

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PATRICIA HELENA DAHER LOPES

**A LEI DE ANISTIA, SUA INTERPRETAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

CURITIBA

2013

PATRICIA HELENA DAHER LOPES

**A LEI DE ANISTIA, SUA INTERPRETAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Flavia Piovesan

CURITIBA

2013

PATRICIA HELENA DAHER LOPES

**A LEI DE ANISTIA, SUA INTERPRETAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Flavia Cristina Piovesan
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Roberto Baptista Dias da Silva
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. Francisco Carlos Duarte
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba (PR), de dezembro de 2013.

AGRADECIMENTOS

“A todos que foram vítimas de tortura ou qualquer tratamento desumano ou degradante, não deixem que o medo e o tempo silencie a verdade.”

À minha orientadora, inspiração de dedicação, conhecimento, sabedoria, e, principalmente, humildade. Seguindo o seu exemplo, inicio os meus passos nesta nova empreitada.

Aos meus pais, Galvão e Ivanita, exemplo de vida e amor aos filhos, e aos meus irmãos Thelma e Junior, pelo apoio.

Aos Professores Carlos Frederico Marés de Souza Filho, César Lourenço Soares Neto, Rodrigo Rios e Shalom Moreira Baltazar, agradecimento especial, pelo apoio incondicional.

Ao meu noivo, Alessandro Panasolo, por tudo e por simplesmente ser quem é.

RESUMO

O Golpe de 1964 instaurou estado de exceção no país. Direitos e garantias fundamentais foram restringidos e suprimidos. Para investigar fatos subversivos e contrários ao regime de exceção instalado no país, pessoas foram seqüestradas, torturadas, assassinadas e os corpos desaparecidos. Durante a transição entre o regime ditatorial ao democrático, houve a publicação da Lei da Anistia, Lei nº 6.683/1979. Foi difundido que seu conteúdo concedeu o perdão a todos. Optou-se pela suposta transição amigável. O Estado brasileiro não realizou a efetiva investigação dos fatos ocorridos e a responsabilização civil e criminal dos que perpetraram crimes contra a humanidade em nome da ordem estatal. Há apenas uma reparação civil decorrente do pagamento de indenização. O presente trabalho analisa a lei de anistia brasileira sob o enfoque dos tratados e princípios fundamentais de Direitos Humanos e dos sistemas internacionais de tutela de tais direitos, com abordagem específica ao sistema interamericano. Aborda o controle de convencionalidade de leis nacionais que concedem anistia conforme a normatização internacional de proteção de Direitos Humanos. Ainda, se as leis de autoanistia efetivamente promovem a paz e a transição amigável, sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito e com as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Lei de anistia. Golpe militar. Justiça de transição. Direitos humanos. Corte Interamericana de direitos humanos.

ABSTRACT

The military coup of 1964 initiated a state of emergency in the country. Fundamental rights and guarantees have been restricted and suppressed. To investigate facts subversive and anti-regime, people were kidnapped, tortured, murdered and the bodies disappeared. During the transition from dictatorship to democracy, there was the publication of the Amnesty Law, Law No. 6.683/1979. It was widespread that its content has granted pardon to all. There was a supposedly friendly transition. The Brazilian government has not conducted an effective investigation of the events and the civil and criminal liability of those who perpetrated crimes against humanity on behalf of the state order. There is only one repair personnel resulting from the payment of compensation. This paper analyzes the Brazilian amnesty law from the standpoint of treaties and principles of human rights and international systems of protection of such rights, with specific approach to inter-American system. Discusses the control of conventionality of national laws that grant amnesty with the international norms of protection of Human Rights. And if the laws of autoanistia are compatible with the democratic rule of law and American Court of Human Rights.

Keywords: Amnesty law. Military coup. Transitional justice. Human rights. American court of human rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 O CONTEXTO POLÍTICO E JURÍDICO DA APROVAÇÃO DA LEI DA ANISTIA BRASILEIRA.....	12
2.1 INTRODUÇÃO.....	12
2.2 APROVAÇÃO DA LEI DA ANISTIA – CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA, POLÍTICA E JURÍDICA.....	13
3 O COMBATE À TORTURA NOS SISTEMAS GLOBAL E INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	34
3.1 INTRODUÇÃO.....	34
3.2 CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES.....	39
3.3 CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR E PUNIR A TORTURA (1985).....	49
4 CRIME DE TORTURA E OS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE OU LESA HUMANIDADE – SISTEMAS GLOBAL E INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	54
4.1 SISTEMAS JUDICIAIS DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL – JURISDIÇÃO CRIMINAL.....	54
4.1.1 Tribunal de Nuremberg.....	54
4.1.2 Tribunal Penal Internacional para a Ex-Yugoslávia.....	56
4.1.3 Tribunal Penal Internacional para Ruanda.....	58
4.1.4 Corte Especial para Sierra Leone.....	60
4.1.5 Tribunal Penal Internacional.....	61
4.1.6 Características comuns das cortes internacionais.....	68
4.2 SISTEMAS JUDICIAIS DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL - JURISDIÇÃO CÍVEL.....	69
4.2.1 Crime de tortura e os crimes contra a humanidade ou lesa humanidade sob o enfoque da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	70
4.3 SISTEMAS INTERNACIONAIS (GLOBAL E INTERAMERICANO) NÃO JUDICIAIS DE APURAÇÃO, INVESTIGAÇÃO E JULGAMENTO DE CRIMES DE TORTURA.....	113
4.3.1 Sistema global.....	113
4.3.1.1 Comissão de Direitos Humanos.....	113

4.3.1.2 Comitê das Nações Unidas contra a Tortura.....	115
4.3.1.3 Relator especial das Nações Unidas contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.....	115
4.3.1.4 Outros mecanismos.....	116
4.3.2 Sistema Regional Americano.....	116
4.3.2.1 Comissão interamericana de direitos humanos.....	116
4.4 SISTEMA GLOBAL, REGIONAL INTERAMERICANO E LOCAL DE PROTEÇÃO – O DIALÓGO ENTRE AS DIFERENTES ESFERAS.....	119
5 A LEI DE ANISTIA BRASILEIRA, TRATADOS INTERNACIONAIS E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA.....	121
5.1 INTRODUÇÃO.....	121
5.2 OS FATOS QUE SÃO PASSÍVEIS DE PERDÃO.....	125
5.3 LEI DE ANISTIA BRASILEIRA - DIVERGÊNCIAS INTERPRETATIVAS.....	132
5.4 LEI DE ANISTIA BRASILEIRA, ADPF n° 153 E O JULGAMENTO DO STF.....	150
5.4.1 Contexto.....	150
5.4.2 Julgamento no STF - argumentos da posição majoritária favorável à recepção da lei de anistia pela constituição federal de 1988.....	152
5.4.3 Julgamento no STF - argumentos da posição minoritária contrária à recepção da lei de anistia pela constituição federal de 1988.....	181
5.5 JULGAMENTO DA ADPF N°153 PELO STF VERSUS JULGAMENTO DO CASO GOMES LUND PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: RESULTADOS OPOSTOS OU COMPATIBILIZAÇÃO POSSÍVEL - CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	187
6 CONCLUSÃO.....	200
REFERÊNCIAS.....	204

1 INTRODUÇÃO

O Golpe de 1964 instaurou estado de exceção no país. O Ato Institucional número 5, de 13 de dezembro de 1968, restringiu direitos e garantias fundamentais, dentre elas, a proibição de atividades e manifestações políticas (artigo 5º da mencionada legislação), o fechamento do Congresso Nacional pelo período de um ano, suspensão do *habeas corpus* para os crimes políticos, a possibilidade de se legislar através de decreto-lei, dentre outras medidas. O soberano legislava e administrava, logo, houve concentração de poderes. Nos termos de Giorgio Agamben, “o estado de exceção não é um direito especial (como o direito da guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito limite”¹. Ainda, “a expressão plenos poderes (*pleins pouvoirs*) com que, às vezes, se caracteriza o estado de exceção refere-se à ampliação dos poderes governamentais e, particularmente, à atribuição ao executivo do poder de promulgar decretos com força-de-lei”².

Para lidar com a nova ordem subversiva e terrorista, foram criados os DOI-CODI, Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna. Publicamente conhecidos como centros de violenta repressão às oposições ao governo militar, eram órgãos pertencentes ao Exército Brasileiro cujo objetivo era investigar os fatos “comunistas”, subversivos e terroristas³ e que atentavam contra o regime instaurado, o governo, a família, a religião e os bons costumes. Sob tal justificativa, isto é, a investigação de fatos subversivos e contrários ao regime de exceção instalado no país com o golpe ditatorial de 1964, pessoas foram seqüestradas, torturadas, assassinadas e, em sua maioria, desaparecidas. Sobre o tema, cite-se novamente, Giorgio Agamben:

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por alguma razão, pareçam não integráveis ao sistema político⁴.

O seqüestro, a tortura, o desaparecimento, o homicídio entre outras ações que afrontaram os direitos fundamentais, perpetrados durante o período da ditadura, não são meras histórias narradas para desestabilizar o regime. Alguns fatos são mencionados no relatório

¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 15.

² Id., 2004, p. 17.

³ Denominações utilizadas pelo Major Freddie Perdigão Pereira na Monografia apresentada à Escola de Comando e Estado Maior do Exército, elaborada em 1977, cujo título é o Destacamento de Operações de Informações (DOI) no Exército Brasileiro – Histórico Papel de Combate à Subversão. Disponível em: <http://www.prr3.mpf.gov.br/index.php?option=com_remository&Itemid=176&func=select&id=145/>.

⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 13.

oficial da Presidência da República, publicada no livro *Direito à Memória e à Verdade*, Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos⁵; *Direito à Memória e à Verdade: luta, substantivo feminino*⁶; *A realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal*⁷. Há, ainda, outras obras que realizaram a reconstituição de fatos e depoimentos por entidades não governamentais, tais como, *Brasil: nunca mais*⁸. Outros, ainda, foram reconhecidos através de decisões judiciais, tal como o famoso caso Vladimir Herzog, que resultou na condenação da União a pagar indenização aos familiares do jornalista e o caso do Sargento Manuel Raimundo Soares, narrada na obra *Direito na história: o caso das mãos amarradas*⁹. Há, também, inúmeros outros relatos, alguns conclusivos; outros, somente podem ser reveladores com a narrativa dos personagens ainda vivos da história e que, ante a incidência da lei de anistia, calaram-se uma vez que, supostamente, não possuem o dever de reconstituir a verdade.

Durante a transição entre o regime ditatorial ao democrático, houve a publicação da Lei da Anistia, Lei nº 6.683/1979. Foi difundido que seu conteúdo concedeu o perdão a todos - torturados e torturadores, subversivos e defensores do regime, terroristas e agentes estatais. Não houve a distinção entre a vítima e seu algoz. Ambos mereciam o perdão estatal, com o suposto retorno ao “*status quo ante*”, tal como a reversão ou retorno do servidor civil ou militar ao cargo outrora ocupado. Optou-se pela difundida transição amigável como se o estado de exceção instaurado pelo regime militar tivesse sido um mal necessário e, se torturadores praticaram delitos, é porque houve atos atentatórios à ordem vigente, perpetrados pelos próprios torturados. Assim, agentes estatais somente agiram sob o suposto manto da necessidade para manter a ordem e a paz pública.

A Lei número 9.140, de 4 de dezembro de 1995, com as alterações da Lei nº 10.875, de 1º de junho de 2004, reconheceu o direito à indenização aos perseguidos políticos, bem como a seus familiares, e instituiu a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Esta lei representou um marco na história de reparação das atrocidades uma vez que foi a primeira a determinar pagamento de indenizações pelo Estado brasileiro. Após a ela,

⁵ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos. **Direito à memória e à verdade**: Comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

⁶ MERLINO, Tatiana. OJEDA, Igor (Org.). **Direito à memória e à verdade**: luta, substantivo feminino. São Paulo: Editora Caros Amigos, 2010.

⁷ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Brasil Direitos Humanos, 2008**: a realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal. Brasília: SEDH, 2008.

⁸ ARNS, Paulo Evaristo. **Brasil: nunca mais**. São Paulo: Vozes, 2003.

⁹ O Direito na História. Tribunal Regional Federal na 4ª Região, Coordenadoria de Documentação. Número 1, mar/out. 2008. Porto Alegre: TRF4a Região, 2008.

seguiu-se a Lei n° 10.559, de 13 de novembro de 2002, que criou a Comissão de Anistia e o regime do anistiado político. Por último, em 18 de novembro de 2011, surge a Lei n° 12.528, que criou a Comissão Nacional da Verdade. Portanto, pode-se argumentar, que há parcial reconhecimento pelo Estado brasileiro dos fatos ocorridos à época ante o pagamento de indenizações pela União. Há, ainda, a Emenda Constitucional n°26, de 27 de novembro de 1985, e os artigos 8° e 9° do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Sobre o acesso aos arquivos, há a Lei n° 11.111, de 11 de maio de 2005, Lei n°12.527, de 18 de novembro de 2011.

O Estado brasileiro não buscou, até o presente momento, a efetiva investigação dos fatos ocorridos e a responsabilização civil e criminal dos que perpetraram os mencionados delitos. Na lição de Flavia Piovesan (2009), com fulcro nos Tratados de Direitos Humanos assinados pelo Brasil, destacam-se quatro direitos: “(a) direito a não ser submetido à tortura; (b) direito à justiça; (c) direito à verdade; e (d) direito à prestação jurisdicional efetiva, na hipótese a violação a direitos (direito a remédios efetivos)”¹⁰.

No Brasil, ao contrário dos demais países da América Latina, tal como o Chile, que logo após a redemocratização se preocuparam em instaurar comissões da verdade, esta somente foi criada em 2011, com a Lei n°12.528. Ademais, os agentes estatais com atribuições criminais, tais como, a Polícia Federal, Ministério Público Federal e Poder Judiciário, na sua maioria, interpretam e aplicam a Lei de Anistia, tal como foi defendida pelo regime autoritário, impedindo, assim, a apuração dos fatos e a responsabilização criminal dos envolvidos. Há, apenas, a reparação decorrente do pagamento de indenização. Mas, há a necessidade da busca pela verdade e pela justiça com a punição dos infratores. Deve haver a reconstituição dos fatos através de relatos de testemunhas, mas, principalmente, o depoimento dos agentes estatais envolvidos, que possuem as informações essenciais para reconstituí-los. Caso contrário, não há nem a verdade e nem a justiça. Aos familiares das vítimas, negou-se-lhes o direito de enterrar os seus mortos; à sociedade em geral, nega-se o direito de conhecer a história que a todos pertence. Para haver esquecimento, deve haver a lembrança. A amnésia coletiva imposta não consegue gerar o esquecimento que ela proclama. Este só ocorrerá quando houver a *anamnese* coletiva.

Assim, o presente trabalho analisa a lei de anistia brasileira, o contexto histórico e político de sua aprovação, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento

¹⁰ PIOVESAN, Flavia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Lei de Anistia: o caso brasileiro. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

da ADPF nº153 e o controle de convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Aborda-se, ainda, as normas internacionais (tratados e convenções) de proteção dos Direitos do Homem, especificamente os tratados que versam sobre eliminação da tortura, e as formas de controle de sua aplicação no plano internacional.

2 O CONTEXTO POLÍTICO E JURÍDICO DA APROVAÇÃO DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA

“Anistia é um ato pelo qual os governos resolvem perdoar generosamente as injustiças e os crimes que eles mesmos cometeram”.
Aparício Torelly, o Barão de Itararé

“Que ingenuidade a minha pedir aos donos do poder a reforma do poder.” Giordano Bruno

2.1 INTRODUÇÃO

Importante se fazer um estudo contextualizado do Golpe de Estado de 1964 e da aprovação da Lei de Anistia brasileira, conforme ensinamento de Andrey Borges de Mendonça.¹¹ Tal como defende Joaquim Herrera Flores, todo o fenômeno social tem a sua causa uma vez que *“nada é causa em si mesmo”*¹². Não se pode esquecer que o contexto em que o homem se situa não determina, mas condiciona a sua forma de ver e entender o mundo. Isso é *“solo podremos sobrevivir y luchar con posibilidades de victoria si somos conscientes de los contextos em lo que estamos insertos”*¹³. Portanto, as revoluções, as manifestações sociais devem ser compreendidas dentro de seu contexto histórico, ou seja, como um produto social de seu tempo.

Sobre o Golpe de Estado de 1964, relevante, primeiramente, questionar se efetivamente pode-se classificar a nossa Ditadura como meramente militar, no sentido de se excluir qualquer participação ou apoio popular na sua implementação e manutenção. Afinal, não se pode esquecer que tal sistema ditatorial permaneceu no poder por mais de vinte anos, claro que com toda a sociedade sendo vítima das violações aos Direitos Fundamentais.

¹¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. **O Direito à Memória**: uma análise de seu conteúdo e efetividade no contexto brasileiro. Universidad Pablo de Olavide. Departamento de Derecho Público. Sevilla, Espanha, 2009. Tesis de Máster.

¹² FLORES, Joaquim Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009. p. 137.

¹³ FLORES, Joaquim Herrera. Hacia una visión compleja de los derechos Humanos. In: FLORES Herrera, Joaquim. El vuelo de anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal, Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000. p. 21-23. Citado por MENDONÇA, Andrey Borges de. **O Direito à Memória**: uma análise de seu conteúdo e efetividade no contexto brasileiro. Universidad Pablo de Olavide. Departamento de Derecho Público. Sevilla, Espanha, 2009. Tesis de Máster. p. 15. Tradução livre: *“somente poderemos sobreviver e lutar com possibilidades de vitória se somos conscientes dos contextos em que estamos inseridos”*.

Também se deve questionar até que ponto as estruturas de poder - enquanto transvestidas sob o manto da legalidade - não sofreram alterações para que o sistema ditatorial tivesse uma pseudo capa de legalidade.

Ainda, a prática reiterada da tortura, assassinato, desaparecimento forçado entre outros crimes pelos agentes de estado, que deveriam a todo custo preservar a integridade física, moral e psicológica de seus cidadãos, era um procedimento normal para fins de se apurar fatos que, à época, justificavam a violação aos Direitos Humanos. Recorde-se que tal justificativa não é novidade na história da humanidade e nem é e será a última a se verificar. O Estado Norte-Americano através do *USA Patriot Act*, de 26 de outubro de 2001, determinou que o estrangeiro capturado e acusado de práticas terroristas não é tratado como prisioneiro de guerra e não lhe é aplicado os direitos e garantias decorrentes de qualquer acusação.

Assim sendo, este trabalho mais do que apresentar respostas, objetiva causar dúvidas para que o leitor possa indagar a história do Brasil e (re)aprendê-la através de uma visão crítica em detrimento da imposta pela classe hegemônica. Como afirmou Hannah Arendt, para a devida compreensão histórica, os fatos não devem ser manipulados para justificar esta ou aquela opinião¹⁴.

