 102 min. EUA. 1942.

²¹⁹ FEITOSA, Elisa Geralda, MIRANDA, Francisco Alves de, NEVES, Wilson da Silva. Filosofia: alguns de seus caminhos no Ocidente. 1º Ed. São Paulo, Baraúna, 2014, pág 256: "Os humanistas do renascimento desenvolveram uma crença totalmente nova no homem e em seu valor, o que se opunha frontalmente à Idade Média, período em que se enfatizava apenas a natureza pecadora do homem. O ser humano passa a ser visto agora como algo infinitamente grandioso, valioso e, além disso, como indivíduo singular (indivíduo, individualismo) ou o mesmo que o homem renascentista. O Humanismo pode, com razão, definir-se pela palavra: o homem potenciado, celebrado, exaltado até à divindade, livre de si mesmo, dominador da natureza, senhor do mundo. A nova concepção de homem, de ética (da moral) burguesa renascentista, exige o fim do cavalheirismo medieval.”

²²⁰ MACHADO FILHO, Sebastião. Introdução ao humanismo jurídico. Revista de informação legislativa, v. 21, n. 84, p. 5-26, out./dez. 1984 : “A rigor, o humanismo impõe uma secularização, no sentido não propriamente de conversão da crença religiosa em doutrina filosófica, mas que isso, como processo histórico no qual, na expressão de Lepargneur , "diversos elementos da cultura (economia, política, filosófica, literatura, artes, direito...) se libertam do controle das igrejas e dos dogmas; e o próprio homem se liberta, não só da tutela das igrejas, de seus ritos e dogmas, mas mais radicalmente, embora através do primeiro processo de Deus contestado na sua transcendência , na sua natureza , na sua existência”

²²¹ No original: MARTY, Mireille Delmas. Études juridiques comparatives et internationalisation du droit. cours : sens et non-sens de L’humanisme JurIdique Pag.739-740: “Position philosophique qui met l’homme au-dessus des

advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Sob a perspectiva do humanismo jurídico, importa ainda notar as linhas do constitucionalista Dalmo de Abreu Dallari, que destaca a impossibilidade da ordem jurídica positiva ser contrária aos Direitos Humanos, “não se admitindo que uma norma legal, sua interpretação e aplicação contrariem as exigências éticas da dignidade humana”.²²²

E continua Dallari:

“Por essas características fica evidente que a ordem jurídica positiva não pode ser contrária aos direitos humanos, não se admitindo que uma norma legal, sua interpretação e aplicação contrariem as exigências éticas da dignidade humana. Precisamente por se tratar de faculdades e possibilidades que nascem com a pessoa humana elas devem ter na ordem jurídica positiva sua proteção e a garantia da possibilidade de sua satisfação e expansão. Pode-se dizer que os direitos humanos são os equivalentes das necessidades humanas fundamentais, aquelas que devem ser atendidas para que se preserve o mínimo compatível com a dignidade humana e para que todos tenham a possibilidade de se desenvolver nos planos material, psíquico e espiritual. Por isso mesmo são universais, pois se referem a características de todos os seres humanos, de todas as épocas e de todos os lugares.

O ápice do movimento humanismo jurídico, ou o despertar de uma consciência coletiva internacional para a importância de consignar os direitos universais do homem mais comezinhos em um documento imperativo, foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Norberto Bobbio nos ensina que “o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado

autres valeurs (l’homme est la mesure de toutes choses) et relève d’une anthropologie dualiste, l’humanisme renvoie aussi à un mouvement intellectuel de retour aux textes antiques qui apparaît en Italie au xVe siècle et gagne toute l’Europe pour s’épanouir au xVie siècle avec les « humanistes » de la Renaissance. C’est alors que naît un humanisme « juridique », qui renvoie à un droit romain idéalisé, tout en s’ouvrant sur la raison universelle propre à la nature humaine. Mais la grande vague d’expansion coloniale européenne qui se développe jusqu’au milieu du XIXe siècle transforme l’humanisme en impérialisme : la nature « humaine » sera remplacée par la nature « civilisée », et la raison « humaine » par la « conscience civilisée ». Ces excès mêmes suscitent au début du XXe siècle un premier réveil de l’universalisme, pourtant impuissant contre la montée des courants nationalistes qui conduiront des nations dites « civilisées » aux pratiques de déshumanisation de la seconde guerre mondiale. Dans un tel contexte, la déclaration universelle des droits de l’homme (DUDH) et les conventions qui suivront constituent un tournant radical : l’humanisme juridique redevient universaliste, mais surtout (véritable révolution juridique), il entre dans le droit positif : on peut désormais condamner un État au nom des droits de l’homme (juridictions internationales des droits de l’homme) et un chef d’État au nom des droits de l’humanité (juridictions pénales internationales)”. Disponible en < <http://www.college-de-france.fr/> > Acesso em 08/01/2015.

²²² DALLARI, Dalmo de Abreu, Humanismo Jurídico. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/>> Acesso em 09/01/2015.

humanamente fundado e, por tanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade.”²²³

A despeito dos plurissignificados que podem brotar da expressão humanismo, a especificação *humanismo jurídico* é, portanto, um consenso universal acerca da instrumentalização do direito como forma de proteção da pessoa humana e não aceitação universal de normas que se contraponham à proteção dos direitos do homem. Tais normas, são, por assim dizer, imperativas de direito internacional, o *jus cogens*.

4.2 Leis de anistia como instrumentos *humanistas*

Leis de anistia ou auto-anistia são invariavelmente tratadas na literatura técnica como formas de impunidade²²⁴. A Lei de Anistia brasileira, entretanto, conforme visto no capítulo anterior, foi fruto de verdadeira aclamação e participação popular, em que pese existirem dúvidas sobre a legitimidade da anistia dos supostos violadores. Em contraposição, Dimitri Dimoulis enumera três óbices²²⁵ para a punição dos agentes do regime:

- “a) as soluções repressivas não resolvem problemas políticos, pelo contrário, apenas satisfazem instintos de vingança, contribuindo para manter animosidade e dando à sociedade o sinal de que a violência se responde com violência;
- b) apunicação será seletiva, por conta de milhares de atos tidos como violadores de direitos humanos que não serão analisados. Se a ideia é a justiça simbólica, mais razoável o distanciamento do passado do que uma penalização aleatória;
- c) processos judiciais não são o espaço adequado para tratar problemas políticos, como os acontecimentos da ditadura. As iniciativas da sociedade civil e o debate político são mais indicados que a decisão de um juiz.”

A Lei de Anistia brasileira possui inegável conteúdo humanista, uma vez que possibilitou o diálogo e o caminho para o apaziguamento e instauração da Democracia. Tribunais de Exceção, julgamentos politizados e sanções de caráter perpétuo, ainda que em nome de um “bem maior”

²²³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus. Rio de Janeiro, 1992. página 18.

²²⁴ SALMÓN, Elizabeth. “Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latino-americana”. *International Review of the Red Cross*, n. 862, Junho de 2006. © 2006 International Review of the Red Cross.

²²⁵ DIMOULIS, Dimitri e outros. *Justiça de transição no Brasil. Direito, Responsabilização e Verdade*. Editora Saraiva, São Paulo, 2010, pág 11.

não se coadunam com valores humanistas. Sob esta perspectiva, o dever de reparar é um expoente do humanismo, já a aplicação de sanções penais é um “mal-necessário”, a ser utilizado como a *ultima ratio*.

4.3 Respostas às violações de direito humanitário no contexto transicional: Os princípios de Chicago.

Quais respostas devem ser adotadas pelas Justiças de Transição? Conforme leciona Japiassu²²⁶, Mahmoud Cherif Bassiouni²²⁷ “utiliza a expressão justiça pós-conflito para definir o comprometimento com uma política internacional de paz, segurança reconstrução nacional, bem como um movimento global de proteção dos direitos humanos.” Neste sentido, a obra de Bassiouni tem o objetivo de estabelecer balizadas que possam levar a responsabilização e reparação pelas violações de direitos humanos nos momentos posteriores aos conflitos.

Os princípios de Chicago tem caráter conciliador, reparador e punitivo (Sete princípios que consistem em medidas penais e não-penais, que devem ser adotadas para a reforma o estabelecimento de um Estado de Direito).

Mamoud Cherif Bassiouni, Professor Emérito de Direito da DePaul University (College of Law) e presidente do Instituto Internacional de Direitos Humanos, serviu as Nações Unidas, em uma série de cargos. Em 2004, foi nomeado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos como Perito Independente sobre a Situação dos Direitos Humanos no Afeganistão. Em 1999, Bassiouni foi indicado para o Prêmio Nobel da Paz por seu trabalho no campo da justiça criminal internacional e por sua contribuição para a criação do Tribunal Penal Internacional. Bassiouni é o autor de 27 e editor de 44 livros, e autor de 217 artigos sobre uma ampla gama de questões jurídicas, incluindo o direito internacional penal, direito penal comparado, e do direito internacional dos direitos humanos²²⁸. Tendo como colaborador o Prof. Daniel Rothenberg²²⁹, da De Paul University, Bassiouni desenvolveu extensas pesquisas sobre justiça transicional e direitos humanos, sintetizadas nos "princípios de chicao", sete enunciados

²²⁶JAPIASSU, Carlos Eduardo. MIGUENS, Marcela Siqueira. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: uma aplicação dos princípios de Chicago à realidade brasileira.