2.2 APROVAÇÃO DA LEI DE ANISTIA - CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA, POLÍTICA E JURÍDICA

Teoricamente, há duas formas de transição de um regime autoritário para o democrático: através da revolução, quando se expulsa os antigos líderes do governo e se instaura um novo regime ocasionando a ruptura com o antigo. A outra ocorre através de negociações entre os representantes do novo regime com os do antigo. Ao contrário da primeira, nesta última não há quebra ou ruptura de regimes e nem a expulsão dos que eram partidários do antigo sistema. Este binômio cria a distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado que, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes no voto da ADPF

¹⁴ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Anti-semitismo. Imperialismo. Totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. 7. Reimp. São Paulo: Companhia das Letras. 1989. p. 29. afirmou a autora: “O filósofo preocupava-se com os manipuladores da lógica, enquanto o historiador vê obstáculos nos modernos manipuladores dos fatos, que destroem a própria história e sua inteligibilidade, colocada em perigo sempre que os fatos deixam de ser considerados parte integrante do mundo passado e presente, para serem indevidamente usados para demonstrar esta ou aquela opinião”.

nº 153, tal binômio "está sendo superado por soluções de compromisso, as quais abrem espaço para transações políticas que levam a uma determinada solução"¹⁵.

No Brasil não se adotou o primeiro sistema, isto é, os componentes da Ditadura Militar não foram, através de revolução ou pressão popular, expulsos do poder e no novo regime, processados e julgados pelos atos que praticaram. Ao contrário, defendia-se, à época, uma “transição lenta, gradual e segura”. Os próprios detentores do poder já haviam estabelecido os parâmetros para a transição. Questiona-se aos interesses de quem atenderia este tipo de passagem: à sociedade brasileira como um todo, aos que saíam do poder, aos que os apoiaram, aos que foram perseguidos pelo antigo regime? Eis uma questão a se refletir até para que hoje seja dado voz aos que outrora foram calados. Como disse Joaquin Herrera Flores, “nada é causa de si mesmo” e a opção por este tipo de transição, com certeza, atendeu aos anseios de determinada parcela da população e, conseqüentemente, quis abafar as vozes de boa parte da sociedade brasileira.

Quanto ao histórico da aprovação de lei de anistia, primeiramente é importante enunciar qual o significado de lei. Em sentido amplo, lei é derivado do latim *lex*, de *legere* (escrever) e significa o que está escrito¹⁶. Lei, no conceito jurídico, “é a ordem jurídica escrita, instituída pelo legislador, no cumprimento de um mandato que lhe é outorgado pelo povo”. Portanto, deste conceito observa-se que a lei não decorre mais da vontade divina como outrora, mas, sim, da vontade popular que é expressada através de seus representantes no legislativo. Logo, é pressuposto que toda lei é manifestação da vontade popular. Não se pode presumir que a sociedade possui vontade única e que não são necessários diálogos entre os movimentos sociais. Muitas vezes, uma lei aprovada atende às expectativas de uma parcela da população em detrimento de outra. Mas, deve-se concluir que, após o diálogo - e, ante a democracia, este é fundamental - aprova-se uma norma que a todos exerce força vinculante. A lei, portanto, é fruto do diálogo entre os representantes da sociedade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1986, ao responder uma opinião consultiva, considerou que a palavra lei "a palavra lei nos termos do artigo 30 da Convenção Americana, significa norma jurídica de caráter geral, vinculada ao bem comum, elaborada segundo o procedimento constitucionalmente estabelecido, por órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos"¹⁷.

¹⁵ STF. Tribunal Pleno. ADPF nº 153. Relator Ministro Eros Grau. Julgamento dia 29/04/2010. Voto do Ministro Gilmar Mendes.

¹⁶ SILVA, de Plácido. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 826.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), Opinión Consultiva sobre *La Expresión "Leyes" en el*

No caso da Lei nº6.683, de 28 de agosto de 1979, não se pode defender que houve propriamente o diálogo entre os representantes da sociedade e estes, em comum acordo, entenderam que a melhor política era a do esquecimento e perdão.

Em março de 1974, quando o Ernesto Geisel (1974 a 1979) assume a Presidência da República, inicia-se a implementação da política de abertura “lenta, gradual e segura”. Economicamente, o milagre econômico brasileiro deixou de ser tão milagroso. As políticas econômicas que outrora prometiam o crescimento do PIB do Brasil, sem ao menos se importar com as questões sociais, não apresentavam mais os mesmos índices de desenvolvimento. A Crise do Petróleo ocasionou reflexos importantes na economia nacional, promoveu o endividamento do país e a nossa dependência ao mercado externo.

Aliados aos problemas econômicos, o país sofria pressão interna e externa de movimentos sociais em favor dos Direitos Humanos. As denúncias de práticas de tortura, desaparecimento forçado e morte dos opositores políticos pelos agentes do estado já ecoavam no estrangeiro. Movimentos sociais, organismos internacionais faziam pressão internacional para que se restabelecesse a política de respeito aos direitos fundamentais.

Em 1975 ocorreu um caso emblemático e que afetou o curso da história no país: a morte do jornalista Vladimir Herzog. No dia 24 de outubro, Herzog, diretor de jornalismo da TV Cultura, foi convocado pelos agentes do II Exército a prestar depoimento sobre as suas ligações com o Partido Comunista. Ressalte-se que, à época, havia somente dois partidos permitidos no país: ARENA e MDB. O primeiro representante da situação e o outro, a oposição. Note-se que isto dava uma máscara de democracia ao regime. Logo, era proibido ser filiado a qualquer outro partido não reconhecido pelo regime. No dia seguinte, o jornalista atendeu ao pedido. O seu depoimento foi prestado sob sessão de tortura. No mesmo dia, Vladimir foi encontrado morto. Oficialmente divulgou-se que houve o suicídio por enforcamento¹⁸. A morte de Herzog ocasionou protestos da imprensa, mobilizou a sociedade em defesa dos Direitos Humanos.

Poucos meses após a morte de Herzog, em 1976, o operário e metalúrgico Manoel Fiel Filho, preso em 16 de janeiro na fábrica onde trabalhava, a Metal Arte, por dois agentes do

Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1986), Serie A, n. 6. Tradução livre. Consta no original: "en los términos del artículo 30 de la Convención Americana significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, elaborada según el procedimiento constitucionalmente establecido, por órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos".

¹⁸ Disponível em: <<http://www.desaparecidospoliticos.org.br/>>. Acesso em: 6 jan. 2011. É famosa a foto divulgada para atestar o suposto suicídio: o jornalista dependurado nas grades da cela, com as pernas dobradas. Mas, o mais trágico é perceber que esta morte foi atestada como suicídio por três peritos: Harildo Toledo, Armando Rodrigues e Harry Shibata. Não bastasse a barbárie e a ilegalidade da morte, ainda é utilizado o aparato estatal para legitimar os atos e dar uma aparência de legalidade.

DOI-CODI/SP, que se diziam funcionários da Prefeitura, sob a acusação de pertencer ao Partido Comunista Brasileiro. No dia seguinte os órgãos de segurança emitiram nota oficial afirmando que Manoel havia se enforcado em sua cela com as próprias meias, naquele mesmo dia 17, por volta das 13 horas¹⁹. À época fora, feitos comentários irônicos de que Herzog e outras vítimas haviam sido “suicidadas pela Ditadura”.

Os dois casos mobilizaram a opinião popular e a opinião internacional sobre os fatos ocorridos no Brasil. Nos anos que se seguiram, diversos setores da sociedade se manifestaram contra o regime. Os jornalistas, intelectuais e artistas se rebelaram contra a censura e contra a perseguição de seus colegas²⁰. Os trabalhadores se opunham à intervenção governamental no sindicato e à perseguição dos que protestavam por melhores condições de trabalho. Os estudantes e professores se rebelaram contra a polícia política instalada nas universidades e contra a perseguição de seus professores e colegas. Alguns líderes religiosos aderiram aos protestos e ajudavam os perseguidos e seus familiares²¹. Diante de tais circunstâncias, como o sistema não era mais passível de ser mantido, os militares optaram pela abertura política sob próprio comando. Afinal, se era para passar o poder aos não-militares, que se escolhesse a quem seria entregue, até como uma forma de garantir a isenção de responsabilidade pelos atos praticados.

Os movimentos pela anistia, os Comitês Brasileiros pela Anistia, à época, pleiteavam: “não queremos liberdade pela metade. Anistia ampla, geral e irrestrita”²². Ampla para atingir todos os atos de manifestação de oposição ao regime. Geral para todas as vítimas dos atos de exceção e irrestrita, isto é, sem discriminações ou restrições. Mas, de forma alguma, cogitou-se que a anistia também abranjeria os agentes estatais que cometeram crimes.

O projeto da lei de anistia de autoria do executivo foi enviado ao Congresso Nacional. Nesta casa, os militares não queriam que houvesse debate entre os representantes da sociedade. O objetivo era que ele fosse aprovado tal como enviado. Por isso, partidários da ARENA articularam-se para a sua aprovação de forma que atendesse aos interesses dos detentores do poder. Relembre-se que somente havia dois partidos reconhecidos pela

¹⁹ Disponíveis em: <<http://www.desaparecidospoliticos.org.br>>. Acesso em: 6 jan. 2011. Tal como no caso do jornalista Vladimir Herzog, a morte por suicídio foi atestada por dois médicos legistas: José Antonio de Mello e José Henrique da Fonseca.

²⁰ Notícia da época, porém sem data e sem autor, relata que a polícia fez de tudo para conter a indignação de seiscentas pessoas que acompanharam o enterro de Wladimir Herzog. Disponível em: <<http://www.desaparecidospoliticos.org.br>>. Acesso em: 6 jan. 2011.

²¹ Exemplificativamente, na Arquidiocese de São Paulo foi instalada a Comissão de Justiça e Paz. Disponível em: <<http://www.desaparecidospoliticos.org.br>>. Acesso em: 6 jan. 2011.

²² Cartaz disponível em: <<http://historiaeconsciencia.blogspot.com/2010/04/em-julho-de-1979-do-seculo-xx-ocorreu.html>>. Acesso em: 28 jan. 2011.

Ditadura: ARENA, partido do governo, e MDB, partido de oposição. Sobre este tema, afirma Heloisa Greco:

Trata-se do imperativo de manter o controle absoluto do processo nas mãos daqueles que se pretendem donos da história, os mesmo que detêm o poder de outorgar anistia, como determina a lógica do generoso consenso. O governo fecha a questão em torno de um discurso e um projeto cuja inaptidão para o diálogo é evidente²³.

Portanto, a participação do Congresso era meramente uma burocracia necessária para dar um véu de legalidade a uma norma que atendia aos interesses de uma classe que percebera que estava perdendo poder para que pudesse, tranqüilamente e sem o temor de responder pelas atrocidades que cometera, passar o controle de fato e de direito aos civis²⁴. A anistia tinha a conotação da conciliação para a renovação, tal como afirmou o general Figueiredo²⁵. Ainda, interessante notar como a lei de anistia foi divulgada como um favor, uma benesse que os militares concediam aos subversivos comunistas e terroristas em prol de uma pacificação social requerida pela sociedade²⁶. Sobre este tema, Heloisa Greco cita Danielle Forget:

No caso da anistia, os discursos do governo evidenciarão o primeiro aspecto, a saber, que a anistia é um favor, um dom a ele pertencente. Ora: um dom concedido projeta uma imagem da relação entre os participantes: subentende uma posição de autoridade da parte daquele que o outorga. O locutor se coloca na posição daquele que faculta, permite e autoriza a anistia. Por conseguinte, ele é imediatamente associado à idéia de generosidade, já que, julgado pelas convenções, concede a anistia de bom grado. O papel atribuído a si mesmo pelo locutor comporta conseqüências para o destinatário, colocado sob o ponto de vista discursivo na posição daquele que deve favor ao locutor em troca da graça recebida. Pode-se também constatar o empenho que caracteriza, em termos discursivos, a relação entre os participantes dos atos a conceder e receber²⁷.

Fato interessante a se lembrar, para que inclusive se tenha a noção de como a nossa política ainda vive com os personagens da época da ditadura e como isto ainda reflete na

²³ GRECO, Heloisa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. Tese. 2003. 269f. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/VGRO-5SKS2D/1/tese.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

²⁴ ZAVERUCHA, Jorge. **FHC**, forças armadas e polícia: entre o autoritarismo e a democracia (1999 – 2002), páginas 93/95 e 121/122. Ressalte-se que até hoje as Forças Armadas possuem poder, porém, não tão explícito. O seu orçamento é o terceiro maior do país depois da Previdência e Saúde. Além disso, quando se fala em reformas previdenciárias, que sempre pioram as regras para a aposentadoria, excluem-se os militares.

²⁵ GRECO, Heloisa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. Tese. 2003. 269f. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/VGRO-5SKS2D/1/tese.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2010. Frase contida no discurso do General Figueiredo ao remeter o projeto da Lei de Anistia ao Congresso Nacional.

²⁶ Inclusive é interessante perceber como a propaganda e os meios de comunicação foram sabiamente utilizados em favor da Ditadura. Através destes, vendia-se a imagem do comunista terrível, que iria acabar com a propriedade privada, em detrimento do necessário pulso forte dos militares para conter o avanço do mal.

²⁷ Id., 2003, p. 269.

história do país, é a trajetória do atual Senador José Sarney. Este era um dos líderes do governo militar à época que, posteriormente, muda de partido, torna-se vice de Tancredo Neves (MDB) e, com a morte deste, assume como Presidente da República. Com a morte de Tancredo antes de tomar posse, questionou-se, à época, se caberia ao Presidente da Câmara, Ulysses Guimarães, assumir a presidência, idéia que não teve apoio dos militares.

Logo, a primeira questão a ser levantada é efetivamente verificar o quanto a lei de anistia é uma lei, isto é, “a ordem jurídica escrita, instituída pelo legislador, no cumprimento de um mandato que lhe é outorgado pelo povo”. Primeiramente, conclui-se que, desde que se proibiu a existência e funcionamento de qualquer outro partido no país que não fosse a ARENA e o MDB, já se deve questionar qual o tipo de representatividade que tinha no Congresso²⁸. O quanto os parlamentares representavam e se sentiam livres para representar a vontade popular. Já se verifica, portanto, uma mácula na origem do projeto, retirando a sua legitimidade popular. Heloísa Greco afirma:

Assim, o caráter eminentemente monológico do discurso oficial se realiza no projeto de anistia parcial, que revela os vícios inerentes ao jogo parlamentar nos quadros do generoso consenso e o engodo representado pelo simulacro de legalidade, a peculiar embalagem cuidadosamente urdida pelo regime na busca da autopreservação²⁹.

Foi criada uma Comissão Mista do Congresso Nacional para realizar o estudo e parecer do Projeto de Lei número 14 de 1979-CN, de autoria do Executivo e enviado ao Legislativo em 27 de junho. Segundo Heloisa Greco, em que pese a dificuldade do Congresso e o simulacro de legalidade, é possível concluir que durante certo período houve debates democráticos em torno projeto em pauta. A greve de fome dos presos políticos, a aprovação pela Comissão Mista de visitas oficiais aos presídios, as reuniões dos Comitês Brasileiros de Anistia, atividades com a participação dos parlamentares filiados ao MDB, ainda, a convocação - por parte do MDB - de entidades representativas como o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, a Associação Brasileira de Imprensa, a Ordem dos Advogados do Brasil, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil a se manifestarem sobre o projeto trouxe, ainda que sob uma atuação precária do Congresso Nacional, um novo ar de discussão democrática, objetivo que não era respaldado pelo Executivo. Logo, tentou-se o

²⁸ Havia efetivamente democracia no país ou havia o resquício de instituições democráticas após o Golpe para dar a aparência de uma ditadura mais tênue? A liberdade política pressupõe a liberdade de criar, instituir, participar e se filiar a algum partido. Ainda, pressupõe o pluripartidarismo, tal como determina o artigo 17 da Constituição Federal de 1988.

²⁹ GRECO, Heloisa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. Tese. 2003. 269f. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/VGRO-5SKS2D/1/tese.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

diálogo entre os representantes da sociedade, ainda que nem toda a parcela da população tivesse sido ouvida, demonstrando a sensibilidade e a abertura do espaço parlamentar à sociedade que, teoricamente, era por este representada³⁰. Constan nos Relatórios do Congresso Nacional da Comissão Mista sobre Anistia:

O senador Nelson Carneiro quer, através de sua proposta, exatamente consultar ainda mais e, adiante, na consulta, as forças representativas, de uma forma ou de outra, da nação. Não basta apenas o Poder do Estado, seja de o próprio executivo, legislativo ou o judiciário, mas, neste assunto nós devemos estender o mais amplo possível o sistema de consultas, para que a nação fale e fale espontaneamente, não fale apenas pela sua representação parlamentar, mas fale por todos os seus segmentos, por aquelas entidades que a própria nação tem consagrado nesse tipo de luta. Quem tem falado em anistia? Quem tem lutado pela anistia? Quem ousava falar em anistia, quando muitos que integram hoje esta Comissão Mista ou fazem discurso em louvor da anistia em suas tribunas, quando muitos desses faziam discurso contra a anistia? Quem defendia? Era a OAB, entidades religiosas, não só a CNBB, mas das outras religiões, eram entidades estudantis, entidades de trabalhadores, representação da imprensa, especialmente a ABI, e eram os movimentos que se organizavam especificamente para a luta da anistia. Então [...] devemos ouvir o mais profundamente possível aqueles setores, aqueles segmentos, aqueles organismos que brotaram espontaneamente na luta pela anistia na sociedade nacional³¹.

Entretanto, tal permeabilidade ao diálogo não agradou ao Executivo, que somente queria a chancela do Legislativo, a aparência de legalidade, aos exatos termos do projeto apresentado. Coube aos deputados e senadores da ARENA desqualificar o trabalho da oposição. Assim, tanto se utilizavam de artifícios regimentais para boicotar a atuação do MDB, deixavam de participar das reuniões da Comissão Mista e, de inúmeras formas, a desqualificavam e a hostilizavam demonstrando que a função desta era meramente dar uma aparência de legalidade e democracia ao projeto que foi apresentado. Tal atuação nem era realizada de forma velada. Ao contrário, tal como noticiou a Folha de São Paulo, em artigo publicado em 11/08/1979, o relator do projeto, Senador Ernani Satyro, o líder da maioria no Senado, Senador Jarbas Passarinho, e, na Câmara, Deputado Nelson Marchesan, o presidente do partido Senador José Sarney, reuniram-se com o Ministro da Justiça Petrônio Portella para definir quais as emendas a serem aceitas pela ARENA ao projeto de anistia³².