²²⁷ BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. ROTHENBERG, Daniel. The Chicago Principles on Post-Conflict Justice. International Human Rights Law Institute, 2007

²²⁸ Cf. Curriculum Vitae: <http://law.depaul.edu/faculty-and-staff/faculty-a-z/Pages/m-cherif-bassiouni.aspx>

²²⁹ Cf. Curriculum Vitae: <http://apps.law.asu.edu/files/faculty/cvs/rothenbergdaniel.pdf>

essenciais julgados essenciais para promover a transição de um regime totalitário para um Estado de Direito.

Como nos ensinam Bassiouni e Rothenberg²³⁰, “desde meados do século 20 até o presente, as guerras, revoltas, conflitos étnicos e as ações repressivas de regimes autoritários têm produzido enorme sofrimento humano e ocasionado as mortes de dezenas de milhões, a maioria dos quais foram civis. Estes conflitos muitas vezes envolveram violações significativas e sistemáticas dos direitos humanos fundamentais, incluindo o genocídio, a tortura, desaparecimentos, massacres, estupros e deslocamentos em massa.” Os pesquisadores também destacam que, em geral, “a impunidade institucionalizada tem protegido agressores e as exigências de responsabilização têm sido ignoradas. A justiça pelas atrocidades do passado, foi sacrificada por conveniência política, muitas vezes, como um meio para negociar o fim de um conflito.”

O primeiro princípio diz respeito à responsabilização penal: “Os Estados devem processar possíveis autores de graves violações dos direitos humanos e do direito humanitário”. Neste contexto, alguns desdobramentos do enunciado são instituídos. Tal princípio enuncia a "primazia dos tribunais domésticos". Neste sentido,

Estados têm jurisdição primária sobre as violações dos direitos humanos e do direito humanitário que ocorrem dentro de sua território. Membros podem criar mecanismos legais específicos para enfrentar passado violações com base em normas nacionais e internacionais. Tribunais penais e os tribunais internos de outros países apenas são competentes quando os tribunais nacionais não podem oferecer satisfatória garantia de independência e imparcialidade ou não querem ou não se engajar em uma ação legal eficaz.No caso os tribunais nacionais não puderem ou não quiserem julgar violações graves dos direitos humanos e do direito humanitário, os casos podem ser julgadas por tribunais internacionais. Os Estados devem cooperar uns com os outros e com as organizações internacionais na preservação, recolha e divulgação de informações sobre graves violações de direitos humanos e do direito humanitário e outras questões relevantes para a pós-conflito. Os Estados devem cooperar no fornecimento de informações a partir de arquivos do governo, bem como de outras fontes. Os Estados devem divulgar e disponibilizar informações e evidências sobre graves violações de direitos humanos e humanitária.²³¹

Importantíssimo destacar o papel do instituto da *anistia* no enunciado elaborado BASSIOUNI e ROTHENBERG. Segundo os autores “o Estado não pode conceder anistia para absolver indivíduos de responsabilidade por genocídio, crimes de guerra ou graves crimes contra

²³⁰ BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. ROTHENBERG, Daniel Facing Atrocity The Importance of Guiding Principles on Post-Conflict Justice, 2007. pag. 06.

²³¹ Idem. Pag. 22-23.

a humanidade ou se envolver em outras ações destinadas a limitar de forma desigual punição para graves violações dos direitos humanos e do direito humanitário.” Os autores destacam que a Anistia é um pressuposto para o término do conflito. O Estado deve limitar a concessão da anistia às circunstâncias em que essas medidas são *necessárias para negociar o fim de um conflito, sujeito a obrigações à luz do direito internacional e ao direito humanitário*. Isto significa dizer, em apertada síntese, que os Estados devem assegurar que as políticas de anistia estejam ligadas a mecanismos específicos de prestação de contas/responsabilização (perante o direito internacional) para desencorajar a impunidade e autoanistia. Sob tal ótica, a anistia é justa quando proporciona proteção aos autores (de violações) subalternos, crianças usadas como soldados, os responsáveis por crimes menos graves e aqueles que são forçados a cometer violações. Estados que oferecem anistia ou outros mecanismos de redução da responsabilidade legal individual pelos crimes do passado devem favorecer sistemas que envolvem o julgamento individual de reivindicações.²³²

O segundo princípio consiste no direito à verdade: “O Estado deve respeitar o direito à verdade e encorajar as investigações formais das violações dos direitos humanos pelas Comissões da Verdade ou outros organismos”:

DIREITO À VERDADE

As vítimas, suas famílias e a sociedade em geral têm o direito de saber a verdade sobre violações passadas dos direitos humanos e direito humanitário. Eles têm o direito de obter informações gerais sobre padrões de violações sistemáticas, a história do conflito e da identificação dos responsáveis por violações passadas. As vítimas e suas famílias têm o direito de receber informações específicas a respeito de violações de impacto direto e preocupação, incluindo as circunstâncias em que estas violações ocorreram e paradeiro dos mortos e desaparecidos. As investigações sobre violações passadas dos direitos humanos e direito humanitário são comumente realizada pela temporário, oficialmente sancionada, órgãos de investigação não-judicial de verdade. As comissões da verdade constituem um mecanismo importante para o direito à verdade e para as vítimas, suas famílias e para a sociedade. As comissões da verdade podem ser criados através de legislação, tratados, ordens executivas ou outros atos jurídicos que geralmente definem um mandato formal. As comissões de verdade servem uma variedade de objetivos interligados, tais como: estabelecimento de um registro histórico preciso da violações passadas; determinação individual e / ou organizacional responsabilidade; fornecendo um fórum oficial onde a história das vítimas pode ser ouvida e reconhecida; facilitar a reconciliação nacional e o reconhecimento aberto de delito; e recomendar reparações, reformas institucionais e outras políticas.

²³² Idem. Pag. 31

Sob esta ótica, a instauração da Comissão da Verdade no Brasil foi extremamente tardia, após três décadas da anistia política de 1979. O Brasil sofreu (ou sofre) um processo transicional que dura mais de 36 anos.

Por óbvio, comissões da verdade efetivas devem ser imparciais e independentes. Segundo tal princípio, uma comissão vez instituída não podem existir forças externas que interfiram em sua composição, estrutura ou operação. Os autores também destacam que comissões de verdade não são os tribunais, mas podem ser usadas para apoiar ações judiciais, seja civil ou criminal.

No Brasil a Lei instituidora deixou claro que "as atividades da Comissão Nacional da Verdade não terão caráter jurisdicional ou persecutório." Os integrantes também devem ser indivíduos de alto caráter moral, imparcialidade e integridade e o ideal é que a equipe seja multidisciplinar (advogados, cientistas sociais, pesquisadores, analistas, peritos forenses, especialistas de dados etc.). A Comissão deve possuir, por assim dizer, "prerrogativas e imunidades".

Sob esse enfoque, a Comissão Nacional da Verdade do Brasil, apesar de aparentemente dotada de suficiência institucional e jurídica para atingir seus objetivos, as prerrogativas contidas em seu texto²³³ de criação são modestas:

Art. 4o Para execução dos objetivos previstos no art. 3o, a Comissão Nacional da Verdade poderá:

- I - receber testemunhos, informações, dados e documentos que lhe forem encaminhados voluntariamente, assegurada a não identificação do detentor ou depoente, quando solicitada;
- II - requisitar informações, dados e documentos de órgãos e entidades do poder público, ainda que classificados em qualquer grau de sigilo;
- III - convocar, para entrevistas ou testemunho, pessoas que possam guardar qualquer relação com os fatos e circunstâncias examinados;
- IV - determinar a realização de perícias e diligências para coleta ou recuperação de informações, documentos e dados;
- V - promover audiências públicas;
- VI - requisitar proteção aos órgãos públicos para qualquer pessoa que se encontre em situação de ameaça em razão de sua colaboração com a Comissão Nacional da Verdade;
- VII - promover parcerias com órgãos e entidades, públicos ou privados, nacionais ou internacionais, para o intercâmbio de informações, dados e documentos; e
- VIII - requisitar o auxílio de entidades e órgãos públicos.

(...)

§ 5o A Comissão Nacional da Verdade poderá requerer ao Poder Judiciário acesso a informações, dados e documentos públicos ou privados necessários para o desempenho de suas atividades.

²³³ Lei n.º 12.528 de 18 de novembro de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/> - Acesso em 23/01/2015

No Brasil, a distinção jurídica dos verbos *requerer* e *requisitar* é absoluta. Enquanto a Comissão Nacional da Verdade *requisita* informações de órgãos e entidades do poder público, ainda que classificados em qualquer grau de sigilo, ao Poder Judiciário ela apenas *requer*. Não se trataria de subordinar o Poder Judiciário à uma Comissão Independente, mas de atribuir real força institucional aos pedidos do colegiado. O desrespeito a essas *requisições* poderia gerar, inclusive, consequências jurídico-penais²³⁴.

O terceiro princípio de Chicago (Direito das vítimas e reparações - O Estado deve reconhecer a condição especial de vítimas, garantir o acesso à justiça e desenvolver soluções e reparações.) elaborado por Bassiouni e Rothenberg diz respeito às reparações das vítimas, assunto detalhado no item 1.2 deste capítulo.

O quarto princípio de Chicago (“Os Estados devem adotar políticas de veto, sanções e medidas administrativas”),²³⁵ importa dizer que devem ser realizados procedimentos investigatórios e estabelecidas medidas administrativas sancionadoras para punir aos perpetradores das violações e, também impedir futuras violações. Os autores também ressaltam a importância de distinguir o novo regime democrático de regimes repressivos anteriores, vetando a participação de violadores de direitos humanos condenados em cargos oficiais, por exemplo. O veto ou inabilitação poderá perdurar por algum período de tempo. Extremamente relevante, nesse sentido, é a o estabelecimento de "proporcionalidade, âmbito e impacto". Os Estados devem assegurar que as políticas de habilitação e sanções correspondentes são proporcionais à responsabilidade pelo passado por violações e vincular um compromisso com a prestação de contas com a longo prazo, bem como metas da reconciliação nacional e da paz.

O quinto princípio de Chicago²³⁶ (“Os Estados devem promover programas e iniciativas populares para memorializar vítimas, educar a sociedade quanto à violência política passada, e preservar a memória histórica”) tem um fortíssimo enfoque reparador. Como estabelecido, o objetivo é a memorialização das vítimas e atos que dignifiquem sua memória. Em um níveis locais e nacional a memorialização pode contribuir para a cura e reconciliação. Segundo os autores, "esses processos incluem: memoriais construídos, tais como monumentos, estátuas e museus; locais de memorialização como antigas prisões, campos de batalha ou campos de

²³⁴ Código Penal: “Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.”

²³⁵ BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. ROTHENBERG, Daniel Facing Atrocity The Importance of Guiding Principles on Post-Conflict Justice, 2007. pag. 33.

²³⁶ Idem pag. 36.

concentração; e, atividades comemorativas incluindo os dias oficiais de luto, renomeação de ruas, parques e outros locais públicos e várias formas de valor artístico, social e comunitário.

Em relação à educação, “os Estados têm a responsabilidade de assegurar que informações sobre violações passadas adequadamente e informar a amplos setores da sociedade. Membros do governo devem incluir a o estudo das violações passadas em currículos de educação nacional. Membros do governo devem se empenhar com as vítimas, comunidades, organizações da sociedade civil e outros para garantir que o público tenha conhecimento de violações passadas, como meio de evitar o seu recorrência e construir uma cultura de respeito pelos direitos humanos fundamentais e o Estado de Direito.”

O sexto princípio de Chicago²³⁷ (“Os Estados devem apoiar e respeitar as abordagens tradicionais, indígenas e religiosas sobre às violações passadas”) também tem enfoque reparador. O enfoque tradicional das tradições indígenas e religiosas à justiça têm altos níveis de relevância local e legitimidade e são geralmente fazem parte do cotidiano das vítimas, suas famílias, comunidades e sociedade em geral. Segundo os autores, essas práticas são muitas vezes mais intimamente ligada à sociedade local e instituições de governo têm muitas vezes ignorado tais tradições. As abordagens tradicionais, indígenas e religiosas para justiça freqüentemente envolvem rituais e processos coletivos que fornecem um foco para a solidariedade do grupo e fazer referências explícitas à ideais religiosos, histórias, valores, história e costumes locais. Estes processos muitas vezes permitem a reparação individual e da comunidade através da restabelecimento de relações entre as pessoas. Eles podem tratar o mal de violência do passado, ligando estas experiências com um contexto cultural de proteção e capacitando e envolvendo a ação coletiva, cerimônias, trocas rituais, orações e atos públicos de expiação (como missas ecumênicas, por exemplo).

O sétimo princípio de Chicago²³⁸ (“Os Estados devem promover uma reforma institucional para estabelecer o estado de direito, restaurar a confiança pública, promover os direitos fundamentais e apoiar a boa gestão pública”) tem uma abordagem sobre instituição do Estado Democrático de Direito e suas instituições, mas é extremamente abrangente no sentido de que sugere uma série de reformas a serem adotadas pelos Estados no pós-conflito. Neste sentido,

²³⁷ Idem pag. 37.

²³⁸ Idem pag. 37-41.

os autores defendem "que os Estados devem envolver-se em ações para melhorar instituições de governança e ajudar a tratar do legado do passado.

Essas ações incluem a reestruturação institucional, reforma dos setores de segurança e inteligência, reconstrução judicial, e as atividades que suportam a democratização e a defesa dos direitos humanos fundamentais. As reformas destinadas a apoiar a gestão responsável e prevenção de violações devem ser desenvolvidas junto amplo público (Por meio de consultas públicas).²³⁹ Consultas devem ser realizadas incluindo a participação das vítimas, suas famílias, comunidades afetadas e a sociedade civil. Por este princípio de Chicago, é essencial que estes processos incluam a representação adequada das mulheres, bem como grupos minoritários e outros, particularmente quando eles são alvo de violações passadas dos direitos humanos e do direito humanitário. Sob esse enfoque reestruturador e pacificador, os Estados devem assegurar que o desarmamento, desmobilização e reintegração das milícias e outros grupos armados estão ligados às políticas integrais de pós-conflito. Os Estados devem reduzir a disponibilidade de armas nos países fazer esforços especiais para reintegrar as crianças usadas como soldado na sociedade.

Os autores alertam, ainda que "o Estado deve garantir que o militar, inteligência e serviços de segurança interna operem sob controle civil. Os Estados devem estabelecer eficazes mecanismos e instituições de supervisão civil. (...) deve assegurar que serviços militares, de inteligência e de segurança nacional respeitem princípios dos direitos humanos e do direito humanitário." Deve ser assegurado, ainda, que os serviços militares, de inteligência e de segurança doméstica recebam educação adequada sobre os direitos humanos e do direito humanitário, bem como princípios jurídicos nacionais e internacionais. As entidades militares e de inteligência devem ser definidas em lei como entidades apolíticas encarregadas de defender a soberania do Estado e sua integridade territorial.

Há que se reestruturar e reformar instituições para garantir uma adesão consistente para o Estado de Direito. Os Estados devem encorajar governança ágil e construir as bases de uma sociedade como premissa no Estado de direito e os princípios democráticos fundamentais.

Os autores defendem que "os Estados devem ratificar as convenções internacionais em matéria de defesa e proteção dos direitos humanos e tomar todas as medidas necessárias para assegurar o funcionamento independente, imparcial e eficaz do sistema judicial em conformidade

²³⁹ Idem pág. 38.

com os padrões internacionais do devido processo legal, bem como devem fazer mudanças constitucionais adequadas, revogação ou ajustar as leis que contribuem ou permitam violações dos direitos humanos e do direito humanitário, e promulgar leis necessárias para garantir o respeito direitos humanos fundamentais e salvaguardar as instituições democráticas”.²⁴⁰

O combate à corrupção não foi poupado. Os Estados devem combater a corrupção, como parte de uma ampla reforma política em matéria de responsabilização e boa governança. Poderes Públicos devem garantir a transparência do orçamento, gestão institucional e desenvolvimento de programas sobre pós-conflito estratégias de justiça e outros aspectos da política governamental. As organizações internacionais têm uma responsabilidade especial para servir como modelos para combater a corrupção e favorecer a transparência e prestação de contas.

Este princípio informa ainda que²⁴¹ “o Estado deve envidar esforços para integrar conceitos de direitos humanos em todos os aspectos de governança e assegurar que instituições governamentais implementem políticas específicas que suportem direitos humanos fundamentais, Estado de direito e os valores democráticos. Devem ser criadas ouvidorias dos direitos humanos, comissões independentes de direitos humanos projetadas para proteger e defender os direitos humanos fundamentais. O Poder Público deve assegurar que os servidores públicos, funcionários e empregados, especialmente aqueles envolvidos em operações militares, inteligência, segurança interna e setores judiciais, recebam formação integral e permanente dos direitos humanos. O Estado deve promover a observância de códigos de ética (disciplinares) para todos os servidores públicos.”

4.4 Tipos de Reparação sob a ótica dos Princípios de Chicago

Com base nas conclusões do Enunciado N.º3 (Direito das vítimas remédios e reparações - O Estado deve reconhecer a condição especial de vítimas, garantir o acesso à justiça e desenvolver soluções e reparações.) BASSIOUNI e ROTHENBERG²⁴² destacam que o Estado deverá proporcionar às vítimas de violações dos direitos humanos e do direito humanitário, respostas, com vários tipos de reparações, que podem ser: a restituição; compensação;

²⁴⁰ Idem pág. 39.

²⁴¹ Idem. Pag. 39

²⁴² Idem. Pág. 30

reabilitação; e, a satisfação e garantias de não repetição dos ilícitos. As reparações devem ser instituídas em conformidade com a legislação nacional e as obrigações internacionais:

“Tipos de reparação

Restituição - A restituição procura restaurar vítimas à sua situação anterior de ter sofrido graves violações. Restituição inclui: reassentamento no seu lugar de residência anterior; restituição dos bens confiscados; e, a restauração da liberdade, o emprego, a unidade da família, direitos legais e cidadania. Estado deve fazer esforços especiais para garantir que os registros criminais ilegítimos sejam limpos.