³⁰ Heloisa Greco observa que, em que pese somente foram selecionadas tais entidades, as consideradas “*dialogáveis*”, não se pode esquecer que houve a tentativa da permeabilidade e sensibilidade aos movimentos sociais.

³¹ GRECO, Heloisa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. Tese. 2003. 269f. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/VGRO-5SKS2D/1/tese.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

³² FOLHA DE SÃO PAULO. 11 ago. 1979. A ARENA selecionará as emendas à anistia. Citado por GRECO, Heloisa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. Tese. 2003. 269f. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/VGRO-5SKS2D/1/tese.pdf>>. Acesso em: 20

Assim, todo o material obtido decorrente do diálogo com a sociedade, tal como, as propostas das entidades representativas chamadas a se manifestar, os relatórios de visitas aos presídios, a abertura dialógica que o MDB tentou implementar com representantes da sociedade é desconsiderado na Comissão uma vez que a maioria da ARENA, 13 parlamentares enquanto que o MDB tinha apenas 9, conseguiu, através do voto, derrubar qualquer proposta de emenda que não tivesse apoio do Executivo. O Senador Pedro Simon (MDB - RS) se manifestou na reunião final da Comissão Mista:

[...] Pelo contrário, toda a nação sabe e a imprensa noticiou que o relator, que os líderes da ARENA, no gabinete do Ministro da Justiça, estudaram emenda por emenda e decidiram lá, Sr. Presidente, lá no Poder Executivo, o que podia ser votado aqui. [...] Nenhuma das emendas um ilustre deputado ou senador arenista achou necessário que pelo menos nos anais do Congresso figurasse a argumentação pela qual rejeitavam. Rejeitavam pelo argumento da maioria. E pelo argumento da maioria recusaram-se sequer a debater com a oposição as causas pelas quais rejeitaram. É que as causas são tão evidentes, a lógica é tão precisa de que eles estavam cumprindo a tarefa, cumprindo a missão que, na verdade, não havia razão nem lógica pela qual argumentar. [...] as emendas que foram aprovadas foram aquelas que o Sr. Relator trouxe quando apresentou o seu relatório. Emendas que, todos nós sabemos, foi após a reunião com o ministro. Daqui do debate não saiu nada. Isto a história vai registrar³³.

Os defensores da anistia “ampla, geral e irrestrita” passam a apoiar o substitutivo do MDB, cuja redação contou com o apoio de Dalmo de Abreu Dallari, jurista da Comissão de Justiça e Paz, e João Paulo Sepúlveda Pertence³⁴, Conselheiro da OAB. Constava no projeto, resumidamente:

- evidentemente anistia ampla, geral e irrestrita;
- rejeição explícita da reciprocidade;
- reintegração dos servidores civis e militares, com todos os direitos garantidos;
- aposentadoria integral em caso de invalidez definitiva e pensão concedida aos dependentes em caso de morte;
- readmissão dos magistrados punidos mesmo não havendo vagas;
- permissão das providências cabíveis nos termos da legislação penal contra os servidores anistiados que tenham praticado atos de improbidade;
- inclusão dos trabalhadores destituídos dos cargos de direção sindical e reintegração dos empregados de empresas provadas dispensados com base em atos institucionais ou complementares, por participação em greve ou por qualquer outro motivo de ordem política;
- matrícula de todos os estudantes punidos com base no decreto-lei n. 477, de 26 de

dez. 2010.

³³ Atas da 8ª reunião, 16 de agosto de 1979. Congresso Nacional Comissão Mista sobre a Anistia. Anistia, v. 1, Brasília, 1982 citado por GRECO, Heloisa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. Tese. 2003. 269f. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/VGRO-5SKS2D/1/tese.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

³⁴ Sobre a "via sacra" da aprovação da lei de anistia, a atuação do Ministro Sepúlveda Pertence, à época, Conselheiro da OAB, vide entrevista na revista Carta Maior, obtida no site <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/PNDH-3-e-fiel-a-Constituicao-diz-Sepulveda-Pertence/4/15254>, acessado dia 15 de novembro de 2013.

fevereiro de 1969, e outros atos institucionais e complementares;
 - proibição da utilização de informações do aparelho repressivo sobre o anistiado para impedir o exercício de qualquer um de seus direitos;
 - garantia de emissão de passaporte para todos os brasileiros e do registro civil de seus filhos nascidos no exterior;
 - instauração de inquérito para apurar as circunstâncias dos desaparecimentos políticos, mediante representação dos familiares;
 - concessão de declaração de morte presumida para os familiares dos desaparecidos políticos³⁵.

A lei aprovada possui o seguinte teor:

Lei n. 6683, de 28 de agosto de 1979.

Concede anistia, e dá outras providências.

O Presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Artigo 1º - É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 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 e outros diplomas legais (vetado esta última parte).

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

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

§ 3º - Terá direito à reversão ao Serviço Público a esposa do militar demitido por Ato Institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do artigo 3º.

Artigo 2º - Os servidores civis e militares demitidos, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, poderão nos 120 (cento e vinte) dias seguintes à publicação desta Lei, requerer o seu retorno ou reversão ao serviço ativo:

I - se servidor civil ou militar, ao respectivo Ministro de Estado;

II - se servidor da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembléia Legislativa e de Câmara Municipal, aos respectivos Presidente;

III - se servidor do Poder Judiciário, ao Presidente do respectivo Tribunal;

IV - se servidor de Estado, do Distrito Federal, de Território ou de Município, ao Governador ou Prefeito.

Parágrafo único - A decisão, nos requerimentos de ex-integrantes das Polícias Militares ou dos Corpos de Bombeiros, será precedida de parecer de comissões presididas pelos respectivos Comandantes.

Artigo 3º - O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente será deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data de seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da Administração.

§ 1º - Os requerimentos serão processados e instruídos por comissões especialmente designadas pela autoridade à qual caiba apreciá-los.

§ 2º - O despacho decisório será proferido nos 180 (cento e oitenta) dias seguintes ao recebimento do pedido.

§ 3º - No caso de deferimento, o servidor civil será incluído em Quadro Suplementar e o militar de acordo com o que estabelecer o decreto a que se refere o artigo 13 desta Lei.

³⁵ GRECO, Heloisa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. Tese. 2003. 269f. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/VGRO-5SKS2D/1/tese.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

§ 4º - O retorno e a reversão ao serviço ativo não serão permitidos se o afastamento tiver sido motivado por improbidade do servidor.

§ 5º - Se o destinatário da anistia houver falecido, fica garantido aos seus dependentes o direito às vantagens que lhe seriam se estivesse vivo na data da entrada em vigor da presente Lei.

[...]

Artigo 7º - É concedida anistia aos empregados das empresas privadas que, por motivo de participação em greve ou em quaisquer movimentos reivindicatórios ou de reclamação de direitos regidos pela legislação social, hajam sido despedidos do trabalho, ou destituídos de cargos administrativos ou de representação sindical.

[...]

Artigo 9º - Terão os benefícios da anistia os dirigentes e representantes sindicais punidos pelos Atos a que se refere o artigo 1º, ou que tenham sofrido punições disciplinares ou incorrido em faltas ao serviço naquele período, desde que não excedentes de 30 (trinta) dias, bem como os estudantes.

Verifica-se, pelo conteúdo da lei aprovada, que a anistia não foi ampla, geral e irrestrita. Ampla para atingir todos os atos de manifestação de oposição ao regime. Geral para todas as vítimas dos atos de exceção e irrestrita, isto é, sem discriminações ou restrições. Ao contrário, a lei de anistia sofreu várias críticas por parte dos deputados e senadores do MDB. Leiam-se algumas frases da época:

Essa anistia tem o tamanho, tem a proporção exata de quem a está propondo, isto é, é uma anistia mesquinha, discriminatória, do tamanho do próprio governo, do tamanho da própria ditadura militar que tenta nos impô-la agora. Deputado Edison Khair (MDB- RJ).

Isto não é um projeto de anistia, mas, sim, um projeto de autoanistia, na medida em que ele procura, o regime e o governo, enganar, engodar o povo brasileiro. Deputado Freitas Diniz (MDB-MA).

A anistia, antes de tudo, é uma dívida da União, através de seus poderes constituídos - Executivo, Legislativo e Judiciário - uma dívida contraída com a sociedade brasileira. Esta dívida está sendo cobrada no Congresso Nacional. O governo resolveu apresentar uma proposta que representa 5% do valor da dívida.

É preciso perceber que o governo não tinha mais por onde fugir, acossado pela sociedade. Da queda imposta, resolveu, como no samba, sacudir a poeira e passar a perna por cima. Não dá anistia, serve-se dela. Esse jogo, evidentemente, tinha de ter um preço. Então haverá, sem dúvida, o benefício a algumas pessoas.

Quem julga da oportunidade e da extensão da anistia é a sociedade. Pois se os poderes da União existem, existem tão somente para servir aos bens coletivos - e nenhum bem é mais importante no atual processo evolutivo da civilização brasileira do que o da restauração da dignidade da lei, como regra de direito, se quer fazer deste País uma democracia. A sociedade clama por anistia ampla, geral e irrestrita. Senador Teotônio Vilela (MDB-AL).

Eu que repilo a violência, que repilo o terrorismo em todas as modalidades, pergunto: qual a diferença que existe entre um terrorista e um torturador? Qual é? São tipos do mesmo gênero, e, se ainda fosse preciso estabelecer uma ordem, creio que o terrorista, que em campo aberto pratica o seu ato vandálico, correndo os riscos de as sua ação, ainda é menos condenável do que aquele que, ungido de autoridade, abusando da lei, do silêncio das noites, protegido pela ausência de testemunhas, servindo-se de um objeto - porque já deixa de ser uma pessoa humana, para ser um objeto - exercer sobre um pobre, sobre um miserável objeto humano, a crueza dos seus instintos bestiais.

Votado hoje o projeto da anistia restrita ou da anistia mesquinha, ou da anistia

caolha ou da anistia paralítica, hoje, ainda hoje, daqui diremos ao Brasil: a nossa vitória está longe ainda de ser alcançada, mas, dia mais, dia menos, ela virá pela voz dos homens que, no fundo das trevas não perdendo a esperança, anunciavam ao Brasil a anistia para os brasileiros". Declaração de voto por escrito de 29 parlamentares do MDB - "Está em pauta no Congresso Nacional mais um projeto discriminatório. Através dele, anistia-se irrestritamente os torturadores e parcialmente os opositores do regime". Senador Paulo Brossard (MDB-RS).³⁶

Entretanto, esta posição não era consenso na nossa sociedade. Os partidários da ARENA se pronunciaram:

Anistia restritíssima, disse alguém, imoral, disse outro, e uma anistia que, em 2.260 pessoas anistiáveis, anistia 2.200, apenas 60 ficam do lado de fora. E ficam do lado de fora não se dizendo permanentemente. Ficam do lado de fora tendo o presidente da República autorizado a mim, como seu líder no Senado, dizer que este era o primeiro passo de uma primeira fase. Senador Jarbas Passarinho (Arena-PA).

A bancada do nosso partido traz hoje perante o Brasil esse projeto, assume o compromisso de votá-lo, assume o compromisso de prosseguir e, sobretudo, tem a consciência tranquila de que está aqui fazendo o máximo que pode, o máximo ao seu alcance, o máximo sem risco, o máximo sem anarquia, sem titubeio, sem que haja choques no País. Deputado Nelson Marchezan (Arena-RS).

É necessário, desde logo, afirmarmos que o governo e o partido que lhe dá apoio escolheram, como primeiro passo na abertura política e como primeira medida à conciliação nacional, a anistia restrita. Deputado João Linhares (Arena-SC).

O projeto do governo concede anistia ampla, não sendo irrestrita porque desse benefício exclui apenas cerca de 60 pessoas condenadas pela Justiça. Senador Aloysio Chaves (Arena-PA).

Este projeto constitui o máximo que se poderia fazer dentro daquele dever impostergável do Presidente da República de resguardar a ordem dessa Nação para que realmente possamos marchar para o desenvolvimento. Deputado Cantídio Sampaio (Arena-SP)³⁷.

Ainda, conforme entrevista concedida ao Jornal Estado de São Paulo, em 22 de agosto de 2009³⁸, pelo general Danilo Venturini, ex-chefe do Conselho de Segurança Nacional, e que juntamente com o Ministro da Justiça, Petrônio Portela, participou nos trabalhos de elaboração da lei de anistia, o general João Baptista Figueiredo foi o mentor da lei de anistia e que esta deveria ser ampla, geral e irrestrita. Ainda, queria que ela fosse fruto de unanimidade e que tivesse sido discutida com a oposição. A conclusão dessa obstinação, conforme palavras de Venturini, é que o texto levado ao Congresso pelo governo era mais amplo do que o do antigo MDB, que não previa, por exemplo, anistia aos exilados.

Ademais, o general Figueiredo, antes de assumir o governo em março de 1979, já

³⁶ Frases disponíveis em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,leia-o-que-os-politicos-disseram-quando-a-anistia-foi-aprovada,423049,0.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2011.

³⁷ Frases disponíveis em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,leia-o-que-os-politicos-disseram-quando-a-anistia-foi-aprovada,423049,0.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2011.

³⁸ Obtido no site <http://acervo.estadao.com.br/>, acesso em: 01 dez. 2010.

externava a sua vontade de uma lei de anistia porque ele foi, como se intitulava, órfão de pai vivo, isto é, ele não se conformava com o fato de seu pai ter passado cinco anos preso e de ter sido exilado por Getúlio Vargas. Portanto, o general Figueiredo repetia, tal como consta na entrevista, que "lugar de brasileiro é no Brasil".

Sobre o clima de polêmica no Congresso, o general Danilo Venturini afirmou:

O Passarinho detalha o clima vivido pelo Congresso quando ele apresentou o anteprojeto neste trecho que vou ler pra você: "Minha surpresa antes do debate que precedeu o encaminhamento da votação foi a apresentação pelo MDB de uma emenda, um verdadeiro substitutivo, cuja primeira assinatura era de Ulysses Guimarães, seguido de Paulo Brossard, e de outros grandes nomes da oposição. Qual a surpresa? É que a proposta do governo era mais ampla do que a deles porque projeto de lei do governo anistiava os exilados e o do MDB, não.

[...]

O Passarinho citou que Thales Ramalho (secretário-geral do PMDB) dizia que o projeto que o governo mandou para o Congresso era bem mais abrangente do que o da oposição. E Thales Ramalho chegou a dizer que se este substitutivo fosse aprovado o MDB corrigiria o erro apresentando emendas posteriores³⁹.

Sobre a lei aprovada, primeiramente, verifica-se que a legislação estabeleceu marcos temporais: somente se concede anistia aos fatos perpetrados entre 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Ainda, excetuam-se dos benefícios da anistia, os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. Sobre os parágrafos 1º e 2º do artigo 1º da Lei de Anistia, o deputado Djalma Marinho (ARENA - RN) apresentou a emenda ao projeto de lei com o seguinte conteúdo:

Substitua-se os parágrafos 1º e 2º por:

Parágrafo único: Consideram-se conexos aos crimes políticos, para os efeitos da presente anistia, além dos atos preparatórios e complementares de crime político, os crimes de qualquer natureza praticados por motivação política⁴⁰.

O autor da emenda, ciente da reciprocidade, isto é, que pela sua emenda perdoavam-se todos os perseguidos políticos e, ao mesmo tempo, os perseguidores defendeu:

A emenda é a única que efetivamente propunha uma anistia irrestrita. [...] o projeto da oposição não anistiava os torturadores. O projeto do governo não anistiava parte dos terroristas. Era como se cada lado protegesse a sua violência. Só a minha emenda anistiava a todos. E assim apagava o fato, o delito e a dolorosa história de anos recentes.

[...]

Tenho a anistia como uma proposta de pacificação. É iniciativa de inspiração

³⁹ O inteiro teor da entrevista dada ao Jornal Estadão do dia 22 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,venturini-o-grande-mentor-da-anistia-foi-figueiredo,423015,0.htm>. Acesso em: 20 jan. 2011.

⁴⁰ GRECO, Heloisa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. Tese. 2003. 269f. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/VGRO-5SKS2D/1/tese.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

política para fins políticos. O esquecimento dos fatos, a amnésia coletiva, em relação ao passado, é de sua essência e natureza. Perdoa-se a história. Não se perdoam os homens. Apagam-se da memória coletiva os traços do conflito, os marcos do radicalismo. A anistia não importa em julgamento. A abrangência é inerente ao conceito e à discriminação estranha aos elementos que a constituem⁴¹.

Em 22 de agosto de 1979, no dia da votação do projeto, acontecem fatos que tensionam as relações na sociedade: a greve de fome dos presos políticos na Instituição Frei Caneca completa 32 dias e o estado de saúde de todos é precário; bombas na rampa do Congresso por ocasião da manifestação pela anistia ampla, geral e irrestrita no dia anterior; ocupação das galerias do Congresso por pelo menos 600 militares⁴² a paisana, desde as 6 horas da manhã, para evitar a ocupação por manifestantes civis, entre outros fatos notáveis. Sobre este fato, consta nas notícias da época, bem como foi mencionado por Heloísa Amélia Greco, que os civis perceberam a ocupação pelos militares uma vez que todos tinham o corte de cabelo bem curto, tal como o padrão das Forças Armadas. Ainda, fato curioso foi que, na hora do lanche, eles se dirigiam a um dos banheiros e faziam fila para receber uma sacola com sanduíche, iogurte e bananas. Um dos soldados confessou que estava no local cumprindo ordens e que nem queria estar lá naquele momento⁴³.

Além disso, são organizadas caravanas pelas Comissões Brasileiras de Anistia e outras entidades civis para levar manifestantes a Brasília. Em detrimento de tal mobilização, foi espalhado pela cidade cartazes do “Comitê Brasileiro das Vítimas do Terrorismo” e “Comitê das Viúvas”.

No Congresso a composição era a seguinte: 231 deputados e 41 senadores arenistas contra 189 deputados e 26 senadores do MDB. O substitutivo do MDB foi derrotada por 209 votos em detrimento de 194 votos a favor, ou seja, teve 12 votos de arenistas dissidentes. A emenda Djalma Marinho recebeu 201 votos a favor e 206 contra. A aprovação da lei não ocorreu através de votação nominal, mas sim da votação dos líderes dos dois partidos⁴⁴.

Na manhã do dia 22 de agosto, eoa do Palácio do Planalto que, ou se aprova o projeto substitutivo de Ernani Satyro, tal como foi deliberado na reunião com o Ministro da Justiça

⁴¹ GRECO, Heloisa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. Tese. 2003. 269f. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/VGRO-5SKS2D/1/tese.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

⁴² Há, ao total, 1200 lugares. Informações obtidas no Jornal Folha de São Paulo de 23 de agosto de 2013, folha 2. Acervo Folha, <http://acervo.folha.com.br/fsp/1979/08/23/2/>. Acesso em: 20 dez. 2010.