Compensação - Compensação fornece vítimas com pagamentos monetários por danos, sofrimento e perdas resultantes de violações passadas. A remuneração inclui pagamentos aos endereços: dano físico; mental dano; oportunidades econômicas, educacionais e sociais perdidos; danos de reputação e dignidade; e, os custos relacionados com a assistência jurídica, assistência especializada, e serviços médicos, psicológicos e sociais relevantes.

Reabilitação - Reabilitação presta serviços às vítimas para abordar a impacto das violações do passado, tais como: assistência médica e psicológica; os serviços sociais; educação; formação profissional; e assistência jurídica. Unidos deve concentrar-se especial atenção na prestação de reabilitação para criança vítimas, os filhos das vítimas e as crianças-soldados.

Satisfação e garantias de não repetição - satisfação e garantias de não repetição fornecer vítimas com informações e serviços para endereço do impacto contínuo de violações passadas e prevenir futuras violações. Essas ações incluem o fornecimento de informações sobre as vítimas: os mortos, incluindo a localização de cemitérios clandestinos; desaparecidos e as circunstâncias de seu desaparecimento; e, crianças raptadas. Os Estados também devem implementar medidas para acabar com as violações persistentes, como a reforma institucional, além de criar condições para evitar futuras violações.

OUTROS ASPECTOS DA REPARAÇÃO

Proporcionalidade, âmbito e impacto - Reparções deve ser proporcionais à natureza da infração e os danos sofridos. Os Estados devem assegurar que as reparações sejam destinadas equitativamente a todas as vítimas.

Reparação moral - reparações morais tais como comemorações e tributos pode ajudar na reconciliação social, eliminar as distâncias entre as vítimas e o mais amplo apoio comunitário e individual.

Desculpas - Desculpas proferidas Estado podem favorecer a compreensão social, facilitar o processo de nacional reconstrução e permitir o perdão por parte das vítimas e suas famílias.”

4.5 Direitos dos acusados sob a ótica dos Princípios de Chicago

Ainda com base nas conclusões do Enunciado n.º 1, aos acusados de crimes contra humanidade devem ser garantidos direitos fundamentais de processo e julgamento justo.²⁴³ Neste

²⁴³ Idem.

sentido, deve ser respeitado o devido processo legal, com juízes e tribunais imparciais e independentes, bem como ser oferecida assistência jurídica gratuita ao acusado, se for o caso. A vedação de punições retroativas é de extrema importância, também. Tais “subprincípios” sintetizam aspectos humanistas que devem orientar o processo e julgamento dos supostos acusados de crimes contra a humanidade.

“Os objetivos da pós-conflito justiça são servidos respeitando os direitos humanos de todos, incluindo os acusados ou condenado por cometer graves violações dos direitos humanos e direito humanitário. Os Estados devem fornecer réus as proteções do devido processo legal, incluindo: presunção de inocência até prova em contrário; julgamento por um tribunal competente, independente e imparcial, um tribunal estabelecido pela lei; informação rápida, clara e detalhada sobre as acusações contra eles; tempo e meios para a adequada preparação da defesa por um advogado da sua escolha; oportuno processo penal sem demora injustificada; assistência jurídica gratuita se necessário; o direito de prestar testemunhas em seu nome; o direito de examinar as testemunhas; bem como a liberdade de ser obrigado a confessar ou testemunhar contra si mesmos. **Nenhuma punição retroativa** - atos ou omissões que não constituam um crime ao abrigo do direito nacional ou internacional no momento em que foram cometidos não deve ser a base para processos judiciais. Tribunais não podem impor uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que o criminoso infração foi cometida. Direitos dos prisioneiros e detidos - Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratados com humanidade e com respeito pela sua dignidade inerente conformidade com as normas internacionais.”

Entre os princípios de Chicago, portanto, encontra-se a vedação de punição retroativa / Atos ou omissões que não constituam crimes (e ai entenda-se crime tipificado) à época em que foram cometidos.

4.6 Notas sobre o paradoxo da imprescritibilidade no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

*“E prendeu com infrágeis peias Prometeu astucioso,
cadeias dolorosas passadas ao meio duma coluna,
e sobre ele incitou uma águia de longas asas,
ela comia o fígado imortal, ele crescia à noite
todo igual o comera de dia a ave de longas asas.”²⁴⁴*

Prometeu, o titã filho de Jápeto, roubara o fogo de Zeus e dera aos humanos. Como pena, Zeus acorrentou-o à uma rocha e fez com que, durante o dia, uma ave de rapina lhe comesse o fígado, que se reconstituía durante a noite. Uma pena dolorosa e sem fim.

²⁴⁴ HESÍODO. Teogonia, a Origem dos Deuses. Editora Iluminuras. São Paulo, 1995. pag. 104.

Neste trabalho analisou-se o instituto da imprescritibilidade perante a Corte IDH; a imprescritibilidade versus *irretroatividade*, legalidade e anterioridade; e a invocação da imprescritibilidade como *jus cogens* numa tentativa de invalidação da Lei de Anistia. A imprescritibilidade funciona tal como a pena aplicada por Zeus à Prometeu: trata-se da eternização do sofrimento alheio.

A imprescritibilidade remonta o Estatuto de Nuremberg e posteriormente tornou-se Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade. Uma medida adotada no pós-guerra, sob o manto de defesa dos direitos do homem e com altíssima alcance de controle dos *vencidos*.

Zaffaroni²⁴⁵ e Pierangeli, em seu Manual de Direito Penal brasileiro²⁴⁶, assim se posicionam acerca do instituto da imprescritibilidade penal:

A questão da imprescritibilidade

Todos os tipos de crime deveriam estar sujeitos à prescrição, sem qualquer consideração pela sua natureza ou pela sua gravidade. No entanto, este princípio não vem sendo sufragado por todas as ordens jurídico-penais, e, ainda recentemente, tem-se assistido, em vários movimentos internacionais, a um redobrado esforço em favor da imprescritibilidade—tanto no âmbito do direito penal como no do processo penal—, quanto aos crimes atentatórios à paz e à humanidade, muito especialmente ao genocídio, e a outros, puníveis com pena de morte e de prisão perpétua. Não nos parece existir fundamentação suficiente para isso. Não existe na listagem penal crime que, por mais hediondo que se apresente ao sentimento jurídico e ao consenso da comunidade, possa merecer a imprescritibilidade, máxime, se atentarmos que as expectativas comunitárias de reafirmação da validade da ordem jurídica não perduram indefinidamente. "A indignação pública e o sentimento de insegurança que o crime gerou amortecem com o decorrer dos anos, do mesmo modo que se atenua a revolta e exigência de justiça dos ofendidos" (ANÍBAL BRUNO), e nem mesmo as exigências de prevenção especial podem perdurar para sempre. Isto não exclui a possibilidade de um juízo de reprovação e até mesmo de repugnância perdurarem, como ocorre, ainda hoje, com os odiosos crimes perpetrados pela Inquisição, pelos nazi-fascistas e durante o stalinismo. Mas isso não se faz perfeitamente suficiente, sob qualquer angulação que se faça do fenômeno, que obrigue a uma punição. Esta, a punição, só poderia encontrar fundamentação na

²⁴⁵ A despeito do voto de Zaffaroni no caso Lariz Iriondo, na Corte Suprema de Justiça de Nação: Ali, a CSJN devia revisar a decisão de um juiz que havia rejeitado a extradição à Espanha por entender que o fato estava rescrito. Sobre a possibilidade de catalogar como crimes contra a humanidade e, portanto, imprescritíveis, os atos de terrorismo atribuídos a Lariz Iriondo, os juízes mencionados consideraram que o conceito de terrorismo tem sido sumamente difuso e amplamente discutido e que, diferentemente dos crimes contra a humanidade, não podia afirmar que o terrorismo foi um crime definido pelo Direito Internacional Consuetudinário antes de ser inserido em convenções internacionais. Acrescentam que: “esta Corte considera imprescritível os delitos de lesa-humanidade cometidos antes da ratificação das convenções respectivas, quando o Direito Internacional Consuetudinário os considera tais, também antes das convenções, mas não pode adotar igual critério com relação àqueles que antes das convenções respectivas não eram reconhecidos nessa categoria, nem com essas consequências em matéria de imprescritibilidade pelo Direito Internacional Consuetudinário; pois, nesse último suposto, estaria fazendo aplicação retroativa da convenção” (cf. considerando 30, sem destacar no original).

²⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte geral. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002. pag 646

retribuição e no sentimento de vingança, que nos parecem incompatíveis com o direito penal moderno e com um Estado de Direito. (ZAFFARONI, 2002, pag. 646)

A imprescritibilidade, portanto, parece ser moldada com base no retribucionismo e no sentimento de vingança, incompatíveis com o Estado de Direito secularizado.

Entretanto, em seu mister profissional enquanto magistrado da Corte Constitucional da Argentina, Zaffaroni assim decidiu no caso Lariz Iriondo²⁴⁷:

“30) Que, en síntesis, esta Corte considera imprescriptibles los delitos de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la ratificación de las convenciones respectivas cuando el derecho internacional consuetudinario los consideraba tales también con anterioridad a las convenciones, pero no puede adoptar igual criterio respecto de aquellos que antes de las convenciones respectivas no eran reconocidos en esa categoría ni con esas consecuencias en materia de imprescriptibilidad por el derecho internacional consuetudinario; pues en este último supuesto estaría haciendo aplicación retroactiva de la convención.”

O caso²⁴⁸ envolvia um pedido de extradição da Espanha sobre Jesús Maria Lariz Iriondo, o terrorista do ETA detido na Argentina. A Corte Suprema de Justiça na Nação interveio em um recurso ordinário interposto pelo Procurador-Geral da Nação, em razão recusa do juiz de primeira instância a conceder a extradição porque havia considerado a ação penal prescrita. O Tribunal confirmou a decisão de primeira instância, concordou prescrição de acusação e negou a extradição. Ressalte-se a homenagem de Zaffaroni e Maqueda à impossibilidade de aplicação retroativa da Convenção.

Se um Direito Penal humanista rechaça penas cruéis e degradantes, assim como a prisão perpétua e a pena capital, que tem caráter *permanente*, como é possível que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, baseado em tradição consuetudinária, eternize a pretensão à persecução penal contra os acusados de graves crimes contra a humanidade? O paradoxo parece evidente. Por óbvio, a proteção internacional dos Direitos Humanos merece regras diferenciadas para privilegiar as vítimas e não seus detratores, sem que isso importe a eternização do direito de punir.

O enorme problema dos crimes contra a humanidade, em especial o genocídio, a tortura, o estupro e todos eles praticados de forma sistêmica, com alto grau de organização e com todo o aparato estatal disposto a incobri-los, é que não existe punição que alcance a justiça nesses casos

²⁴⁷ PARENTI, Pablo F. A Aplicação Do Direito Internacional No Julgamento do Terrorismo De Estado Na Argentina.

²⁴⁸ Disponível em <http://www.csjn.gov.ar/> Acesso em 29/01/2015.

extremos. Ainda que se acredite que a pena capital ou a prisão perpétua sejam adequadas, a triste e impotente realidade é que existem crimes, como a tortura e o genocídio, *que não se podem punir, nem perdoar.*²⁴⁹

Sem adentrar no mérito político do instrumentalismo do Direito Internacional pós-conflitos, como uma forma de controlar *os inimigos*. Neste sentido, vale conferir Noam Chomsky²⁵⁰, em sua perspectiva, são as grandes potências ocidentais que praticam crimes internacionais (genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra) nos dias atuais, sob o álibi de construção da democracia e de respeito aos direitos humanos - o que constitui, obviamente, uma inversão na perspectiva tradicionalmente aceita. A estas ações Chomsky contrapõe inúmeros exemplos em que as potências ocidentais toleram ou mesmo estimulam - na medida em que emprestam apoio político, militar e financeiro - as atrocidades cometidas pelos amigos, aqueles que, no exercício dos poderes locais, dão sustentação à política internacional que lhes interessa.²⁵¹ Não é despendendo acrescentar, ainda, um dado extremamente relevante: Muitos países assinaram e ratificaram a “Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, 26 novembre 1968.” (Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade). Na lista, não constam as grandes democracias capitalistas do mundo, mas surpreendentemente encontra-se o Afeganistão, a Nigéria e a

²⁴⁹ GARAPON, Antoine. Crimes que não se podem punir nem perdoar. Tradução: Odile Jacob. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

²⁵⁰ CHOMSKY, Noam. O QUE O TIO SAM REALMENTE QUER. (Online). Disponível em < [http://minhateca.com.br/atilamunizpa/Documentos/28801720-Noam-Chomsky-O-Que-o-Tio-Sam-Realmente-Quer\(2\).2936997.pdf](http://minhateca.com.br/atilamunizpa/Documentos/28801720-Noam-Chomsky-O-Que-o-Tio-Sam-Realmente-Quer(2).2936997.pdf) > Acesso em 29/01/2015: “Quando Barbie foi finalmente trazido de volta à França, em 1982, para ser julgado como criminoso de guerra, seu emprego como agente foi assim explicado pelo coronel (aposentado) Eugene Kolb, corpo de contra-espionagem do Exército americano: “As 'habilidades' [de Barbie] eram um mal necessário... Suas atividades haviam sido dirigidas contra o clandestino Partido Comunista e contra a Resistência Francesa”, que já eram alvo da repressão dos libertadores norte-americanos. Já que os Estados Unidos continuavam onde os nazistas tinham desistido, fazia muito sentido aproveitar os especialistas em atividades anti resistência. Mais tarde, quando se tornou difícil, ou impossível, proteger esse valioso pessoal na Europa, muitos deles esconderam-se nos Estados Unidos ou na América Latina, muitas vezes com a ajuda do Vaticano e de padres fascistas. Lá, eles se tornaram conselheiros militares de governos policiais, apoiados pelos Estados Unidos, inspirados, muitas vezes quase abertamente, no Terceiro Reich. Eles também se tornaram traficantes de drogas, comerciantes de armas, terroristas e educadores - ensinando a camponeses latino-americanos técnicas de tortura inventadas pela Gestapo. Alguns alunos nazistas fizeram o dever de casa na América Central, estabelecendo, deste modo, uma ligação direta entre os campos de extermínio e os esquadrões da morte, tudo graças à aliança pós-guerra entre os EUA e os SS.”

²⁵¹ CHOMSKY, Noam. Uma nova geração decide o limite: os verdadeiros critérios das potências ocidentais para suas intervenções militares. Rio de Janeiro: Record, p. 18: “Graças ao fornecimento constante de armamento pesado, treinamento militar e apoio diplomático, a Turquia conseguiu esmagar a resistência curda, deixando dezenas de milhares de mortos, de dois a três milhões de refugiados e 3.500 aldeias destruídas (sete vezes o Kosovo bombardeado pela Otan)”

Libéria.²⁵² Tais elementos indicam um descompromisso dos próprios países que pregam a doutrina de respeito aos direitos humanos com uma efetiva proteção por parte dos mesmos.²⁵³

Jacques Vergés costumava usar argumentos morais em suas defesas, produzindo uma argumentação notadamente ideológica. Não se trata do mesmo aqui, considerando o compromisso epistemológico na elaboração de um trabalho científico. Mas, uma provocação final merece ser colocada, a fim de semear a reflexão sobre a natureza da imprescritibilidade dos crimes de guerra: Qual a utilidade da eternização do direito de punir *os vencidos*, senão perpetuar o controle dos *vencedores* sobre eles?

4.7 Razões, finalidade e necessidade da responsabilização criminal dos agentes do regime de exceção (1964-1979) no contexto atual.

Três grandes correntes do pensamento no Direito Penal se preocupam com a finalidade da pena: (i) A Teoria Absoluta ou da Retribuição²⁵⁴ se baseia no fato de que a pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso; (ii) A Teoria Relativa Finalista, Utilitária ou da Prevenção²⁵⁵ entende que prevenção geral é representada pela intimidação direcionada ao corpo social as pessoas não cometem crimes porque têm medo de receber punição; (iii) Teoria Eclética

²⁵² Cf. Anexo IV.

²⁵³ Ressalte-se que a França considera os crimes contra a humanidade imprescritíveis, por força de Lei interna: " La loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 dispose en effet : « Les crimes contre l'humanité, tels qu'ils sont définis par la résolution des Nations Unies du 13 février 1946, prenant acte de la définition des crimes contre l'humanité, telle qu'elle figure dans la charte du tribunal international du 8 août 1945, sont imprescriptibles par leur nature »."

²⁵⁴ "Segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, é o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. Isto se entende quando lembramos da substituição do divino homem operada neste momento histórico, dando margem à implantação do positivismo legal" BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal, Parte Geral, volume 1, 9º edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 74.

²⁵⁵ Neste sentido, vide Carnelutti: "Dizem, facilmente, que a pena não serve somente para a redenção do culpado, mas também para a advertência dos outros, que poderiam ser tentados a delinquir e por isso deve os assustar; e não é este um discurso que deva se tomar por chacota; pois ao menos deriva dele a conhecida contradição entre função repressiva e a função preventiva da pena: o que a pena deve ser para ajudar o culpado não é o que deve ser para ajudar os outros; e não há, entre esses dois aspectos do instituto, possibilidade de conciliação" in CARNELUTTI, Francesco, As Misérias do Processo Penal, São Paulo: editora Pillares, 2006, P. 103

ou Conciliatória²⁵⁶, que entende ter a pena uma dupla função: de punir o criminoso e prevenir a prática do crime pela ressocialização e pela prevenção coletiva.

Feitas tais considerações propedêuticas, a finalidade e a necessidade da responsabilização penal dos agentes do regime de exceção merecem alguns apontamentos. Em primeiro lugar é possível afirmar que o Brasil adotou, na reforma de 1984, a teoria eclética, ao estabelecer em seu artigo 59 do Código Penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

A finalidade da pena, portanto, é reprovando e prevenindo o crime. Passados quase quatro décadas do final do regime de exceção, é possível afirmar, com clareza, que eventual punição aplicada *atualmente* aos agentes do Estado, atenderia a reprovação e a prevenção previstas no nosso sistema? Certamente que não. Os anistiados, ao que se sabe, integraram-se perfeitamente à sociedade civil pós-conflitual, submetendo-se à ordem constitucional em vigor durante todo o longo período em que a lei de anistia não foi questionada. Sendo assim, a tentativa de punição criminal de tais agentes também violaria o princípio da proporcionalidade, implícito na Constituição Federal. Mesmo a barbárie²⁵⁷, aos olhos de hoje, contida na Lei de Talião, outrora pôde ser reconhecida como progresso moral e jurídico, uma vez que impôs limites ao *poder de punir*. A aplicação da pena, portanto, precisa se adequar à sua necessidade e finalidade, no Estado Democrático de Direito que limite o poder punitivo.