⁴³ Idem folha 2.

⁴⁴ Conforme o Jornal Folha de São Paulo do dia 23 de agosto de 1979, obtido no acervo da folha, <http://acervo.folha.com.br/fsp/1979/08/23/2/>, acessado dia 10 de dezembro de 2010. Interessante observar, ainda, que, ao contrário do que se defende hoje, no dia da votação, a oposição defendia voto secreto para impedir que os congressistas sofressem pressão do Executivo.

Petrônio Portella, ou haveria veto total do Presidente. Tal posição corrobora alguns argumentos de representantes do MDB que defendiam que se aceitasse o que estava sendo proposto, sob pena de se nada conseguir, tal como defendia o Deputado Federal Marcelo Cerqueira (MDB - RJ). Da mesma forma, a OAB, através do trabalho de Sepúlveda em conjunto o Senador Teotônio Vilela e Rafael de Almeida Magalhães, tentaram obter um projeto que fosse o mais benéfico possível para os denominados subversivos.⁴⁵ Entretanto, a briga não estava fácil. O deputado federal Marcelo Cerqueira (MDB - RJ) afirmou sobre o projeto apresentado:

Se o governo mandar um projeto diminuindo de um ano a pena de um companheiro, eu votaria a favor. Creio que mesmo a anistia parcial deve ser entendida como uma vitória, também parcial, das forças democráticas. [...] Rejeitar a anistia, mesmo parcial, seria imaginar que quanto piores as leis, melhor para a luta popular. Seria imaginar que o retorno do habeas corpus, por exemplo, foi uma mera concessão do regime e que este instrumento não vale na luta democrática. É considerar, sobretudo que esta vitória parcial é dádiva generosa do regime, e não o resultado da luta de todo o povo brasileiro na conquista de democracia e de justiça social. A anistia, tal como se apresenta, é uma vitória nossa. A unidade das forças democráticas de oposição irá conseguir, em curto prazo, a anistia absoluta⁴⁶.

A capa do Jornal Folha de São Paulo do dia 22 de agosto de 1979, mencionava que “o projeto da anistia é intocável”:

Na véspera da votação pelo Congresso, hoje, uma clara recomendação do Governo. O Palácio do Planalto informou ontem aos líderes arenistas que se a emenda do deputado Djalma Marinho, tornado ampla a anistia, for aprovada, o presidente veta o projeto. Esta mesma informação foi transmitida, de forma indireta, pelo Ministro da Comunicação Social, Said Farhat aos repórteres ao afirmar que “o presidente tem interesse em ver aprovado o projeto como saiu da comissão com as emendas do relator” e ao acrescentar que “o governo já transigiu o que foi possível. Os debates no Congresso em torno do projeto foram realizados ontem em duas sessões, pela manhã e à tarde. Hoje o projeto será votado e, de acordo com o Ministro da Justiça, Petrônio Portela, que desmentiu as suas próprias declarações da véspera, o “governo usará a sua influência sobre sua maioria” para que o substitutivo do relator Ernani Satiro seja aprovado sem mais emendas⁴⁷.

Assim, foi aprovado o substitutivo do Deputado Ernani Satiro e rejeitada a emenda Djalma Marinho. Os jornais da época mencionavam expressamente que a anistia irrestrita era a que constava na emenda Djalma Marinho. O substitutivo aprovado não era nem amplo, nem

⁴⁵ Conforme informações da entrevista concedida pelo Ministro Sepúlveda Pertence à Revista Carta Maior, obtida no site <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/PNDH-3-e-fiel-a-Constituicao-diz-Sepulveda-Pertence/4/15254>. Acesso em: 20 nov. 2013.

⁴⁶ GRECO, Heloisa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. Tese. 2003. 269f. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/VGRO-5SKS2D/1/tese.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

⁴⁷ Primeira Página: Folha de São Paulo. 6 edição. São Paulo: Publifolha 2006. p. 151.

geral e nem irrestrito.⁴⁸ O projeto de lei aprovado é sancionado no dia 28 de agosto pelo general Figueiredo que, ao apresentar um veto parcial ao caput do artigo 1º, torna a lei mais restrita. Sob a justificativa de que a medida teria sido tomada para evitar a inclusão de criminosos comuns, é retirada a expressão “[...] e outros diplomas legais” da redação da última parte do artigo mencionado. O veto do general Figueiredo foi para atingir: dirigentes sindicais, estudantes atingidos pelo Decreto-Lei 477 e militares punidos pelos regimentos disciplinares das corporações a que pertenciam.

Assim, a anistia não foi ampla, geral e irrestrita. Ao contrário, teve várias limitações. Nas palavras do senador Teotônio Vilela:

Anistiou-se irrestritamente torturadores e parcialmente os opositores ao regime. Ignora-se a existência de trabalhadores punidos e condena-se duplamente os funcionários civis e militares, submetendo-os a uma nova inquisição, ao tempo em que deixa apodrecendo nos cárceres a grande maioria dos prisioneiros políticos⁴⁹.

Resumindo-se os pontos principais da lei aprovada:

- a) limitação temporal: somente para os fatos ocorridos entre 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979;
- b) pessoas expressamente atingidas pela lei: sujeito ativo de crime político ou a este conexo e sujeito ativo de crime eleitoral;
- c) pessoas implicitamente atingidas pela lei: foi divulgada a idéia da reciprocidade ante a interpretação do artigo 1º, parágrafo 1º da lei, isto é, estariam perdoados os que, em defesa do regime, cometeram crimes que são tipicamente comuns;
- d) pessoas expressamente excluídas pela lei: condenados por crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal;
- e) pessoas implicitamente excluídas pela lei: dirigentes sindicais, estudantes atingidos pelo Decreto-Lei 477 e militares punidos pelos regimentos disciplinares das corporações a que pertenciam.

Ainda, a lei possui outros pontos relevantes:

-condicionamento ao retorno do serviço ativo do servidor civil ou militar a existência de vaga e ao interesse da administração (art.3º); no caso dos militares, a

⁴⁸ Informações obtidas no Jornal Folha de São Paulo do dia 23 de agosto de 1979. Disponível em: <http://acervo.folha.com.br/fsp/1979/08/23/2>. Acesso em: 25 nov.2013.

⁴⁹ Informações obtidas no Jornal Folha de São Paulo do dia 23 de agosto de 1979. Disponível em: <http://acervo.folha.com.br/fsp/1979/08/23/2/>. Acesso em: dia 20 dez. 2010.

- decisão dependerá de parecer de comissão presidida pelos respectivos comandantes (ar.2º, inciso IV);
- no caso de falecimento do destinatário, garantia dos direitos e vantagens a seus descendentes (art.3º, par. 5º);
 - concessão de declaração e ausência aos familiares que, requisitando-a conseguirem provar que tem parentes desaparecidos há mais de um ano (art. 6º);
 - inclusão dos empregados e sindicalistas de empresas privadas a possibilidade de retorno ao serviço ativo ou aos cargos de representação (art. 7º);
 - restauração dos direitos políticos do anistiado (art. 12)⁵⁰.

No tocante à interpretação defendida à época, e ainda hoje por alguns, da suposta reciprocidade, verifica-se que a lei criou a anistia parcial e condicional aos opositores do regime e total e prévia aos torturadores, antes mesmo de qualquer julgamento e apuração de responsabilidade. Através dos meios de comunicação, difundiu-se que os crimes conexos aos políticos foram perdoados pelo caput do artigo 1º da lei. Pregava-se a amnésia coletiva, como pronunciou o deputado Djalma Marinho. Heloisa Greco abordou o tema:

Assim, a lei 6683 de 28 de agosto de 1979 - a lei de anistia parcial - é a representação positivada da estratégia do esquecimento e da produção do silenciamento. Ela reflete exemplarmente a lógica interna de sua matriz, a Doutrina de Segurança Nacional - sobretudo através de três de seus dispositivos, expressos nos dois primeiros parágrafos do artigo 1º e no artigo 6º respectivamente - todos eles voltados para o ocultamento da verdade e a interdição da memória: a pretensa e mal chamada reciprocidade atribuída à inclusão dos ditos crimes conexos; a exclusão dos guerrilheiros, os terroristas no jargão dos militares; e a declaração de ausência a ser concedida aos familiares dos desaparecidos políticos.

[...]

A exclusão dos guerrilheiros reitera a cristalização do conceito-chave inimigos internos e a necessidade de sua eliminação. É este o maior paradoxo da lei aprovada: os presos políticos condenados estão excluídos e aqueles que praticaram as mesmas ações, mas não tiveram processo transitado em julgado são anistiados. É a anistia encarcerada como a caracteriza o jornalista Helio Gaspari, à época colunista da Revista Veja. Sua análise, a partir da lógica interna do sistema tem plausibilidade:

A astúcia do projeto está em sua capacidade de anistiar revéis e fugitivos sem abrir as celas. Anistiando-se os autores de crimes de sangue que conseguiram ficar soltos, ratifica-se uma situação concreta. Negando-se a anistia aos que estão presos, dá-se a impressão de que esses crimes não mereceram a anistia e, com isso, contentam-se os militares. Esse é o caminho da astúcia e do realismo. No entanto, o fato de a providência ser realista não quer dizer que o governo tenha tomado o caminho correto. Num raciocínio difundido entre os defensores da restrição, acredita-se que a anistia não deve ser ampla porque semelhante medida é típica dos movimentos vencedores. Como os terroristas são perdedores, que se dêem por felizes se o Natal lhes trazer o indulto. Além de um erro formal, pois a anistia típica dos vencedores é a irrestrita (que lhes devolve funções) e não a ampla (que apenas solta e esquece), essa noção de vencedor poderoso e perdedor impotente carrega um risco e, muitas vezes, uma maldição: a História⁵¹.

⁵⁰ GRECO, Heloisa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. Tese. 2003. 269f. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/VGRO-5SKS2D/1/tese.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

⁵¹ GRECO, Heloisa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. Tese. 2003. 269f. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/VGRO-5SKS2D/1/tese.pdf>>. Acesso em: 20

Criméia Alice Schmidt de Almeida, uma das poucas sobreviventes da chamada Guerrilha do Araguaia, quanto à interpretação do perdão concedido aos torturados e torturadores, afirmou:

A isonomia prevista na Constituição era desrespeitada de modo flagrante quando pessoas já condenadas por crime de opinião eram contempladas, ao passo que se excluíam aquelas com processo ainda em andamento. Além de não anistiar os participantes das organizações e operações de resistência armada, a proposta deixava brechas para a auto-absolvição dos agentes do Estado envolvidos em crime de tortura, seqüestro, assassinato e ocultação de cadáveres.

[...] o nome de cada anistiados era publicado formalmente no Diário Oficial da União, ao passo que nenhum agente da repressão política teve o seu nome incluído nesses anúncios. Dezenas de presos políticos permaneceram encarcerados após a anistia, sendo soltos apenas por força de mudanças introduzidas, meses antes, na Lei de Segurança Nacional⁵².

Sobre a mudança da Lei de Segurança Nacional que foi supra mencionada, Belisário dos Santos Junior, advogado e membro da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, esclareceu:

Para tentar esvaziar a campanha pela Anistia, o Governo Geisel obteve, como um de seus últimos atos, a aprovação de uma nova Lei de Segurança Nacional, a de número 6620, em dezembro de 1978, mantendo como base a Doutrina da Segurança Nacional, mas introduzindo a diminuição de todas as penas, em função de que inúmeros presos políticos foram soltos pela adequação de suas condenações à nova lei⁵³.

Estatisticamente, os dados oficiais informaram que 5.343 pessoas foram punidas. Destas: 1.354 militares, 300 professores, 500 parlamentares eleitos pelo voto popular, 50 chefes de executivo (governador e prefeito) e 3 ex-presidentes (Jânio, Jango e Juscelino). O pesquisador Marcos Figueiredo do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro/IUPERJ, na sua tese “Legitimação e Coação no Brasil pós 64” concluiu que foram 4.841 punidos. A pesquisadora Beth Costa, através de pesquisa publicada na Edição Especial do Coojornal de agosto de 1978, concluiu os seguintes dados: 4.682 cidadãos punidos, sendo: 280 cassados pelo Comando Supremo da Revolução; 2.927 por Castelo Branco; 631 por Costa e Silva; 205 pela Junta Militar; 603 por Médici e 36 por Geisel⁵⁴. Ainda, outras estatísticas apontam que no Brasil houve mais de 300 mortos e desaparecidos e mais de 7.367

dez. 2010.

⁵² BRASIL, Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à Verdade e à Memória. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. p. 31.

⁵³ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à Verdade e à Memória. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. p. 31.

⁵⁴ GRECO, Heloisa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. Tese. 2003. 269f. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/VGRO-5SKS2D/1/tese.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

juízos⁵⁵.

Através da análise dos dados estatísticos, é interessante notar como os próprios militares, para manter nas corporações somente os fiéis ao seu regime, eliminaram os focos de resistências internos, muitas vezes com o mesmo procedimento que eliminavam guerrilheiros e civis - sem processo, contraditório ou ampla defesa. Das 5.343 pessoas punidas, o maior contingente é de militares (1.354). Ainda, este número pode ser maior uma vez que não foram contabilizadas as punições por medidas administrativas e portarias secretas. É o caso, por exemplo, do tenente-coronel Alfeu de Alcântara Monteiro, morto no quartel-general da 5ª Zona Aérea, em Canoas (RS), em 04/04/1964. Com a folha de serviço era repleta de elogios, o coronel impediu que os caças da sua base decolassem com a finalidade de bombardear o Palácio Piratini, sede da resistência legalista, opositora ao golpe militar que impediu a posse de João Goulart. Narra-se que, com a chegada do brigadeiro Nelson Freire Lavanere-Wanderley, militar designado para comandar a base, este determinou a prisão de todos os opositores ao golpe. O coronel ofereceu resistência à prisão e declarou que: “é ilegal. Eu estava defendendo a autoridade legítima, eleita pelo povo. Tu não podes me prender”. Levado para uma sala fechada, após uma discussão, ouviram-se tiros. O Coronel foi ferido com 16 perfurações nas costas. O brigadeiro Nelson tornou-se o primeiro ministro da Aeronáutica de Castelo Branco, assumindo a pasta 16 dias após o grave incidente⁵⁶.

A Lei de Anistia, tal como aprovada, não foi nada benéfica aos militares opositores ao regime. Ao contrário, os artigos 2º e 3º criaram importantes obstáculos para o retorno ao *status quo ante*. O retorno ou a reversão ao serviço somente ocorreria se houvesse vaga e interesse da Administração Pública. Ainda, a lei nada mencionava sobre o aproveitamento do tempo que o militar ficou afastado para fins de aposentadoria e tempo de serviço. Por isso que, dos 1509 militares não graduados (marinheiros, fuzileiros navais e cabos da Aeronáutica) excluídos das Forças Armadas, somente 700 conseguiram reaver os seus direitos através da Justiça comum e nenhum deles através da lei de anistia⁵⁷. Tal estatística demonstra o quanto era importante para o regime manter afastado de seus quadros os que a ele se opunham.

Outra classe atingida foi a dos professores. Conforme os dados acima citados, 300 professores punidos foram contabilizados. A estes também se aplicavam os artigos 2º e 3º da

⁵⁵ PEREIRA, Anthony W. Sistemas Judiciais e repressão política no Brasil, Chile e Argentina. Tradução Leandro Moura. In: SANTOS, Cecília Macdowell; TELES, Edson; TELES, Janaína de Almeida (org.) **Desarquivando a Ditadura: memória e justiça no Brasil**, volume 1. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores, 2009, p. 222.

⁵⁶ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à Verdade e à Memória. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. p. 60.

⁵⁷ Dados estatísticos da Unidade de Mobilização Nacional pela Anistia que consta na tese de Heloisa Amélia Greco. p. 301.

lei, isto é, o retorno ou a reversão ao serviço somente ocorreria se houvesse vaga e interesse da Administração Pública. Na UFRGS, por exemplo, foi instalada, em 1964, a Comissão Especial de Investigação Sumária cujo objetivo era se livrar dos professores subversivos.⁵⁸ A USP, "o principal foco de comunização do país"⁵⁹, em 13 de setembro de 1979, recebe um ofício assinado pelo Delegado titular da Delegacia Especializada de Ordem Pública informando que todos os funcionários administrativos aprovados em concurso foram analisados e 19 "merecem reparos"⁶⁰.

Ainda, nas estatísticas citadas deve-se incluir as "cassações brancas", isto é, as vedações impostas pelo SNI para as contratações de pessoas nos órgãos estatais e grandes empresas privadas. Neste caso, consultava-se o SNI, ainda que informalmente, e, caso não apresentasse boas informações do empregado ou servidor público, ou melhor, informações contrárias ao regime, este nem era admitido⁶¹.

Da mesma forma, quanto aos trabalhadores regidos pela CLT, a lei os trata no artigo 7º ao determinar que:

Artigo 7º - É concedida anistia aos empregados das empresas privadas que, por motivo de participação em greve ou em quaisquer movimentos reivindicatórios ou de reclamação de direitos regidos pela legislação social, hajam sido despedidos do trabalho, ou destituídos de cargos administrativos ou de representação sindical.

Estima-se que após o Golpe de 1964, a imprensa noticiou a demissão de 200 a 300 empregados por dia⁶².

Entretanto, ressalte-se que a aprovação da lei de anistia, tal como imposta pelo Executivo, destituída de legitimidade e representação popular, não é uma posição unânime. Se este trabalho objetiva respeitar o discurso dialógico, é importante mencionar que grande parcela da população brasileira, e dentre ela inclui-se importantes figuras, defendem que a lei

⁵⁸ HOLZMANN, Lorena, et al. **Universidade e Repressão**: expurgos na UFRGS. Editora LePM, 2008.

⁵⁹ Termo utilizado pelo General Antonio Silva Campos, em um relatório de 40 laudas, chefe do Centro de Informação do exército, de maio de 1977, sobre a situação do Partido Comunista no Estado de São Paulo. Informações obtidas na obra: Associação dos docentes da USP. O Controle Ideológico na USP: 1964 a 1978. Originalmente impresso sob o título: O Livro Negro da USP - O controle ideológico na Universidade. São paulo: Adusp, 2004. p. 108.

⁶⁰ Informações obtidas na obra: Associação dos docentes da USP. O Controle Ideológico na USP: 1964 a 1978. Originalmente impresso sob o título: O Livro Negro da USP - O controle ideológico na Universidade. São paulo: Adusp, 2004. p. 108.

⁶¹ GRECO, Heloisa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. Tese. 2003. 269f. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/VGRO-5SKS2D/1/tese.pdf> /> Acesso em: 20 dez. 2010.