²⁵⁶ “As teorias mistas conciliam as precedentes. A pena tem índole retributiva, porém objetiva os fins da reeducação do criminoso e de intimidação geral. Afirma, pois, o caráter de retribuição da pena, mas aceita sua função utilitária” NORONHA, M. Magalhães, Direito Penal, volume 1, 35ª edição, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 223.

²⁵⁷ “O talião, que atualmente nos povos civilizados é símbolo de ferocidade bárbara, foi na humanidade primitiva um grande progresso moral e jurídico, justamente porque impôs um limite, uma medida à reação pela vindita defensiva (olho por olho, dente por dente)”. FERRI, Enrico. Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime. Tradução: Luis Lemos D’Oliveira. Campinas: Russell Editores, 2003, p. 22, in ROQUE DA SILVA ARAUJO, Fábio. O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/> Acesso em 02/02/2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todos os elementos apresentados no decorrer da presente pesquisa, algumas reflexões e conclusões devem ser apontadas. No âmbito da realização do processo transicional no Brasil, recortou-se a Lei de Anistia Política e sua validade diante do choque de interpretações do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os objetivos elencados no tópico dedicado à metodologia foram:

- 1) analisar se a Anistia Política no Brasil, como parte do processo transicional, possui uma perspectiva humanista;
- 2) identificar quais são os limites jurídicos, fundados no Direito Internacional e no Direito Interno, à punição dos anistiados.
- 3) confrontar o Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Penal Interno e identificar seus pontos de conflito e se há possibilidade conciliação entre as duas doutrinas.

Em relação ao primeiro objetivo (*analisar se a Anistia Política no Brasil, como parte do processo transicional, possui uma perspectiva humanista*), verificamos que a Lei de Anistia Política no Brasil, conforme dissecado no Capítulo I, foi objeto de ampla discussão social e um pavimento inicial para a redemocratização. Também pôde-se constatar que o texto final da Lei de Anistia não foi o integralmente proposto pela oposição, mas tratou de anistiar a todos, de forma “ampla, geral e irrestrita”. A Anistia Política de 1979, neste sentido, cumpriu sua função humanista de permitir a reconciliação nacional, processo que se arrastou durante as décadas que se seguiram, com a adoção de medidas reparatórias por parte do Estado, como a instituição da Comissão de Anistia, pagamento de indenizações às vítimas (Anexos I, II, e III) e pedidos públicos de desculpas aos familiares e à sociedade.

Em relação ao segundo objetivo (*identificar quais são os limites jurídicos, fundados no Direito Internacional e no Direito Interno, à punição dos anistiados*), diante de todas as reflexões apresentadas e os divisores de águas na doutrina, pôde-se sintetizar as seguintes conclusões:

Os principais limites à persecução criminal de acusados de tortura e graves violações durante o regime de exceção, são:

a) Desde 1940, o art.109 do Código Penal estabelece que o maior prazo prescricional penal é de 20 anos. Esta é uma garantia do acusado, baseada em lei em sentido formal, de que não será julgado e condenado por um crime praticado há mais de 20 anos;

b) Os tratados internacionais sobre crimes contra a humanidade sempre foram omissos em relação à prescrição. Somente em 1968 alguns países assinaram a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade. O Brasil não estava entre estes países e até hoje não ratificou a tal convenção, razão pela qual esta convenção é "*res inter alios acta*";

c) A Constituição de 1988 prevê crimes imprescritíveis em seu art.5º, incisos XLII e XLIV, mas em relação à tortura prevê tão-somente que se trata de crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art.5º, XLIII). Por uma questão de lógica jurídica básica, aplica-se, no Brasil, o regime prescricional estabelecido no art. 109 do Código Penal, uma vez que o STF já declarou em ser o Brasil um país *dualista moderado*²⁵⁸, isto é, a internalização de normas internacionais deve seguir o rito estabelecido na Constituição Federal e o Brasil, como já mencionado a exaustão, não ratificou nenhum ato internacional semelhante. Ressalte-se que, mesmo que nossa atual Constituição houvesse considerado a tortura um crime imprescritível esta norma não se aplicaria aos crimes anteriores, praticados antes de sua vigência, pois a lei penal só retroage para beneficiar o réu;

d) O Supremo Tribunal Federal declarou válida e produzindo seus efeitos a Lei de Anistia de 1979;

e) Acrescente-se, ainda, que a decisão do caso Júlia Gomes Lund *versus* Brasil, adotada pela Corte IDH, não tem o condão de produzir efeitos no Brasil, uma vez que só se reconhece a jurisdição da Corte Interamericana "*para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998*";

f) Se os crimes tipificados no Estatuto de Roma não prescrevem (art.29), de outro lado nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o mesmo, por uma

²⁵⁸ MERCOSUL. Protocolo de Medidas Cautelares (Ouro Preto/MG). Ato de direito internacional público. Convenção ainda não incorporada ao direito interno brasileiro. Procedimento constitucional de incorporação dos atos internacionais que ainda não se concluiu. O Protocolo de Medidas Cautelares adotado pelo Conselho do Mercado Comum (MERCOSUL), por ocasião de sua VII Reunião, realizada em Ouro Preto/MG, em dezembro de 1994, embora aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 192/95), não se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, pois, a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18/3/97), ainda não foi promulgado, mediante decreto, pelo Presidente da República. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais em torno da questão da executoriedade das convenções ou tratados internacionais no âmbito do direito interno brasileiro. Precedentes: RTJ 58/70, Rel. Min. OSWALDO TRIGUEIRO - ADI nº 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

conduta anterior à entrada em vigor daquele tratado (art. 24). Não há, de fato, possibilidade de retroatividade da norma penal mais grave (*Lex gravior*), sob pena de implosão das próprias normas de Direitos Humanos (CADH, CEDH²⁵⁹, Estatuto de Roma), que proíbe a punição retroativa.

g) A Convenção Americana de Direitos Humanos tem status de supralegalidade na hierarquia constitucional do Brasil, está, portanto, abaixo da Constituição Federal e não tem o condão de derogá-la a fim de fazer valer a imprescritibilidade (de forma retroativa) de seu texto.

h) A punição, hoje, de agentes do regime de exceção violaria o princípio da razoabilidade e proporcionalidade e não se coaduna com o moderno Direito Penal Humanista, eis que a pena, não cumpriria qualquer função social, mas seria esquiparada à *vendetta*.

i) O costume internacional não pode ser fonte de Direito Penal sem que se viole a tradição humanista do princípio da legalidade.

g) A Anistia exclui o crime e faz desaparecer suas conseqüências penais. Tem caráter retroativo e irrevogável.

Em relação ao terceiro objetivo (*confrontar o Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Penal Interno e identificar seus pontos de conflito e se há possibilidade conciliação entre as duas doutrinas.*) O Direito Penal de caráter moderno e humanista tem a função de ser um limitador do atuação punitiva do *Estado de Direito*. O Direito Internacional dos Direitos Humanos protege os seres humanos vulneráveis dos abusos do Estado ou de agentes e organizações envolvidos em conflitos, numa perspectiva do *Estado Internacional de Direito*. Se o Direito Penal deve sofrer as limitações constitucionais pétreas para frear a sanha acusatória estatal, o Direito Internacional dos Direitos Humanos baseia-se nas normas dos Tratados Internacionais e no fluído direito consuetudinário internacional (*jus cogens*), relativizando conceitos de legalidade, irretroatividade e soberania nacional, a fim de de conferir eficácia à proteção dos direitos humanos e a punição dos acusados de crimes contra a humanidade.

A relativização de tais conceitos, absolutamente rígidos em Direito Penal (como o princípio da estrita legalidade penal) revela uma indesejada faceta do Direito Internacional Repressivo: a distinção entre os criminosos internos, *ordinários*, e os criminosos violadores do Direito Internacional dos Direitos Humanos, *extraordinários*. Tal conceito remete imediatamente

²⁵⁹ Cf. Convenção Americana de Direitos do Homem <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>

à teoria jurídico-penal do Prof. Dr. Gunther Jakobs e do Prof. Manuel Cancio Meliá: O Direito Penal do *cidadão comum* e o Direito Penal do *inimigo*.²⁶⁰ Ao indivíduo porventura acusado de explodir um estabelecimento e matar diversas pessoas por razões econômicas, para fazer jus a um resgate pecuniário, cabe o Direito Penal Interno. Se o mesmo sujeito viesse a ocasionar os mesmos homicídios, do mesmo modo, por razões político-ideológicas, a ele caberia a aplicação das normas relativizadas do Direito Repressivo Internacional.²⁶¹ Diante da relativização de tais princípios limitadores, a dicotomia entre Direito Penal e Direito Internacional dos Direitos Humanos é evidente, mas só poderá ser conciliada com a construção, no plano internacional, de instrumentos normativos balizadores das sanções aplicadas aos acusados de crimes contra a humanidade. A abolição da imprescritibilidade ou a adoção de uma prescritibilidade moderada, pode imprimir um jaez mais humano na não eternização do *ius puniendi* internacional. Vale notar que a Constituição do Brasil, em redação originária, sendo cláusula pétra fundamental e imutável, proíbe a aplicação de penas cruéis e degradantes ou de caráter perpétuo²⁶². O Estatuto de Roma²⁶³, por exemplo, a cuja jurisdição a República Federativa do Brasil se submete, prevê a possibilidade de prisão perpétua em seu rol de penalidades.