⁶² GRECO, Heloisa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. Tese. 2003. 269f. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/VGRO-5SKS2D/1/tese.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2010. p. 305.

de anistia, tal como foi aprovada pelo Congresso em 1979, é reflexo dos anseios populares. Esta parcela de brasileiros normalmente defende que as organizações civis e comissões representantes dos perseguidos políticos conclamavam “a anistia ampla, geral e irrestrita”, isto é, o perdão para quem se voltou contra o regime e, também, para aqueles que, supostamente defendendo-o, praticaram crimes.

O Procurador Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos, nos autos de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF nº153, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, cujo Relator foi o Ministro Eros Grau, e questionava a interpretação dada ao artigo 1º e seu parágrafo 1º da Lei de Anistia, manifestou, em seu parecer:

A anistia, no Brasil, todos sabemos, resultou de um longo debate nacional, com a participação de diversos setores da sociedade civil, a fim de viabilizar a transição entre o regime autoritário militar e o regime democrático atual.

A sociedade civil brasileira, para além de uma singela participação neste processo, articulou-se e marcou na história do país uma luta pela democracia e pela transição pacífica e harmônica, capaz de evitar maiores conflitos.

Ao lado de movimentos explícitos articulados ou inorgânicos, como greves sindicais e paralisações, protestos contra a censura e ressurgimento da voz civil, desenvolveram-se outras legítimas negociações com vistas a promover um processo de transição democrática. Negociações que, a despeito de nem sempre planejadas, de volta e meia interrompidas unilateralmente pelos ocupantes do poder, se escoravam num anseio muito mais amplo no âmbito da sociedade, por uma democratização pacificadora⁶³.

Esta foi a mesma posição defendida pelo Relator do processo, Ministro Eros Grau, para quem a aprovação da lei decorreu de anseio da população civil e do debate democrático.⁶⁴ O professor Ives Gandra da Silva Martins, no editorial Tendências e Debates do Jornal Folha de São Paulo, manifestando-se sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos - 3, no tocante à criação das comissões da verdade, defendeu:

A Lei de Anistia, proposta principalmente pelos guerrilheiros, foi um passo importante para a redemocratização, pois possibilitou àqueles que preferiram as armas às palavras a volta ao cenário político.

A lei, à evidência, pôs uma pedra sobre o passado, sepultando as atrocidades praticadas tanto pelos detentores do poder, à época, como pelos guerrilheiros. E foram muitas de ambos os lados.

[...]

Vive-se – graças à redemocratização voltada para o futuro, e não para o passado - ambiente de liberdade de desenvolvimento social e econômico próximo ao de nações civilizadas⁶⁵.

Assim, verifica-se que tal tema não atingiu a unanimidade. A bandeira da "anistia

⁶³ STF. ADPF nº153. Autor: Ordem dos Advogados do Brasil. Relator Ministro Eros Grau. Parecer do Procurador Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos.

⁶⁴ STF. Tribunal Pleno. ADPF nº153. Relator Ministro Eros Grau. Julgado dia 29/04/2010.

⁶⁵ JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO. 22 de jan. 2010. p. A3.

ampla, geral e irrestrita", trazida pelos Comitês Brasileiros de Anistia, e que, na origem se referia ao perdão a ser concedido aos que foram perseguidos pelo regime, de repente, em certo momento da história, passa a incluir os que cometeram crimes para supostamente defender o estado. O amplo, o geral e o irrestrito perde a conotação que foi inicialmente atribuído para incluir no seu espectro de incidência os que cometeram crimes - e graves - contra os denominados subversivos e terroristas.

Não se questiona que o objetivo do Poder Executivo, quando elaborou o projeto de lei, foi efetivamente proteger os que agiram em nome do estado. Em nenhum momento aquele sinalizou ou adotou posturas que evidenciassem a necessidade de se instaurar inquérito policial, investigar os fatos e punir os que cometeram crimes na suposta defesa do *status quo*. Ao contrário, os procedimentos estatais, a burocracia, a imprensa foram usados para encobrir os crimes cometidos. Cite-se, por exemplo, os falsos atestados de óbitos que atestavam morte por suicídio, quando era homicídio; as falsas notícias divulgadas pela imprensa que informavam, por exemplo, morte por atropelamento, quando, na verdade, a pessoa tinha falecido nos "porões da Ditadura". A tortura, os desaparecimentos, os assassinatos, as prisões ilegais eram práticas constantes do estado que, ainda que se defenda que não eram incentivadas e defendidas, em que pese tal argumento não tenha respaldo, não eram punidas, o que por si só já gera a responsabilidade do servidor, do seu superior hierárquico e do estado pela omissão em apurar os fatos e punir os envolvidos.

Assim, em que pese tivesse sido o objetivo dos detentores de poder conceder a anistia total e prévia aos criminosos estatais, tal objetivo não partiu da sociedade. Ao contrário, se esta, mais de trinta anos após a aprovação da lei quer saber a verdade, enterrar os seus mortos e punir os responsáveis, é porque nunca aceitou o pacto que lhe foi imposto.

3 O COMBATE À TORTURA NOS SISTEMAS GLOBAL E INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Invictus

*Out of the night that covers me,
Black as the Pit from pole to pole,
I thank whatever gods may be
For my unconquerable soul.*

*In the fell clutch of circumstance
I have not winced nor cried aloud.
Under the bludgeonings of chance
My head is bloody, but unbowed.*

*Beyond this place of wrath and tears
Looms but the Horror of the shade,
And yet the menace of the years
Finds, and shall find, me unafraid.*

*It matters not how strait the gate,
How charged with punishments the scroll.
I am the master of my fate:
I am the captain of my soul.*

William Ernest Henley

3.1 INTRODUÇÃO

"A tortura é prática absolutamente proibida pelo Direito Internacional e não pode ser justificada em quaisquer circunstâncias"⁶⁶. A tortura é a negação da racionalidade humana. Utilizá-la como método investigativo, é negar que o *homo sapiens* é *sapiens*. É transformar um igual a mero objeto, fonte de informações. Na maioria das vezes, o torturador nem quer

⁶⁶ FOLEY, Conor. **Combate à tortura. Manual para magistrados e membros do ministério público**. Human Rights Centre. University of Essex. 2003. p. 1.

saber a verdade, mas, sim, ter a confissão para corroborar uma conclusão que já havia realizado. Nas palavras de Philippe Sands, “torture may produce information, but it doesn’t produce reliable information, [...]. It produces the information that the subject believes the interrogator wants to hear”⁶⁷. Mas, o pior de todo este cenário, é que tortura, quando parte de agentes de estado, coloca toda a máquina estatal contra o cidadão. Cite-se o famoso caso do ditador chileno Augusto Pinochet, cuja extradição foi requerida pelo Juiz espanhol Baltasar Garzon, ao estado inglês, sob a acusação de práticas de tortura a cidadãos espanhóis, em terras chilenas, durante seu governo. Afirmou o magistrado que:

A tortura não pode partir da estrutura de poder, pois as pessoas se desarmam para dar as armas ao estado. Logo, o estado deve proteger o cidadão e, não, o contrário. De forma alguma o terrorismo pode partir da estrutura de poder do estado⁶⁸.

A tortura e outras formas de maus tratos podem ocorrer em qualquer local e circunstância. Entretanto, algumas pessoas se encontram particularmente em situação de risco quando, privadas de sua liberdade, submetidas a interrogatórios, mantidas em detenção incomunicável e sem acesso a advogado ou a um juiz⁶⁹.

Recorde-se o caso do jornalista Vladimir Herzog. O Juiz Federal Márcio José de Moraes, que sentenciou o processo de indenização ajuizado pela viúva e filhos da vítima em face da União, lamentou a “inexistência de inquérito em que Herzog tenha sido indiciado, mandado de prisão, autoridade competente que o tenha expedido e comunicação da prisão ao juiz competente⁷⁰”. Ainda, consta na primeira página do Jornal Folha de São Paulo de 28 de outubro de 1978:

União culpada no caso Herzog. Juiz rejeita a versão oficial e exige que se apure a morte do jornalista. O juiz Márcio José de Moraes responsabilizou ontem a União pela morte ilegal e pela prisão do jornalista Vladimir Herzog ocorrida nas dependências do Doi-Codi, órgão vinculado ao 2º Exército, 25 de outubro de 1975. A sentença aponta: constata-se a prática de crime de abuso de autoridade, bem como há revelações veementes de que teriam sido praticadas torturas não só em Vladimir Herzog, como em outros presos políticos nas dependências do Doi-Codi.

[...]

O Juiz argumentou que se a União quisesse eximir-se da responsabilidade pelo suposto suicídio do jornalista, alegando que este ato fora de sua culpa exclusiva, deveria tentar primeiro provar que o suicídio realmente ocorreu⁷⁰.

⁶⁷ Tradução Livre: “Tortura pode produzir informação, mas não se obtém informação confiável, [...]. Produz informação que o sujeito acredita que o interrogador quer ouvir”. Informação obtida no site <<http://www.guardian.co.uk/world/2010/nov/09/george-bush-torture-admission-democracy>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

⁶⁸ Entrevista concedida pelo Juiz Baltasar Garzon à TV Cultura no dia 19 de outubro de 2008. A íntegra da entrevista pode ser obtida no site <http://www.tvcultura.com.br/rodaviva/programa/pgm1128>.

⁶⁹ Conforme os ensinamentos de FOLEY, Conor. **Combate à tortura**. Manual para magistrados e membros do ministério público. Human Rights Centre. University of Essex. 2003. p. 1.

⁷⁰ Primeira Página: Folha de São Paulo. 6 ed. São Paulo: Publifolha 2006. p.147.

Assim, determinado grupo de pessoas que se encontram em situação de risco precisam de proteção especial. Inúmeros tratados e convenções internacionais abordam o tema tortura, dentre eles:

- a) o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos (1966);
- b) a Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1968);
- c) a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contras as mulheres (1979);
- d) a Convenção sobre os direitos da criança (1989);
- e) a Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes de 1984 (Convenção contra a tortura);
- f) a Convenção europeia para a prevenção da tortura e de penas ou tratamentos desumanos ou degradantes de 1987;
- g) a Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura, de 1985.

O Brasil ratificou alguns dos tratados supra mencionados nas seguintes datas:

- a) pacto internacional sobre direitos civis e políticos (1966) - 24 de janeiro de 1992;
- b) a Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1968) - 27 de março de 1968;
- c) a Convenção sobre a eliminação do crime de genocídio (1958), 06 maio de 1952;
- d) a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contras as mulheres (1979) - 01 de fevereiro de 1984;
- e) a Convenção sobre os direitos da criança (1989) - 25 de setembro de 1990;
- f) a Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes de 1984 (Convenção contra a tortura) - 28 de setembro de 1989;
- g) a Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura (1985) - 2 de julho de 1989.

A tortura é banida em inúmeros tratados específicos. Mas, ainda que algum país não tenha ratificado expressamente algum tratado internacional de combate à tortura, permanecerá vinculado com base no direito geral internacional (*jus cogens*), nos termos do artigo 38 da

Corte Internacional de Justiça, estabelecido pela Carta das Nações Unidas, em 1945⁷¹:

Artigo 38.

1. o Tribunal, cuja função é decidir em conformidade com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos estados litigantes;
- o costume internacional como prova de uma prática geral aceite como direito;
- os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas;
- com a ressalva das disposições do artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações como meio auxiliar para a determinação das regras de direito,

2. a presente disposição não prejudicará a faculdade do Tribunal de decidir uma questão *ex aequo et bono* se as partes assim convierem⁷².

Tal como afirma Henry Steiner⁷³ *et alii*, em que pese o mencionado artigo se refira somente a aplicação do direito internacional pela Corte Internacional de Justiça, o seu método de aplicação do direito influenciou outros tribunais internacionais, nacionais e outros ambientes não jurídicos. Sobre a aplicação do costume nos sistemas internacionais de proteção do homem, afirmou Flavia Piovesan:

Quanto ao costume internacional, sua existência depende: a) a concordância de um número significativo de Estados com relação a determinada prática e do exercício uniforme relativo a ela; b) da continuidade de tal prática por considerável período de tempo - já que o elemento temporal é indicativo da generalidade e consistência de determinada prática; c) da concepção de que tal prática é requerida pela ordem internacional e aceita como lei, ou seja, de que haja o senso de obrigação legal, a *opinio júris*. Nesse sentido, a prática da tortura, das detenções arbitrárias, dos desaparecimentos forçados e das execuções sumárias cometidas ao longo do nazismo constitui violações ao costume internacional. Atente-se ao fato de que o costume internacional tem eficácia *erga omnes*, aplicando-se a todos os Estados diversamente dos tratados internacionais, que só se aplicam aos Estados que os tenha ratificado⁷⁴.

Assim, "as Nações Unidas (ONU) condenaram a tortura como a negação dos propósitos de sua Carta e como violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais proclamadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos."⁷⁵ É claro que o combate à tortura, no plano interno de cada país, é ato de vontade política e profissional. Entretanto, convém ressaltar que, nos termos do direito internacional, nenhum estado pode invocar sua

⁷¹ Ressalte-se que, como determina o artigo 34 do Estatuto da Corte, somente estados podem ser partes.

⁷² Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça obtido no site <http://www.unric.org/html/portuguese/charter/Estatutotij.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2011.

⁷³ STEINER, Henry; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International human Rights in Context**. 3rd edition. Law, Politics, Morals. Oxford: University Press. 2007. p. 60.

⁷⁴ PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 1 ed, 2^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 36.

⁷⁵ FOLEY, Conor. **Combate à tortura**. Manual para magistrados e membros do ministério público. Human Rights Centre. University of Essex. 2003. p. 1.

constituição ou leis nacionais para justificar violação do direito internacional. Não podem os estados, da mesma forma, fazer alterações legislativas internas que ocasionem a supressão de um direito e submetam a pessoa a alguma situação de risco. Não podem, por exemplo, permitir períodos excessivos de detenção incomunicáveis ou a negação de acesso imediato a um juiz após a prisão. Logo, nem as alterações legislativas internas podem ser invocadas para suprimir, de forma reflexa, direitos e garantias fundamentais.

Outras normas podem corroborar a proteção do ser humano contra a tortura. Em que pese não sejam convenções ou tratados, são princípios aceitos e que devem ser adotados por todos os estados:

- Regras mínimas para o tratamento de pessoas presas (1957, modificada em 1977);
- Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra sujeição a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (1975);
- Código de conduta para agentes de aplicação da lei (1979);
- Princípios de ética médica aplicáveis a pessoal de saúde, particularmente médicos, na proteção de pessoas presas e detidas contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (1982);
- Declaração dos princípios básicos de justiça para vítimas de crime e abuso de poder (1985);
- Princípios básicos da independência do sistema judiciário (1985);
- Regras mínimas para a administração da justiça da infância e da juventude
- Regras de Beijing (1987);
- Conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão (1988);
- Princípios básicos para tratamento de pessoas presas (1990);
- Princípios básicos sobre o papel dos advogados (1990);
- Orientação sobre o papel dos membros do Ministério Público (1990);
- Regras das Nações Unidas para a proteção de jovens privados de liberdade (1990);
- Princípios sobre a prevenção eficaz e a investigação de execuções extra-judiciais, arbitrárias ou sumárias (1990);
- Princípios básicos sobre o uso de força e de armas de fogo por agentes de execução da lei (1990);
- Princípios para a proteção de pessoas acometidas de transtorno mental e para a melhoria da assistência à saúde mental (1991),
- Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados (1992);
- Princípios sobre investigação e documentação efetivas de tortura e outras formas cruéis, desumanas e humilhantes de tratamento e punição – Protocolo de Istambul (1999)⁷⁶.

Ademais, não se deve esquecer que o direito internacional estabelece um padrão mínimo básico. Nos termos da lição de Flávia Piovesan:

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso

⁷⁶ FOLEY, Conor. **Combate à tortura. Manual para magistrados e membros do ministério público**. Human Rights Centre. University of Essex. 2003.

internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos - do “mínimo ético irredutível”⁷⁷.

3.2 CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES

O combate à tortura não é novidade no plano internacional. Tal como já foi abordado, o artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e o artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos determinam que “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.” Da mesma forma, determina a Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes aprovado pela Assembléia Geral da ONU, em 1975. Logo, em que pese não existisse uma convenção específica, já havia repúdio da sociedade internacional à tortura.

A Convenção das Nações Unidas contra a Tortura foi adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984 (Resolução 39/46)⁷⁸. A Convenção entrou em vigor em 26 de junho de 1987, após a ratificação por vinte estados. Até agosto de 2002, já foi ratificada por cento e trinta estados. Neste mesmo ano, foi aprovado o protocolo Facultativo à Convenção que estabelece um sistema de visitas regulares a locais de detenção.⁷⁹ O Brasil é signatário da Convenção e de seu Protocolo Facultativo. O primeiro consta no Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991, e o segundo, no Decreto n. 6085, de 19 de abril de 2007.

O artigo 1º da Convenção estabelece o conceito internacionalmente aceito do que seja a tortura:

O termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam conseqüências unicamente de

⁷⁷ PIOVESAN, Flavia. **O Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o caso brasileiro.** Texto disponibilizado durante o curso de mestrado da PUC-PR, 2010. p. 6.

⁷⁸ A Convenção e o histórico de sua aprovação consta no site <http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/catcidtp/catcidtp.html>. Acesso em 17 fev. 2011.

⁷⁹ O Protocolo Facultativo consta no site http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=a/res/57/199. Acesso em: 17 fev. 2011.

sanções legítimas ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram⁸⁰.

Neste artigo é possível identificar alguns elementos importantes para caracterizar o crime de tortura:

- A inflicção de dores ou sofrimentos graves, de natureza física ou mental;
- Intencionalmente ou com o consentimento ou a aquiescência de pessoas no exercício de funções públicas;
- Com o propósito específico de obter informações, punir ou intimidar⁸⁰.

Não é tarefa fácil distinguir o crime de tortura do de maus tratos. O crime de maus tratos possui as seguintes características:

- Exposição intencional a dores ou sofrimentos graves, de natureza física ou mental;
- Por ou com o consentimento ou a aquiescência de autoridades no exercício de funções públicas⁸¹.

Tal como mencionado por Flavia Piovesan, “a Recomendação Geral n. 20 do Comitê de Direitos Humanos realça que a proibição absoluta da tortura tem como propósito proteger tanto a dignidade quanto a integridade física e mental do indivíduo”⁸².

O artigo 1º não deve ser interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo. Afinal, o direito internacional estabelece o padrão mínimo de tutela das pessoas. Portanto, legislações mais protetivas devem ser aplicadas.

Ademais, não se pode invocar qualquer circunstância excepcional, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificção para a tortura. Nem a ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública poderá ser invocada como justificção para a tortura. Sobre este assunto, cite-se a lição de Flavia Piovesan:

Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos estabelecem um núcleo inderrogável de direitos, a serem respeitados seja em tempos de guerra, instabilidade, comoção pública ou calamidade pública, como atestam o artigo 4º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o artigo 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o artigo 15 da Convenção Européia de Direitos Humanos.⁸³ A Convenção contra a Tortura, de igual modo, no artigo 2º, consagra a cláusula da inderrogabilidade da proibição da tortura, ou seja, nada pode justificar a

⁸⁰ FOLEY, Conor. **Combate à tortura**. Manual para magistrados e membros do ministério público. Human Rights Centre. University of Essex. 2003. p. 12.

⁸¹ FOLEY, Conor. **Combate à tortura**. Manual para magistrados e membros do ministério público. Human Rights Centre. University of Essex. 2003. p. 12.

⁸² PIOVESAN, Flavia. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o caso brasileiro. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 207.

⁸³ Ver também a Recomendação Geral n.29 do Comitê de Direitos Humanos, que esclareceu acerca dos direitos inderrogáveis e identificou os elementos que não podem ser sujeitos à suspensão.

prática da tortura (seja ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública).

Todos estes tratados convergem ao endossar a absoluta proibição da tortura. Isto é, o direito a não ser submetido à tortura é um direito absoluto, que não permite qualquer exceção, suspensão ou derrogação⁸⁴.

Entretanto, em que pese as normas internacionais, após o 11 de setembro, em nome da segurança nacional, supostos terroristas são submetidos a tortura sob a autorização do Presidente George Bush, conforme declarações prestadas em seu livro autobiográfico. Tal declaração provocou revolta em parcela da população. A organização não governamental Anistia Internacional pediu a responsabilização pessoal do ex-presidente. Philippe Sands, em reportagem no Jornal *The Guardian*, afirmou que:

Although it comes as no surprise, George Bush's straight admission that he personally authorised waterboarding - an act of torture and a crime under US and international law - marks a dismal moment for western democracies and the rule of law. When again will the US be able to direct others to meet their human rights standards? Certainly not before it takes steps to bring its own house in order.

Unlike the UK's coalition government, which has announced a judicial inquiry on allegations of British involvement in torture, Barack Obama's administration has apparently ended the practice - but has done nothing to investigate the circumstances in which it was used by the Bush administration.

Bush claims that the use of waterboarding on Abu Zubaydah "saved lives", including British ones. There is not a shred of evidence to support that claim, one that falls into the same category as the bogus intelligence relied on to justify war in Iraq.

[...]

When Bush first authorised waterboarding, says former US Centcom commander General Joseph Hoar, "he sent America down the wrong road, battering our alliances, damaging counterinsurgency efforts, and increasing threats to our soldiers". So much for saving lives⁸⁵.

Interessante notar que o uso da tortura como técnica de interrogatório tinha uma aparência de legalidade uma vez que ratificados por John Yoo e Jay Bybee, tal como

⁸⁴ PIOVESAN, Flavia. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o caso brasileiro. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 207.

⁸⁵ Informações obtidas no site <http://www.guardian.co.uk/world/2010/nov/09/george-bush-torture-admission-democracy> acessado dia 31 de janeiro de 2011. Tradução livre: "Embora não se tenha surpresa, a admissão de George Bush que ele autorizou pessoalmente o afogamento - um ato de tortura e um crime sob a lei dos EUA e internacionais - marca um momento triste para as democracias ocidentais e do Estado de Direito. Quando novamente os EUA vão ser capazes de direcionar outros a cumprir as normas de direitos humanos? Certamente não antes de tomar medidas para pôr a casa em ordem. Ao contrário do governo do Reino Unido de coalizão, que anunciou um inquérito judicial sobre as acusações de envolvimento britânico na tortura, a administração de Barack Obama, aparentemente, acabou com a prática - mas não fez nada para investigar as circunstâncias em que foi usado pela administração Bush. Bush afirma que o uso de waterboarding em Abu Zubaydah "salva vidas", inclusive os britânicos. Não há um pingão de evidência para apoiar essa reivindicação, que cai na mesma categoria que as informações falsas invocadas para justificar a guerra no Iraque. (...) Quando Bush autorizou pela primeira vez "waterboarding", diz o ex-comandante do Centcon EUA Centcom general Joseph Hoar, "ele enviou a América no caminho errado, bater com as nossas alianças, prejudicando os esforços de contra-insurgência, e as crescentes ameaças aos nossos soldados". Tanta coisa para salvar vidas".

mencionado por Philippe Sands:

This was then "subject to a determination of legality" by the office of legal counsel at the department of justice (DOJ). Written approval followed a couple of weeks later, in the form of two now notorious 1 August 2002 'torture memos' authored by John Yoo, currently teaching at Berkeley Law School, and Jay Bybee, now a US federal court of appeals judge.

Bush fails to mention that the advice prepared by Yoo and Bybee - which did not go through the normal inter-departmental consultations - has been subject to devastating criticism. The DOJ's own office professional responsibility concluded that Yoo "put his desire to accommodate the client above his obligation to provide thorough, objective and candid legal advice and [...] therefore committed intentional professional misconduct".

It found that Bybee had acted in "reckless disregard" of his professional obligations. Both men escaped sanctions only because an associate deputy general counsel, David Margolis, later concluded that both men had exercised "poor judgment" but did not knowingly provide false advice. Margolis nevertheless concluded that Yoo's "loyalty to his own ideology and convictions clouded his view of his obligation to his client".

This is the dismal, bogus legal advice on which Bush relied, and the fact that he continues to invoke it today says much about his judgment. He would do better to take on board those with first-hand experience of what the embrace of torture might mean for Americans abroad, who recognise that its use by the US will justify its use against the US⁸⁶.

Tal atitude é condenada pela mencionada convenção que coloca no centro das atenções da comunidade internacional as pessoas.⁸⁷ Ainda, convém mencionar que, após a II Guerra Mundial, a forma como os estados tratam as pessoas que se encontram em seus

⁸⁶ Informações obtidas no site <http://www.guardian.co.uk/world/2010/nov/09/george-bush-torture-admission-democracy> acessado dia 31 de janeiro de 2011. Tradução livre: "Este foi, então, "sujeito a uma determinação da legalidade" pelo escritório de assessoria jurídica no Ministério da Justiça (DOJ). A aprovação escrita seguiu um par de semanas mais tarde, sob a forma de dois notórios 01 de agosto de 2002 "memorandos de tortura" de autoria de John Yoo, atualmente lecionando em Berkeley Law School, e Jay Bybee, agora juiz de apelação de um tribunal federal dos EUA. Bush deixa de mencionar que os pareceres elaborados por Yoo e Bybee - que não passaram por consultas normais inter-departamental - tem sido alvo de críticas devastadoras. O próprio escritório do DOJ concluiu que Yoo "coloca seu desejo de acolher o cliente acima de sua obrigação de prestar completa, objetiva e sincera aconselhamento jurídico e, portanto, cometeu ... falta profissional intencional. Considerou que Bybee tinha agido de "negligência grosseira" das suas obrigações profissionais. Os dois homens não foram punidos porque um advogado do vice-geral adjunto, David Margolis, concluiu mais tarde que os dois homens tinham exercido "má avaliação", mas não conscientemente aconselhamento falso. Margolis, no entanto, concluiu que Yoo "fiel à sua própria ideologia e convicções, atrapalhou sua visão da sua obrigação de seu cliente." Este é o desânimo, pareceres jurídicos falsos em que Bush invocou, o fato de que ele continua a chamá-los hoje, diz muito sobre seu julgamento. Ele faria melhor se levasse em conta as opiniões dos experientes do que a adoção da tortura e o que esta pode significar para os americanos no exterior, que reconhecem que a sua utilização por que os EUA justificam seu uso contra os EUA".

⁸⁷ Sobre o pós-11 de setembro, cite-se Flávia Piovesan: "No cenário do pós-11 de setembro, o risco é que a luta contra o terror comprometa o aparato civilizatório de direitos, liberdades e garantias, sob o clamor da segurança máxima. Basta atentar à doutrina de segurança adotada nos EUA, pautada: a) unilateralismo; b) nos ataques preventivos e c) na hegemonia do poderio militar norte americano. Imaginem-se as nefastas conseqüências para a ordem internacional se cada um dos 200 estados que a integram invocasse para si o direito de cometer "ataques preventivos", com base no unilateralismo. Seria assinar o próprio atestado de oitão do Direito Internacional celebrando o mais puro e hobbesiano "estado da natureza" no qual a guerra é o termo forte e a paz se limita a ser ausência da guerra." PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeus, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 30.

territórios deixou de ser um problema nacional. Nos termos da lição de Flavia Piovesan:

Fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania. Para Andrew Hurrell: “O aumento significativo das ambições normativas da sociedade internacional é particularmente visível no campo dos direitos humanos e da democracia, com base na idéia de que as relações entre governantes e governados, Estados e cidadãos, passam a ser suscetíveis de legítima preocupação da comunidade internacional; de que os maus-tratos a cidadãos e a inexistência de regimes democráticos devem demandar ação internacional; e que a legitimidade internacional de um Estado passa crescentemente a depender do modo pelo qual as sociedades domésticas são politicamente ordenadas⁸⁸ .

Após a II Guerra, consolida-se a idéia que o homem, e não apenas os estados, são sujeitos de direito perante a comunidade internacional e que a soberania não pode mais ser defendida como absoluta. A forma como os estados tratam os seus cidadãos é assunto que transborda as fronteiras nacionais e afeta toda a comunidade global.

A Convenção contra a Tortura determina que o estado não expulse, extradite ou devolva uma pessoa caso perceba que há possível prática de tortura pelo estado que a receberá ou qualquer outro. Logo, há uma obrigação direta interna e, também, uma obrigação indireta externa em relação a conduta dos demais estados. Para verificar a possibilidade da prática de tortura por outro estado, as autoridades competentes levarão em conta todas as considerações pertinentes, inclusive, se for o caso, a existência, no Estado em questão, de um quadro de violações sistemáticas, graves e maciças de direitos humanos.

Durante a época da Operação Condor, uma aliança político e militar entre as ditaduras do Cone Sul, nas décadas de 70 e 80, vários militantes foram entregues aos estados onde eram perseguidos, torturados e desaparecidos, atitude que viola o mencionado artigo da Convenção.

Caso interessante e que expressa o que significava na prática a Operação Condor, ocorreu com o casal de uruguaios Universindo Rodríguez Díaz, LÍlian Celiberti Rosas de Casariego e os dois filhos desta Camilo (8 anos) e Francesca (3 anos). Tais relatos constam na obra Operação Condor: o sequestro dos uruguaios, de autoria do jornalista Luiz Cláudio Cunha⁸⁹ e, também, na obra O Sequestro no Cone Sul: o caso de LÍlian e Universindo, do advogado Omar Ferri⁹⁰.

⁸⁸ PIOVESAN, Flavia. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o caso brasileiro. SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). **Memória e verdade**: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 201.

⁸⁹ CUNHA, Luiz Cláudio. **Operação Condor**: o sequestro dos uruguaios. Editora L&PM. 2008. 472 páginas.

⁹⁰ FERRI, Omar. **O Sequestro no Cone Sul**: o caso de LÍlian e Universindo. Mercado Aberto Editora. Obtido no

Em 1978, um comando do exército uruguaio, com o aval do regime militar brasileiro, saiu de Montevideu para ir até Porto Alegre. O objetivo da missão era seqüestrar o casal de militantes uruguaio. A operação ilegal fracassou porque o jornalista Luiz Cláudio Cunha e o fotógrafo João Batista Scalco, ambos da Revista Veja, receberam uma ligação anônima e foram ao apartamento onde o casal morava. Quando chegaram, foram recebidos por pessoas armadas que os confundiram com militantes uruguaio. Revistados, foram identificados como jornalistas e pediu-se que nada publicassem. Somente restava em solo brasileiro LÍlian. Os demais já tinham sido levados ao Uruguai. Os jornalistas denunciaram o caso em diversos periódicos e jornais o que, inclusive, ganhou destaque internacional. Isto evitou a morte dos seqüestrados. As crianças foram devolvidas à avó. O casal, preso e torturado no Brasil, levado clandestinamente ao Uruguai, foi detido por cinco anos. Somente foram libertados em 1984, com a democratização do país.

Interessante, neste caso, é que um dos supostos participantes do seqüestro, o Sr. João Augusto da Rosa, moveu em face do jornalista Luiz Cláudio Cunha e a Editora L&PM, ação de indenização por danos morais, ajuizada na 18ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre⁹¹. O autor da ação, funcionário público estadual da Secretaria de Segurança Pública, questionava a obra publicada, as menções à sua pessoa como um dos participantes do crime e o uso de sua imagem através da publicação de fotografias. Verifica-se, assim, de forma reflexa, neste caso, que graças à ação de indenização movida pelo próprio autor, foi possível apurar os fatos ouvindo-se seqüestrados e seqüestradores. Foi tomado o depoimento pessoal do autor, do réu jornalista e, dentre as testemunhas, constava a Sra. Lílian Celiberti Rosas de Casariego, que identificou o funcionário público como um de seus seqüestradores⁹².

Sobre as vítimas da Operação Condor, o jornalista Nilson Mariano apurou a seguinte estatística⁹³:

site: <http://www.derechos.org/nizkor/brazil/libros/ferri/index.htm/>>. Acesso em: 17 fev. 2011.

⁹¹ Autos de Ação de Indenização número 001/1.09.0102774-3 – número no CNJ 10277441-24.2009.8.21.0001. Sentença de improcedência prolatada pela Juíza de Direito Claudia Maria Hardt, em 06/07/2010. Informações obtidas no site <http://idejust.files.wordpress.com/2010/07/condor-sentenca-luiz.pdf>. Acesso em 17 fev. 2011.

⁹² Sobre o depoimento da Sra. Llian e o reconhecimento do Sr. João Augusto Rosa: “A juíza Helena Marta de Souza quis saber: Lílian, que prestava depoimento à sua frente, conhecia o ex-agente do Dops gaúcho João Augusto da Rosa, sentado atrás das duas, vestindo terno e sapatos pretos, com algumas riscas brancas na gravata e na camisa? Lílian virou-se calmamente, grudou por alguns segundos de eternidade o olhar em Rosa, que teria participado do sequestro na Rua Botafogo, bairro Azenha, em 1978, e disse: – Sim, o conheço.” Informações obtidas no site: <http://www.mulheresnopoder.com.br/?p=3024> , <http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default.jsp?uf=1&local=1§ion=Pol%EDtica&newsID=a2799536.xml> e <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0502201020.htm>. Acesso em 17 fev. 2011.

⁹³ MARIANO, Nilson. **Nas Garras do Condor**. São Paulo: Editora Vozes, 2003. 328 p.

É difícil quantificar as vítimas da Operação Condor, porque as operações eram secretas e clandestinas. O inventário de cada ditadura, independente da Operação Condor, foi realizado por comissões e aponta o genocídio. A Argentina (1976-83) produziu 30 mil mortos e desaparecidos, segundo a Associação das Mães da Praça de Maio. O Brasil (1964-85): 366 mortos e desaparecidos. O Chile (1973-90): 2.011 mortos e 1.185 desaparecidos. A Bolívia (1971-78): 100 mortos e desaparecidos. O Paraguai (1954-89), entre 1.000 e 2.000 mortos e desaparecidos. E o Uruguai (1973-84), 297 mortos e desaparecidos⁹⁴.

A convenção determina que os estados signatários tenham previsão, em suas legislações internas, da tipificação do crime de tortura, bem como a sua tentativa e todas as formas de participação. Cada estado membro deve punir o crime e aplicar a pena proporcional à gravidade do ato. Assim, cada estado membro deve adotar medidas necessárias nos seguintes casos, nos termos do artigo 5º:

- a) quando os crimes tenham sido cometidos em qualquer território sob sua jurisdição ou a bordo de navio ou aeronave registrada no Estado em questão;
- b) quando o suposto autor for nacional do Estado em questão;
- c) quando a vítima for nacional do Estado em questão e este o considerar apropriado.

O artigo 5º adotou o Princípio da Jurisdição Universal ao estabelecer que “cada Estado Membro tomará também as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre tais crimes, nos casos em que o suposto autor se encontre em qualquer território sob sua jurisdição e o Estado não o extradite”. Logo, ainda que o crime não tenha sido praticado no território em que se encontre o acusado e o Estado a que pertence não o extradite e nem o pune, com fulcro no Princípio da Jurisdição Universal, o estado onde se encontra o acusado deve adotar medidas para a sua persecução criminal. Sobre o tema discorreu Flavia Piovesan:

Considerando que a tortura é um crime que viola o Direito Internacional, a Convenção contra a Tortura estabelece a jurisdição compulsória e universal para os indivíduos acusados de sua prática (arts. 5º a 8º). Compulsória porque obriga os Estados-partes a processar e punir os torturadores, independentemente do território onde a violação tenha ocorrido e da nacionalidade do violador e da vítima. Universal porque o Estado-parte onde se encontre o suspeito deverá processá-lo ou extraditá-lo para outro Estado-parte que o solicite e tenha o direito de fazê-lo, independentemente de acordo prévio bilateral sobre extradição. A Convenção contra a Tortura autoriza e legitima a extradição legal de acusados de tortura, a partir de uma cooperação internacional entre Estados, com base no princípio da complementariedade horizontal de suas jurisdições nacionais⁹⁵.

⁹⁴ Informações obtidas na entrevista do jornalista Nilson Mariano publicada no site <http://www.jornalmateriaprimeira.com.br/livro/nilson+mariano+-+a+impunidade+condena+ao+luto+eterno+e+nao+pacifica+o+pais+>. Acesso em: 17 fev. 2011.

⁹⁵ PIOVESAN, Flavia. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o caso brasileiro. SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). **Memória e verdade: a justiça de**

A aplicação deste princípio ocorreu no caso do ditador chileno Augusto Pinochet, detido em Londres, em 16 de outubro de 1998, ante o cumprimento de um mandado de busca e apreensão para fins de extradição para a Espanha, a pedido do juiz espanhol Baltasar Garzón, membro da Audiência Nacional. Este requereu a extradição para que fosse processado e julgado pelos crimes perpetrados durante o seu governo ditatorial e que causou a morte e desaparecimento de diversos cidadãos espanhóis em território chileno. Espanha, Chile e Inglaterra são signatários da Convenção contra a Tortura.