A esta altura, diante de todos os elementos colacionados, pode-se concluir que há uma tensão entre a aplicação dos Direito Penal e a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁶⁴. A conciliação entre as duas esferas de exercício do *ius puniendi* dependerá do

²⁶⁰ JAKOBS, Gunther. MELIÁ, Manuel Câncio. Direito Penal no inimigo: noções e; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

²⁶¹ Idem. Cf.: “O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar a guerra. Esta coação pode ficar limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz. Mas isto em nada altera o fato de que a medida executada contra o inimigo não significa nada, mas só coage.”

²⁶² CRFB, art. 5º, XLVI, b).

²⁶³ Estatuto de Roma, internalizado pelo Decreto 4388/02.

²⁶⁴ CASSESE, Antonio. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça Penal Internacional? In: Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. Organizadores: Antonio Cassese e Mireille Delmas-Marty. Editora Manole. 2004. Barueri/SP. Pag. 4: “a jurisdição penal internacional está mesmo a ponto de rodir a autoridade dos Estados em muitos sentidos. Todavia, e essa é a minha segunda reflexão, não é menos verdade que os Estados soberanos continuam os senhores e os atores principais no cenário mundial, pois mantêm o poder essencial de usar a força. Finalmente, e essa sera a minha terceira reflexão, por que não considerar que um modo de conciliar o progresso da jurisdição penal internacional, portanto o fim da impunidade, com o respeito de certas prerrogativas dos Estados soberanos, poderia consistir em dar mais importância às jurisdições nacionais para que elas se debrucem cada vez mais sobre os crimes de alcance internacional.”

imprevisível (ou improvável) desenvolvimento das garantias nos Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos.

Por derradeiro, a indagação que é o problema central deste trabalho: É possível juridicamente, nos dias de hoje, punir os perpetradores de graves violações aos direitos humanos já anistiados pela Anistia Política no Brasil em 1979? A amarga conclusão a que se chega analisando-se todas as evidências jurídicas apontadas é que, a resposta deverá ser negativa. A revisão da anistia poderia ter sido uma opção política nos idos do início da redemocratização, hoje essa opção significaria punir cidadãos reintegrados à realidade política e social a qual foram anistiados, demolindo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade consagrados nesta nova ordem constitucional. A pena não é essencial para rompermos com os laços do passado e fazer valer o direito à verdade, as reparações e a construção de um Estado Democrático de Direito que não seja fundado em exceções aos direitos fundamentais para vencedores e vencidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REIS FILHO, Daniel Aarão. Est. Hist., Rio de Janeiro, vol. 23, n. 45, p. 171-186, janeiro-junho de 2010.

_____. Ditadura Militar, esquerda e sociedade. Jorge Zahar, 2000

ADPF 153, STF, Voto do Ministro Eros Roberto Grau. 24/04/2010

ALBUQUERQUE MELO, Celso. Curso de Direito Internacional Público. 13ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDDT, Hanna. Responsabilidade e Juízo. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Dom Quixote, 2007.

_____. A Condição Humana. 10º ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2000;

_____. As Origens do Totalitarismo: anti-semitismo, instrumento de poder. Rio de Janeiro: Ed. Documentário, 1975;

_____. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1999;

BASSIOUNI, M. Cherif. ROTHENBERG, Daniel The Chicago Principles on Post-Conflict Justice. International Human Rights Law Institute, 2007.

_____. Facing Atrocity The Importance of Guiding Principles on Post-Conflict Justice, 2007.

BATISTA, Nilo. Aspectos jurídico-penais da anistia. Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, n. 26, p. 42, jul./dez. 1979

_____. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON

BINENBOJM, Gustavo. Monismo E Dualismo No Brasil: Uma Dicotomia Afinal Irrelevante Revista da EMERJ, v.3, n.9, 2000

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus. Rio de Janeiro, 1992.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A humanização do direito internacional. Editora Del rey, Belo Horizonte, 2006.

_____, Antônio Augusto. O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos Humanos

CASSESE, Antonio. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e Justiça Penal Internacional? In: Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. Organizadores: Antonio Cassese e Mireille Delmas-Marty. Editora Manole. 2004. Barueri/SP.

CARNELUTTI, Francesco, *As Misérias do Processo Penal*, São Paulo: editora Pillares, 2006,

CARVALHO, Salo. Como (Não) Se Faz um Trabalho de Conclusão: Provocações Úteis para Orientadores e Estudantes de Direito (Especialmente das Ciências Criminais)” Saraiva. Porto Alegre, 2012.

CEREJEIRA, Gonçalves. *A Idade Média*. Coimbra: Coimbra Ed., 1936.

CHUERI, Vera Karam de. *Anistia não é esquecimento: o caso da ADPF 153*. In: *Direitos Humanos: Justiça, Verdade e Memória*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, p. 611-630, 2012.

Comissão IDH, Julia Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia), Caso 11.552. 2010

COMPARATO, Bruno Konder. Memória e silêncio: a espoliação das lembranças. Lua Nova no.92 São Paulo May/Aug. 2014

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 4. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2005

_____. *A proteção aos direitos humanos e a organização federal de competências*. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. 2. ed. Brasília: IIDH, 1996.

CONGRESSO NACIONAL. Comissão Mista Sobre Anistia. Volume I - Documentário organizado por determinação do Presidente da Comissão Mista do Congresso. Senador Teotônio Vilela. Disponível em < www.dhnet.org.br/.../livro_congresso_nacional_anistia_volume01.pdf >

DALLARI, Dalmo de Abreu, Humanismo Jurídico. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/>> Acesso em 09/01/2015.

DECRETO Nº 7.030, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2009., Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm Acesso em 08/01/2015.

DELMAS-MARTY, M. *Études Juridiques Comparatives et Internationalisation du Droit*. democracia e direitos humanos. RJ: Ed.América Jurídica, 2002. Direito Internacional. In: Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, DUBY, G. An 1000 an 2000 sur les traces de nos peurs. Paris:France Loisirs, 2001.

..... DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginates du droit. Le relatif et l'universel*. Paris : Seuil, 2004

..... Três desafios para um direito mundial. RJ: Lumen Juris, 2003.

DIMOULIS, Dimitri e outros. *Justiça de transição no Brasil. Direito, Responsabilização e Verdade*. Editora Saraiva, São Paulo, 2010, pág 11.

FEITOSA, Elisa Geralda, MIRANDA, Francisco Alves de, NEVES, Wilson da Silva. *Filosofia: alguns de seus caminhos no Ocidente*. 1º Ed. São Paulo, Baraúna, 2014, pág 256

FERRAJOLI, L. *A Soberania no Mundo Moderno*. SP: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA BASTOS, Lúcia Elena Arantes. *A Lei de Anistia brasileira: os crimes conexos, a dupla via e aos tratados de Direitos Humanos*. Disponível em < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67820/70428> > Acesso em 14/01/2015. Fontes, 2002.

FOUCAULT, *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977

GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar – para uma justiça internacional*. Lisboa: Piaget, 2004.

GASPARI, Elio. *A Ditadura Derrotada*. São Paulo: Companhia da Letras, 2003.

GRANDINO RODAS, João. *Jus Cogens em Direito Internacional*. Revista da Faculdade de Direito da USP, 1974

HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. São Paulo: Vértice, 1990. História do Departamento de História da PUC-SP. São Paulo, 1981

HESÍODO. *Teogonia, a Origem dos Deuses*. Editora Iluminuras. São Paulo, 1995

HAYNER, P. B. *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*. New York City, US NY: Routledge, 2001,

HAYNER, Priscilla B. . *Comisiones de la verdad: resumen esquemático*, 2006, pág. 1 Disponível em https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_862_hayner.pdf (acesso em 05 de janeiro de 2015).

HAYNER, Priscilla B. . *Comisiones de la verdad: resumen esquemático*, 2006, pág. 2.

JAPIASSU, Carlos Eduardo. MIGUENS, Marcela Siqueira. *JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: uma aplicação dos princípios de Chicago à realidade brasileira*.

JAKOBS, Gunther. MELIÁ, Manuel Câncio. Direito Penal no inimigo: noções e; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

JOPPERT SWENSSON JR, Lauro. Constitui a anistia obstáculo para a justiça de transição brasileira?. Disponível em <<http://migre.me/kuzHg>> acesso em 16/04/2014.

_____. Justiça de Transição no Brasil: Direito, responsabilização e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Letras e Artes 06/ 74, Caderno nº 16, RJ:PUC, 1974.

_____. Mandela, Hannah Arendt e o Perdão. Disponível em <<http://rafaelcosta.jusbrasil.com.br/artigos/112207404/mandela-hannah-arendt-e-o-perdao-celso-lafer>> Acesso em 07/08/2014.