Ainda, em 27 de dezembro de 2007, a Justiça italiana expediu ordem de captura internacional e extradição de 146 sul-americanos, entre eles 13 brasileiros, 61 argentinos, 32 uruguaios, 22 chilenos, 7 bolivianos, 7 paraguaios, 4 peruanos em virtude de desaparecimentos forçados, sob o manto da Operação Condor, de alguns ítalo-argentinos. Estes foram ilegalmente presos no Brasil, enviados à Argentina e desapareceram. A Operação Condor era uma aliança política e militar entre as ditaduras do Cone Sul nas décadas de 70 e 80.

As investigações se iniciaram, em 1998, após a denúncia de familiares de vítimas das ditaduras do cone sul, que tinham cidadania italiana, ao Procurador italiano Giancarlo Capaldo. As famílias reclamavam que, devido às leis de anistia locais, não conseguiam a investigação e punição dos culpados. Itália e Argentina são signatários da Convenção.

No Brasil, ocorreram dois desaparecimentos de ítalo-argentinos: Horacio Domingo Campiglia e Lorenzo Ismael Viñas. O primeiro foi visto pela última vez no dia 12 de março de 1980, no aeroporto Galeão, Rio de Janeiro. Lorenzo Ismael Viñas foi capturado quando atravessava a ponte que liga Uruguaiana e a cidade argentina de Paso de los Libres, no dia 26 de junho de 1980. Os dois teriam sido entregues por órgãos repressores brasileiros à repressão argentina e desapareceram⁹⁶.

Assim, ao exercer a jurisdição universal, o estado em cujo território se encontre uma pessoa suspeita de ter cometido qualquer dos crimes mencionados no tratado, se considerar, após o exame das informações de que dispõe, que as circunstâncias o justificam, procederá à detenção de tal pessoa ou tomará outras medidas legais para assegurar sua presença, conforme

transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 210.

⁹⁶ Sobre a ordem de prisão internacional emanada da Itália vide os seguintes artigos: Magnoli, Demétrio PIOVESAN, Flávia. A Exceção Brasileira. O Estado de São Paulo. Página A2, 10 de janeiro de 2008. Ainda, PIOVESAN, Flávia. Lula não teve a coragem de enfrentar a tortura. Entrevista da Professora Flávia Piovesan para Paulo Henrique Amorim, em 12 de agosto de 2008. Informações obtidas no site <http://anistia.multiply.com/reviews/item/292>, acessado dia 2 de fevereiro de 2011. Ainda: Itália julga ainda este ano sul-americanos envolvidos na Operação Condor. Informações obtidas no site: <http://sul21.com.br/jornal/2011/02/italia-julga-ainda-este-ano-sul-americanos-envolvidos-na-operacao-condor>. Acesso em 17 fev. 2010.

a sua lei nacional e somente pelo tempo necessário para início do processo penal ou de extradição. Caso o estado não extradite o suposto autor dos crimes, obrigar-se-á, a submeter o caso às suas autoridades competentes para o fim de ser o mesmo processado.

Os crimes de tortura e tratamento cruel, desumano ou degradante são considerados como extraditáveis em qualquer tratado de extradição existente entre os estados partes e estes se obrigam a incluir tais crimes como extraditáveis em todo tratado de extradição que vierem a concluir entre si. Ainda, se um estado que condiciona a extradição à existência do tratado receber um pedido de extradição por parte de outro estado com o qual não mantém tratado de extradição, poderá considerar a Convenção como base legal. Assim, os estados signatários não condicionam a extradição à existência de um tratado.

Determina a Convenção que os estados devem fornecer uns aos outros a maior assistência possível em relação aos processos criminais instaurados relativamente a quaisquer dos crimes referidos na convenção, incluindo o fornecimento de todos os elementos de prova à sua disposição, necessários aos processos.

A Convenção também determina que cada estado deve assegurar que, nenhuma declaração que demonstre ter sido prestada como resultado de tortura, possa ser invocada como prova em qualquer processo, salvo contra uma pessoa acusada de tortura como prova de que a declaração foi prestada.

Ao acusado são assegurados os direitos e as garantias de receber tratamento justo em todas as fases do processo, poder comunicar-se imediatamente com o representante mais próximo do estado de que é nacional ou, se for apátrida, com o representante de sua residência habitual.

Cabe aos estados implantarem políticas públicas de combate à tortura. Devem assegurar que a educação e a informação relativas à proibição da tortura sejam incorporadas no treinamento do pessoal civil ou militar responsável pela aplicação da lei, do pessoal médico, dos funcionários públicos e de outras pessoas que possam participar da detenção, interrogatório ou tratamento de qualquer pessoa submetida a qualquer forma de detenção ou prisão. Ainda, a proibição da tortura deve constar nas regras ou instruções que regem os deveres e atribuições desse pessoal. O Estado também deve manter sob exame sistemático as regras, instruções, métodos e práticas de interrogatório, bem como disposições sobre detenção e tratamento das pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão, em qualquer território sob a sua jurisdição, com o escopo de evitar qualquer caso de tortura.

As pessoas submetidas à tortura ou a tratamento cruel, desumano ou degradante tem o direito de comunicar os fatos às autoridades, ter o seu caso rápido e imparcialmente

examinado, de ter a proteção contra qualquer maus-tratos ou intimidações. As testemunhas também devem ser protegidas contra quaisquer maus-tratos ou intimidações resultantes dos depoimentos prestados. Ademais, o estado deve legislar internamente para assegurar que a vítima de tortura tenha o direito a uma indenização justa e adequada e aos meios necessários para a sua mais completa reabilitação. No caso de morte da vítima em consequência de tortura, seus dependentes farão jus a uma indenização.

Denota-se, portanto, que a Convenção possui quatro pilstras de direitos inderrogáveis, nas palavras de Flavia Piovesan:

- a) direito a não ser submetido à tortura e nem a maus tratos;
- b) o direito à proteção judicial;
- c) o direito à verdade, isto é, o direito que se apurem os fatos;
- d) o direito à prestação jurisdicional efetiva: investigação dos fatos, processamento e posterior punição dos acusados, reparação às vítimas, adoção de medidas que garantam a integridade física e psicológica do torturado e das testemunhas.

Assim, afirma a autora que:

Ao direito a não ser submetido à tortura, somam-se o direito à proteção judicial, o direito à verdade e o direito à prestação jurisdicional efetiva, na hipótese de violação a direitos humanos. Vale dizer, é dever do Estado investigar, processar, punir e reparar a prática da tortura, assegurando à vítima o direito à proteção judicial e a remédios efetivos. Também é dever do Estado assegurar o direito à verdade, em sua dupla dimensão - individual e coletiva - em prol do direito da vítima e de seus familiares (o que compreende o direito ao luto) e em prol do direito da sociedade à construção da memória e identidade coletivas⁹⁷.

A Convenção não exclui qualquer jurisdição criminal exercida de acordo com o direito interno.

A Convenção criou o Comitê contra a Tortura, composto por dez membros, eleitos pelos estados partes dentre uma lista de pessoas por eles indicadas para um mandato de quatro anos. O Comitê se reúne duas vezes ao ano e examina os relatórios apresentados pelos estados partes. Cada relatório é examinado oralmente na presença dos representantes do estado a que se refere. O estado é comunicado previamente sobre a análise de seu relatório e quais os assuntos que serão abordados. Cabe ao Comitê fazer conclusões e recomendações ao estado.

⁹⁷ PIOVESAN, Flavia. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o caso brasileiro. SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 211-212.

Também é atribuição do Comitê fazer comentários gerais sobre a Convenção e sua aplicação. Além disso, nos termos do artigo 22 da Convenção, cabe ao Comitê, através de um grupo de trabalho específico, receber as comunicações individuais e analisar a admissibilidade para que sejam submetidas ao Comitê.

O Protocolo opcional, cuja Resolução n. 57/199 foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 2002, com entrada em vigor em 22 de junho de 2006, estabeleceu um sistema regular de visitas por representantes internacionais (subcomitê) em locais de detenção com a finalidade de prevenir a tortura e outros tratamentos ou punições cruéis, desumanos e degradantes.

3.3 CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR E PUNIR A TORTURA (1985)

A Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura foi aprovada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em 9 de dezembro de 1985, em Cartagena das Índias, Colômbia. A sua entrada em vigor ocorreu em 28 de fevereiro de 1987, isto é, no trigésimo dia a partir da data em que foi depositado o segundo instrumento de ratificação, nos termos do artigo 22 da Convenção⁹⁸. A Convenção pode ser ratificada pelos estados partes da OEA, bem como por qualquer outro estado americano.

O estado poderá formular reserva em relação à Convenção desde que não sejam incompatíveis com o objeto e o fim da Convenção e versem sobre uma ou mais disposições específicas. O Brasil a incorporou, em seu ordenamento interno, através do Decreto n. 98.386, de 9 de novembro de 1989.

A Convenção definiu a tortura como “todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa, penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim⁹⁸”. Também é tortura a “aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica”.

⁹⁸ Informações obtidas no site <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-51.html>>. Acesso em: 12 mar. 2011. Até a data de acesso ao site, dezoito países já ratificaram a mencionada Convenção. Dentre eles: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela.

Da mesma forma, os estados signatários tem a obrigação de não conceder a extradição e nem a devolução da pessoa requerida quando houver suspeita fundada de que está em perigo sua vida, de que será submetida à tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante, ou de que será julgada por tribunal de exceção ou *ad hoc* no Estado requerente.

Os responsáveis pelo crime de tortura, nos termos do artigo 3º, são:

- a) os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua execução ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam;
- b) as pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua execução, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nele sejam cúmplices.

O cumprimento de ordem superior não é causa excludente de responsabilidade. Ainda, estado de guerra, a ameaça de guerra, o estado de sítio ou de emergência, a comoção ou conflito interno, a suspensão das garantias constitucionais, a instabilidade política interna, ou outras emergências ou calamidades públicas, periculosidade do detido ou condenado, a insegurança do estabelecimento carcerário ou penitenciário não podem ser invocadas como circunstâncias que justifiquem o cometimento do delito.

Tal como determina a Convenção da ONU, devem os estados partes signatários da Convenção Interamericana adotar medidas de prevenção e punição do crime de tortura no âmbito de sua jurisdição. Primeiramente, devem estabelecer em suas legislações internas a criminalização da conduta e a cominação de penas severas, considerando a gravidade do delito. Ainda, devem estabelecer e implementar políticas públicas com o objetivo de treinar e capacitar agentes de polícia, funcionários públicos responsáveis pela custódia de pessoas privadas de liberdade, provisória ou definitivamente, bem como os participantes de interrogatórios.

Ainda, os estados partes têm o dever de informar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre as medidas legislativas, judiciais, administrativas e de outra natureza que adotarem para dar aplicação a Convenção. A Comissão deve analisar, em seu relatório anual, a situação da prevenção e supressão da tortura nos Estados membros da Organização dos Estados Americanos.

Também determina a Convenção que nenhuma declaração que se comprove haver sido obtida mediante tortura poderá ser admitida como prova em um processo, salvo em processo

instaurado contra a pessoa ou pessoas acusadas de havê-la obtido mediante atos de tortura e unicamente como prova de que o acusado obteve tal declaração.

Caso haja a denúncia ou fundadas razões de prática de tortura, o estado deve, de ofício e imediatamente, investigar os fatos. Esgotados os procedimentos jurídicos internos, o caso pode ser submetido à jurisdição internacional.

A vítima de tortura tem o direito a receber do estado uma compensação financeira, sem prejuízo de também ser indenizada por outras pessoas. Para tanto, devem os estados prever em suas legislações internas as indenizações.

O estado deve exercer a sua jurisdição em caso de tortura e tratamento desumano ou degradante nos seguintes casos, conforme o artigo 12 da Convenção:

- a) quando a tortura houver sido cometida no âmbito de sua jurisdição;
- b) quando o suspeito for nacional do Estado Parte de que se trate;
- c) quando a vítima for nacional do Estado Parte de que se trate e este o considerar apropriado.

Ainda, tal como ocorre na Convenção da ONU, a Interamericana adotou, também, o Princípio da Jurisdição Universal ao estabelecer que “todo Estado Parte tomará também as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre o delito descrito nesta Convenção, quando o suspeito se encontrar no âmbito de sua jurisdição e o Estado não o extraditar, de conformidade com o artigo 11”. Logo, ainda que o crime não tenha sido praticado no território em que se encontre o acusado, o Estado a que pertence não o extradita e nem o pune, com fulcro no Princípio da Jurisdição Universal, o estado onde se encontra o acusado deve adotar medidas para a sua persecução criminal.

Quando um estado parte não conceder a extradição, submeterá o caso às suas autoridades competentes, como se o delito houvesse sido cometido no âmbito de sua jurisdição, para fins de investigação e, quando for cabível, de ação penal. Tal decisão deve ser comunicada ao estado que houver solicitado a extradição.

Para possibilitar a punição do suposto autor do crime de tortura, os estados partes devem adotar medidas para conceder a extradição de toda pessoa acusada de delito de tortura ou condenada por esse delito. A tortura deve ser incluída em todos os tratados de extradição celebrado entre Estados Partes. Quando o estado que recebe o pedido de extradição tenha, como requisito, a prévia celebração de tratado que a autorize, poderá considerar esta Convenção como a base jurídica necessária para a extradição referente ao delito de tortura. A

extradição estará sujeita às demais condições exigíveis pelo direito do Estado requerido. Os estados partes que não sujeitarem a extradição à existência de um tratado, reconhecerão esses delitos como casos de extradição entre eles, respeitando as condições exigidas pelo direito do estado requerido.

Por último, ressalva-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, outras convenções sobre a matéria e o Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos com relação ao delito de tortura.

É importante observar que os Tratados de Direitos Humanos e, especificamente, a Convenção contra a Tortura, mais do que discussões etéreas e sem realidade prática, não são meros textos jurídicos criados com o fim de abrilhantar a biblioteca de um país e dar uma menção honrosa à nação que o ratifica, como se tivesse atingido um grau de civilidade perante a comunidade internacional. Eles abordam a realidade de milhares de pessoas que, por inúmeros motivos, não são mais protegidas pelos estados onde vivem ou de onde possuem a nacionalidade, mas, o pior, toda a força e gigantismo estatal volta-se contra o seu cidadão. Não são mais o gênero o homem ou mulher, são as Lílian(s), as Marias(s), os Lorenzo(s), os Universindo(s) e todos os parentes e amigos destes, tal como, as Francesca(s) e os Camilo(s) e outros que sofreram ou sofrem abusos de direito. Se não houver alguém, além das fronteiras, que os proteja, quando o próprio estado não o faz, nega-se o direito a terem direitos, nas palavras de Hannah Arendt,⁹⁹ estarão totalmente desamparados. Logo, os tratados e a comunidade internacional tem fundamental importância para proteger tais pessoas quando o sistema legal intra-fronteiriço volta-se contra seus nacionais.

⁹⁹ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo. Anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo*. 7ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

4 CRIME DE TORTURA E OS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE OU LESA HUMANIDADE - SISTEMAS GLOBAL E INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

“Justice is a indispensable ingredient of the process of the national reconciliation. It is essential of the restoration of peaceful and normal relations between people who have lived under a reign of terror. It breaks the cycle of violence, hatred and extra-judicial retribution. Thus peace and justice go hand and hand.” Antonio Cassese - former ICTY (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia) President

4.1 SISTEMAS JUDICIAIS DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL - JURISDIÇÃO CRIMINAL

O crime de tortura pode ser classificado como crime contra a humanidade. A expressa punição dos crimes contra a humanidade foi prevista pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg, ratificada pela Organização das Nações Unidas em 11/12/1946¹⁰⁰, através da Resolução número 95 da Assembléia Geral. O mencionado Estatuto e as decisões do Tribunal compõem os Princípios de Nuremberg que são reconhecidos como *ius cogens*.

Os Princípios determinam que são puníveis como crimes, segundo as leis internacionais, os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade. Estes últimos referem-se a:

O assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação e qualquer outro ato desumano contra a população civil, antes ou durante a guerra, ou a persecução por motivos religiosos, raciais, ou políticos, quando estes atos de persecução tem conexão com qualquer crime contra a paz ou qualquer crime de guerra, violadores ou não da lei nacional onde o crime foi praticado¹⁰¹.

Ainda, a Comissão de Direito Internacional da ONU definiu, em 1950, que os crimes contra a humanidade se distinguem em duas categorias: a) o assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação e qualquer outro ato desumano contra a população civil. Nestes, os crimes contra a humanidade podem ser perpetrados antes e durante uma guerra e b) a persecução pode ser por motivos religiosos, raciais, ou políticos. Tais crimes podem ser

¹⁰⁰ Nota-se que tais princípios são anteriores à Ditadura no Brasil (1964 a 1985).

¹⁰¹ STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. **International Human Rights in Context: Law, politics, morals**. New York: Oxford University Press, 2000. p. 116-117.

cometido contra qualquer população civil, ainda que contra a população do próprio país do perpetrador¹⁰².

Posteriormente, ocorreram vários Tribunais Internacionais cujos estatutos trouxeram definições de crimes contra a humanidade. Citem-se: Tribunal Penal Internacional para a Ex Iugoslávia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, para Serra Leoa e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

4.1.1 Tribunal de Nuremberg

A II Guerra Mundial foi um marco divisor para o Direito Internacional. Se antes somente os estados eram considerados sujeitos de direito, com o fim da II Guerra e a revelação das atrocidades que foram cometidas pelos estados contra os seus nacionais¹⁰³, a pessoa passou a ser sujeito de direito sob a ótica internacional. Isto representou uma dupla revolução: se por um lado o homem passa a ser sujeito de direito sob a ótica internacional, o que revela uma maior preocupação da comunidade internacional em todos os aspectos, veja-se, por exemplo, a quantidade de tratados sobre direitos humanos aprovados e ratificados após a II Guerra, a iniciar-se, exemplificativamente, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948; por outro lado, a forma como os estados tratam o seus nacionais deixa de ser uma preocupação somente deste estado para se tornar um problema da comunidade internacional. Até então, a noção de soberania pode ser explanada nas palavras de Carlos Eduardo Pacheco do Amaral, citado por Ana Letícia Baraúna Duarte Medeiros:

Nele o poder político encontra-se centralizado e é unitariamente aplicado em todo o território e a todos os membros, no nível interno; e no nível externo, não reconhece superior nem admite interferências, colocando-se em um nível de absoluta igualdade face aos demais poderes dos demais estados: o Estado é soberano¹⁰⁴.

Logo, a noção de soberania deixa de ser plena e irrestrita. As atitudes, ações e medidas

¹⁰² ONU, Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II. Obtido no site <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/yearbooks.htm>. Acesso em: 17 fev. 2011.