LEI No 6.683, DE 28 DE AGOSTO DE 1979, disponível em <http://www.planalto.gov.br/> > Acesso em 08/01/2015.

MACHADO FILHO, Sebastião. Introdução ao humanismo jurídico. Revista de informação legislativa, v. 21, n. 84, p. 5-26, out./dez.).”. Disponível em < <http://www.college-de-france.fr/> > Acesso em 08/01/2015.

MARIGHELLA, Carlos. Manual do Guerrilheiro Urbano. 1969.Pág. 04. Disponível em < <http://migre.me/o8NoE> > Acesso em 15/01/2015.
Martins e Ulfrid Neumann. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados Internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.Paris:Collège de France, Fayard, 2003.

MEYER, Emílio Peluso Neder. Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, 2012.

NASSER, Salém Hikmat. Jus cogens: ainda esse desconhecido. Revista de Direito FGV2 V. 1 N. 2 | P. 161 – 178.

NORA, Pierre. Entre Memória e História. Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em História do Departamento de História da PUC-SP. São Paulo, 1981

NORONHA, M. Magalhães, Direito Penal, volume 1, 35º edição, São Paulo: Saraiva, 2000

OLIVEIRA, Luciano. NÃO FALE DO CÓDIGO DE HAMURÁBI! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. Disponível em <http://www.uniceub.br/media/180293/Texto_IX.pdf> Acesso em 28/01/2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. Informe de Diane Oretlicher, experta independente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/ Add.1., 8/2/2005, pág.8.

PASTOR, Daniel R. “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desperestigio actual de los derechos humanos”. Nueva Doctrina Penal, Edit. del Puerto, Buenos Aires, mayo 2005. Disponível em <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm> Acesso em 24/01/2015.

Petição do Conselho Federal da OAB, 2008, p. 28-29. Disponível na íntegra em < <http://www.stf.jus.br/> > Acesso em 14/01/2015.

PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da FMP, n.º 4, Porto Alegre: FMP, 2009, p. 117

Programa Nacional de Direitos Humanos 3 (PNDH 3), pág. 212. O documento completo está disponível: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/direito-para-todos/programas/pdfs/programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-3>.

RAWLS, J. O Direito dos Povos. SP: Martins Fontes, 2004.

RICOEUR, Paul. A memória, a história, o esquecimento. Tradução: Alain François. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 2007

ROLLEMBERG, Denise. O apoio de Cuba à luta armada no Brasil: o treinamento guerrilheiro. Rio de Janeiro: Mauad, 2001

SILVA, Mônica Paraguassu Correia da. Presunção de inocência : | uma questão de princípio de vingança e de princípio de justiça. Niterói, Eduff. 2011.

SIMON, Pedro. A reconstrução da democracia – Brasília : Senado Federal, 2006.

TODOROV, Tzevetan, “Les limites de la justice” [Os limites da justiça]. In: [Crimes internacionais, jurisdições internacionais. Valor, política e direito], Manole , Barueri, SP, 2004.

TRINDADE, A. A. Cançado. Apresentação. In: ALVES, José A. Lindgreen. Os direitos humanos como tema global. São Paulo: Perspectiva, 1994

U. NEUMANN, L.J. Swensson Junior, A. Martins e D. Dimoulis, Justiça de Transição no Brasil, São Paulo: Saraiva, São Paulo, 2010

VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. In A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada. Ministério da Justiça, Brasília, 2011.

WACQUANT, Loic. PUNIR OS POBRES: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2ª ed. Col. Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte geral /4 ed. rev. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002. .

ANEXO I - Processos de Anistia distribuídos por Ano²⁶⁵

Ano	Deferidos	Indeferidos	Total
2001	19	2	21
2002	1.683	451	2.134
2003	1.446	4.231	5.677
2004	3.306	4.232	7.538
2005	3.182	1.409	4.591
2006	6.227	594	6.821
2007	8.613	1.809	10.422
2008	5.434	3.351	8.785
2009 (até 05/06)	1.057	524	1.581
Total	30.967	16.603	47.570

Fonte: Comissão de Anistia do Ministério da Justiça

²⁶⁵ Processos administrativos com pleito de indenização pecuniária no âmbito da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça.

ANEXO II - Valor médio das indenizações – por ano

Ano	Média da prestação única (R\$)	Média da prestação mensal (R\$)	Média do valor retroativo (R\$)
2001	41.657,14	5.648,33	528.642,04
2002	59.340,91	3.860,24	335.923,16
2003	65.195,33	3.568,73	248.198,89
2004	65.662,77	4.492,74	363.178,97
2005	65.706,93	3.383,38	330.599,27
2006	54.188,19	3.027,10	400.833,03
2007	58.012,96	3.712,19	302.050,11
2008	55.411,12	2.126,71	301.520,70
2009 (até 05/06)	69.553,63	2.359,10	214.578,85

Fonte: Comissão de Anistia do Ministério da Justiça

ANEXO III - Valor total de indenizações – por ano

Ano	Total de prestação única (R\$)	Total da prestação mensal (R\$)	Total de retroativos (R\$)
2001	583.200,00	16.945,00	1.998.716,83
2002	10.444.000,00	5.651.393,11	498.279.783,07
2003	7.823.439,45	4.675.033,53	326.000.013,22
2004	15.168.100,00	13.078.352,94	1.058.536.466,36
2005	24.640.100,00	2.652.566,00	259.778.892,41
2006	35.113.950,00	2.082.642,95	276.085.787,26
2007	39.622.850,00	1.065.399,01	86.688.380,75
2008	36.128.050,00	1.131.412,02	160.409.012,26
2009 (até 05/06)	8.624.650,00	580.339,10	52.786.397,78
Total	169.523,689,45	30.353.744,56	2.667.777.052,16*

Fonte: Comissão de Anistia do Ministério da Justiça

**ANEXO IV - Convention sur L'imprescriptibilité des Crimes de Guerre et des Crimes
Contre L'humanité, 26 Novembre 1968.**

ÉTATS PARTIES	RATIFICATION ADHÉSION	RÉSERVE DÉCLARATION
<u>Afghanistan</u>	22.07.1983	<u>22.07.1983</u>
<u>Albanie</u>	19.05.1971	<u>19.05.1971</u>
<u>Argentine</u>	26.08.2003	
<u>Arménie</u>	23.06.1993	
<u>Azerbaïdjan</u>	16.08.1996	
<u>Bélarus</u>	08.05.1969	<u>08.05.1969</u>
<u>Bolivie</u>	06.10.1983	
<u>Bosnie-Herzégovine</u>	01.09.1993	
<u>Bulgarie</u>	21.05.1969	<u>21.05.1969</u>
<u>Cameroun</u>	06.10.1972	
<u>Costa Rica</u>	27.04.2009	
<u>Croatie</u>	12.10.1992	
<u>Cuba</u>	13.09.1972	<u>13.09.1972</u>
<u>Estonie</u>	21.10.1991	
<u>Fédération de Russie</u>	22.04.1969	<u>22.04.1969</u>
<u>Gambie</u>	29.12.1978	
<u>Géorgie</u>	31.03.1995	
<u>Ghana</u>	07.09.2000	
<u>Guinée</u>	07.06.1971	<u>07.06.1971</u>
<u>Honduras</u>	16.08.2010	
<u>Hongrie</u>	24.06.1969	<u>24.06.1969</u>
<u>Inde</u>	12.01.1971	
<u>Kenya</u>	01.05.1972	

<u>Koweït</u>	07.03.1995	
<u>l'ex-République yougoslave de Macédoine</u>	18.01.1994	
<u>Lettonie</u>	14.04.1992	
<u>Libéria</u>	16.09.2005	
<u>Libye</u>	16.05.1989	
<u>Lituanie</u>	01.02.1996	
<u>Mexique</u>	15.03.2002	<u>15.03.2002</u>
<u>Mongolie</u>	21.05.1969	<u>21.05.1969</u>
<u>Monténégro</u>	23.10.2006	
<u>Nicaragua</u>	03.09.1986	
<u>Nigéria</u>	01.12.1970	
<u>Palestine</u>	02.01.2015	
<u>Panama</u>	21.06.2007	
<u>Paraguay</u>	23.09.2008	
<u>Pérou</u>	11.08.2003	<u>11.08.2003</u>
<u>Philippines</u>	15.05.1973	
<u>Pologne</u>	14.02.1969	<u>14.02.1969</u>
<u>République de Moldova</u>	26.01.1993	
<u>République démocratique populaire lao</u>	28.12.1984	<u>28.12.1984</u>
<u>République populaire démocratique de Corée</u>	08.11.1984	
<u>République tchèque</u>	22.02.1993	
<u>Roumanie</u>	15.09.1969	<u>15.09.1969</u>
<u>Rwanda</u>	16.04.1975	
<u>Saint-Vincent-et-les-Grenadines</u>	09.11.1981	
<u>Serbie</u>	12.03.2001	
<u>Slovaquie</u>	28.05.1993	

<u>Slovénie</u>	06.07.1992	
<u>Tunisie</u>	15.06.1972	
<u>Ukraine</u>	19.06.1969	<u>19.06.1969</u>
<u>Uruguay</u>	21.09.2001	
<u>Viet Nam</u>	06.05.1983	<u>06.05.1983</u>
<u>Yémen</u>	09.02.1987	

Fonte: https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=435