¹⁰³ Tal como afirma Hannah Arendt, na obra *As origens do totalitarismo. Anti-semitismo. Imperialismo. Totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. 7ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras. 1989. Ao longo do tempo, o estado alemão adotou medidas de exclusão do povo judeu. O estado nazista negou o direito a se ter direitos. Cite-se: “A desnacionalização tornou-se uma poderosa arma política totalitária, e a incapacidade constitucional dos Estados-nações europeu de proteger os direitos humanos dos que haviam perdido os seus direitos nacionais permitiu aos governos opressores opor a sua escala de valores até mesmo sobre os países oponentes”. p. 302.

¹⁰⁴ MEDEIROS, Ana Letícia Baraúna Duarte. **Direito Internacional dos Direitos Humanos na América Latina: uma Reflexão Filosófica da Negação da Alteridade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 91 - 92.

tomadas pelo estado em face de seus nacionais, o que antes poderia revelar somente como uma consequência do exercício da soberania estatal, passa a ser um problema global. Assim, o poder local deixa de ser irrestrito e autônomo. Os tratados de direito humanos são um dos limitadores do exercício de poder dentro de cada território. Nas palavras de Flavia Piovesan:

Não obstante essas críticas, o significado do Tribunal de Nuremberg para o processo de justicialização dos direitos humanos é duplo: não apenas consolida a idéia da necessária limitação da soberania nacional como reconhece que os indivíduos têm direitos protegidos pelo Direito Internacional. Testemunha-se, desse modo, mudança significativa nas relações interestatais, o que vem a sinalizar transformações na compreensão dos direitos humanos, que, a partir daí, não poderiam ficar confinados à exclusiva jurisdição doméstica¹⁰⁵.

Assim, nas palavras da mencionada autora, não mais se pode dizer que “the king can do no wrong”¹⁰⁶. Da mesma forma, não se pode mais defender a igualdade entre os estados soberanos. Esta é apenas formal. Na práxis, impera a desigualdade, a prevalência do poder econômico, a interdependência dos estados, o transnacionalismo dos mercados, dos meios de comunicação, da opinião pública e das organizações não-governamentais¹⁰⁷.

Caso recente e que demonstra os efeitos da transnacionalização dos meios de comunicação, trata-se da facilidade de acesso às informações através da internet. As atuais revoluções no mundo árabe foram, de certa forma, incentivadas pela obra do doutor em Teoria Política pela Universidade de Oxford, Gene Sharp, cujo livro “Da Ditadura à Democracia”, dedicada à ação civil não violenta, está disponível, na internet, gratuitamente, e em 25 idiomas¹⁰⁸.

Entretanto, em que pese, na teoria, os tratados e declarações de direitos humanos sejam limitadores do exercício da soberania estatal; na prática, é comum que os estados invoquem esta mesma soberania para se eximirem da responsabilidade internacional e obstar o julgamento das cortes internacionais. Tal alegação não é novidade. No momento da implementação dos direitos fundamentais e limitação da soberania local, quer no plano prático, bem como no jurídico, os estados questionam se as cortes internacionais teriam a jurisdição sobre o nacional. Isto ocorreu no julgamento pelo Tribunal de Nuremberg, quando,

¹⁰⁵ PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 38-39. Ainda, no mesmo sentido, a autora cita: “No mesmo sentido, Rebecca M. M Wallace ressalta que o Tribunal de Nuremberg reforça a concepção de que os indivíduos têm direitos e deveres no plano internacional, podendo ser responsabilizados internacionalmente”.

¹⁰⁶ Tradução livre: “o rei não pode errar”.

¹⁰⁷ LAFER, Celso. A Soberania e os Direitos Humanos. In: **Lua Nova – Revista de Cultura e Política**, número 35. São Paulo: CEDEC, 1995. p. 137-148. Esta é a posição do autor.

¹⁰⁸ Iranianos podem realizar uma revolução nos moldes da egípcia. *Jornal Folha de São Paulo*. São Paulo. 21 de fevereiro de 2011. p.18.

se argumentou como uma das teses da defesa, a ausência de legitimidade, uma vez que era um tribunal dos vencedores para julgar os vencidos. Também se verifica, nas palavras do Ministro da Defesa, Nelson Jobim, ao comentar a prisão preventiva decretada pela Justiça italiana em desfavor de 146 sul-americanos, dentre eles 13 brasileiros, todos supostamente participantes da Operação Condor, que afirmou “a Itália não pode decidir sobre coisas que aconteceram no Brasil” e, ainda, “o Executivo não tem nada a ver com isso”¹⁰⁹. Tal declaração demonstra como o sistema internacional de justiça, quando é oportuno e conveniente para o estado, é classificado como: estrangeiro, alienígena, algo que não pertence ao território nacional. Talvez a solução tenha sido proposta por Kant, citado por Ana Letícia Baraúna Duarte Medeiros:

Por sua vez, para Kant, em apertada síntese, é imperiosa uma aliança entre os povos, nos termos de um contrato social originário. Entretanto, este pacto não deve conter um poder soberano, mas ser uma só associação (Genossenschaft) ou uma federação (Föderalitat), que pode ser renovada de tempos em tempos. O modelo de Kant, portanto, procura transcender o subjetivismo das soberanias e dos seus interesses, introduzindo a razão abrangente do ponto de vista da humanidade e do indivíduo como fim e não como meio, tendo como horizonte a possibilidade de uma paz perpétua¹¹⁰.

Assim, ou os estados se comprometem a cumprir as ordens internacionais, ou estas perdem a efetividade. Mas, de qualquer forma, não se deve olvidar que mudanças significativas ocorreram no direito internacional dos direitos do homem.

4.1.2 Tribunal Penal Internacional para a Ex-Yugoslávia

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Yugoslávia¹¹¹, aprovado pelo Conselho de Segurança através da Resolução n.827, de 25/05/1993, foi formado para apurar as sérias violações aos Direitos Humanos perpetrados no território da Yugoslavia desde 1991. Este foi o primeiro Tribunal para apurar os crimes depois dos Tribunais de Nuremberg e Tokyo.

¹⁰⁹ MAGNOLI, Demétrio; PIOVESAN, Flávia. **A Exceção Brasileira**. O Estado de São Paulo. p. A2, 10 de janeiro de 2008.

¹¹⁰ MEDEIROS, Ana Letícia Baraúna Duarte. **Direito Internacional dos Direitos Humanos na América Latina: uma Reflexão Filosófica da Negação da Alteridade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 90-91.

¹¹¹ Informações obtidas nos sites: <<http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/icty/icty.html>> e <<http://www1.umn.edu/humanrts/icty/statute.html>>. Acesso em: 17 fev. 2011.

O artigo 3º estabelece quais são as violações das leis e costumes de guerra:

(a) employment of poisonous weapons or other weapons calculated to cause unnecessary suffering; (b) wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity; (c) attack, or bombardment, by whatever means, of undefended towns, villages, dwellings, or buildings; (d) seizure of, destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science; (e) plunder of public or private property¹¹².

O crime de genocídio consta no artigo 4º:

Article 4 - Genocide

1. The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing genocide as defined in paragraph 2 of this article or of committing any of the other acts enumerated in paragraph 3 of this article.

2. Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: (a) killing members of the group; (b) causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; (d) imposing measures intended to prevent births within the group; (e) forcibly transferring children of the group to another group.

3. The following acts shall be punishable: (a) genocide; (b) conspiracy to commit genocide; (c) direct and public incitement to commit genocide; (d) attempt to commit genocide; (e) complicity in genocide¹¹³.

O artigo 5º determina que os crimes contra a humanidade são os crimes cometidos durante o curso de conflito armado, de caráter internacional ou interno, e dirigidos contra qualquer população civil: (a) assassinato, (b) extermínio, (c) redução à servidão ou escravidão, (d) deportação, (e) encarceramento (f) tortura, (g) estupro, (h) perseguição por motivo político, racial e religioso e (h) outros atos desumanos¹¹⁴.

Ainda, o Estatuto prevê a responsabilidade criminal de cada indivíduo que planejou,

¹¹² Tradução livre: (a) emprego de armas tóxicas ou outras calculados para causar sofrimento desnecessário, (b) destruição de cidades, vilas ou aldeias, ou devastação não justificada por necessidade militar; (c) ataque ou bombardeamento, por qualquer meio, de cidades indefesas, vilarejos, habitações ou edifícios, (d) a apreensão, destruição ou danificação deliberada de instituições dedicadas à caridade, religião e educação, as artes e ciências, monumentos históricos e obras de arte e ciência, (e), pilhagem de propriedade pública ou privada”.

¹¹³ Tradução livre: “Artigo 4º - Genocídio 1. O Tribunal Internacional terá competência para julgar as pessoas que tenham cometido genocídio, tal como definido no n.º 2 deste artigo ou de cometer qualquer dos outros atos enumerados no parágrafo 3º deste artigo. 2. Por genocídio qualquer dos seguintes atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tais como: (a) matar membros do grupo; (b), causando sérios danos físicos ou mentais a membros do grupo; (c) submissão intencional do grupo a condições de vida calculadas para provocar sua destruição física no todo ou em parte; (d) medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; (e) transferência forçada de crianças do grupo para outro 3. Os atos seguintes serão punidos: (a) o genocídio; (b) a conspiração para cometer genocídio; (c) a incitação direta e pública a cometer genocídio; (d) a tentativa de cometer genocídio; (e) cumplicidade em genocídio”.

¹¹⁴ ONU, Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, february, 2006. Informações obtidas no site <http://www1.umn.edu/humanrts/icty/statute.html>. Acesso em: 17 fev. 2011.

instigou, ordenou, cometeu ou ajudou a cometer, instigou a planejar, a preparar ou a executar os crimes referidos nos artigos 2º a 5º. A posição oficial de qualquer acusado, ainda que chefe de estado, governador ou oficial do estado não exclui a responsabilidade criminal e nem a mitiga. O superior hierárquico também é responsabilizado caso saiba, ou tinha razões para saber, que o seu subordinado iria cometer ou cometeu os crimes mencionados nos artigos 2º a 5º e fracassou para impedir a prática de tais atos ou não o puniu. Se o acusado agiu cumprindo ordem superior, isto não exclui a sua responsabilidade, mas deve ser considerado como mitigante da punição.

4.1.3 Tribunal Penal Internacional para Ruanda

O Estatuto para o Tribunal Penal Internacional para Ruanda¹¹⁵ foi primeiro tribunal estabelecido para processar e julgar as violações aos direitos humanos em solo africano. Após o assassinato do Presidente Juvenal Habyarimana, em 6 de abril de 1994, da etnia hutu, o país sofreu guerra civil e genocídio. Os hutus, extremistas do Movimento Nacional Republicano para Desenvolvimento e Democracia, e as Forças Armadas da Ruanda exterminaram a etnia minoritária tutsi e os hutus que os defendiam. Em 19 de julho de 1994, quando a guerra civil e o genocídio acabaram, mais de 800.000 pessoas haviam sido assassinadas.

Em 8 de novembro de 1994, o Conselho de Segurança das Nações Unidas aprovou a Resolução 955 que estabeleceu o Tribunal Penal Internacional em Ruanda cuja finalidade era processar as pessoas responsáveis pelo genocídio e outras violações de direitos humanos cometidos no território da Ruanda ou países vizinhos, entre 1º de janeiro de 1994 a 31 de dezembro de 1994.

O Tribunal de Ruanda inovou a jurisprudência internacional em vários aspectos. No caso *Promotoria versus Jean-Paul Akayesu*¹¹⁶, foi a primeira oportunidade que estupro foi classificado como crime de genocídio por uma corte internacional. Jean Paul Akayessu era bourgmestre de Taba, cidade onde centenas de tutsis foram sistematicamente estupradas, torturadas e assassinadas. Em 1997, ante a aplicação do artigo 3º do Protocolo Adicional II, estupro e atos desumanos passaram a ser considerados crimes de genocídio. A divisão política de Rwanda é a seguinte: o país é dividido em 11 prefeituras que é governada por um prefeito.

¹¹⁵ Informações obtidas no site <http://www.un.org/ict/statute.html>. Acesso em: 01 mar. 2011.

¹¹⁶ Informações obtidas no site: <http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/ict/ict.html>. Acesso em: 1 mar. 2011.

As prefeituras são divididas em *communes*, administradas por *bourgmestres*, indicados pelo Presidente da República, com a recomendação do Ministro do Interior. O *bourgmestre* é a figura mais poderosa da *commune*. Ele tem mais poder de fato do que de direito.

Além disso, o caso de *Akayesu* foi o primeiro em que um tribunal internacional teve que interpretar a definição de genocídio tal como consta na Convenção para Prevenção e Punição de Crimes de Genocídio. Conforme a Convenção, genocídio pode ser definido como o ato de cometer certos crimes, incluindo assassinatos de membros de algum grupo, ou causar sérias lesões físicas ou mentais nos membros de um grupo que se objetiva destruir, integralmente ou parte, devido a motivos nacionais, religiosos, raciais ou outros. Ao interpretar o crime de genocídio, a Corte definiu que estupro era “uma invasão física de natureza sexual” e que ataques sexuais constituem genocídio quando cometidos com o fim específico de destruir, parte ou integralmente, um grupo. Akayesu está preso em Mali.

Além disso, no caso “Promotoria *versus Jean Kambanda*” foi a primeira vez que um representante do alto escalão do governo admitiu a sua culpa perante uma corte internacional. Kambanda foi o Primeiro Ministro no Governo interino durante o período de massacre e foi acusado de genocídio, conspiração para o cometimento de genocídio, incitação pública e direta para o cometimento de genocídio, cumplicidade no crime de genocídio e crimes contra a humanidade. Kambanda foi condenado à prisão perpétua e cumpre a pena em Mali.

Conforme o Estatuto do Tribunal, no artigo 2º, o crime de genocídio é qualquer ato cometido com a intenção de destruir, parte ou integralmente, uma nação, uma etnia, uma raça ou grupo religioso tal como: (a) assassinato dos membros do grupo, (b) causar lesão mental ou física aos membros do grupo, (c) deliberadamente causar ao grupo condições que possam causar a destruição física ou mental de forma parcial ou integral, (d) impor medidas que impeçam o nascimento de pessoas do grupo, (e) transferir crianças à força de um grupo para outro grupo.

Ainda, o mesmo artigo estabelece que são puníveis: (a) genocídio, (b) conspiração para o cometimento de genocídio, (c) incitação direta e pública para o cometimento de genocídio, (d) tentativa de genocídio e (e) cumplicidade no cometimento do crime de genocídio.

O artigo 3º estabelece quais são os crimes contra a humanidade: (a) homicídio, (b) extermínio, (c) redução à servidão ou escravidão, (d) deportação, (e) encarceramento, (f) tortura, (g) estupro, (h) perseguição por motivo político, racial e religioso e (h) outros atos desumanos. Tais crimes devem ter sido cometidos como parte de um ataque sistemático e generalizado contra uma população civil por razões nacionais, político, étnico, racial e

religioso.

Por ataque generalizado, a Corte definiu que “massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims”¹¹⁷. O conceito de ataque sistemático é:

The concept of 'systematic' may be defined as thoroughly organized and following a regular pattern on the basis of a common policy involving substantial public or private resources. There is no requirement that this policy must be adopted formally as the policy of a state. There must however be some kind of preconceived plan or policy¹¹⁸.

4.1.4 Corte Especial para Sierra Leone

A Corte Especial para Sierra Leone foi criada mediante um acordo entre as Nações Unidas e o país, através da Resolução 1.315, do Conselho de Segurança, de 14 de agosto de 2000¹¹⁹. A Corte tem a competência de apurar os crimes contra a humanidade, cometidos no território da Sierra Leone, desde 30 de novembro de 1996.

O artigo 2º do estatuto estabelece quais são os crimes contra a humanidade: (a) homicídio, (b) extermínio, (c) redução à servidão ou escravidão, (d) deportação, (e) encarceramento, (f) tortura, (g) estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada e outros tipo de violência sexual, (h) perseguição por motivo político, racial e religioso e (h) outros atos desumanos. Tais crimes devem ter sido cometidos quando cometidos como parte de um ataque sistemático e generalizado contra uma população civil.

¹¹⁷ Tradução livre: “maciço, freqüente, a ação em grande escala, realizada em conjunto com considerável gravidade e dirigidos contra uma multiplicidade de vítimas”.

¹¹⁸ International Criminal Tribunal for Rwanda. Chamber 1. The Prosecutor versus Jean paul Akayesu. Disponível no site http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/akay001.htm#6_4. Acesso em 17 fev. 2011. Tradução livre: “conceito de "sistemática pode ser definida como bem organizada e seguindo um padrão regular, com base de uma política comum envolvendo importantes recursos públicos ou privados. Não há exigência de que esta política deve ser aprovada formalmente como a política de um Estado. Deve, contudo, ser algum tipo de plano preconcebido ou a política”.

¹¹⁹ United Nations, Security Council. Statute of the Special Court for the Sierra Leone. 16 de Janeiro de 2002, disponível no site <http://www.unhcr.org/refworld/type,INTINSTRUMENT,,3dda29f94,0.html>. Acesso em: 17 fev. 2011.

4.1.5 Tribunal Penal Internacional

A criação de uma corte penal internacional permanente já era almejada e prevista na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948. Consta no artigo 6º:

As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo 3.º serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território o ato foi cometido ou pelo tribunal criminal internacional que tiver competência quanto às Partes Contratantes que tenham reconhecido a sua jurisdição.

Após a II Guerra, com o estabelecimento de tribunais temporários, tal como o de Nuremberg, Tóquio, ex-Yugoslávia, Ruanda e outros, a comunidade internacional verificou a necessidade de se estabelecer uma corte permanente e independente para julgar os crimes de guerra, os crimes de genocídio e os crimes contra a humanidade. A transitoriedade, uma vez que eram cortes criadas com datas definidas de funcionamento, bem como a falta de independência para o seu estabelecimento, tais cortes eram criadas através da aprovação do Conselho de Segurança da ONU, fez com que a comunidade internacional se movimentasse em prol de um corte permanente e independente.

É independente uma vez que a sua atuação e estabelecimento não depende da votação do Conselho de Segurança ou qualquer outro órgão da ONU. Ela atua de forma independente e isto foi alegado como um dos fundamentos para que os Estados Unidos da América votassem contra a aprovação do tratado. Além deste país, também votaram contra o Tratado de Roma: China, Filipinas, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia.

Sobre a precariedade das cortes temporárias e a necessidade de uma corte permanente, cite-se o caso relatado no Informe 2010 da Anistia Internacional - O Estado dos Direitos Humanos no Mundo:

Entre janeiro e maio de 2009, cerca de 300 mil cingaleses ficaram encurralados em uma estreita faixa de terra no Sri Lanka, entre os Tigres de Libertação da Pátria Tâmil, que recuavam, e os militares cingaleses, que avançavam. Enquanto as denúncias sobre os abusos cometidos pelos dois lados aumentavam, o Conselho de Segurança da ONU recusava-se a intervir. Pelo menos sete mil pessoas foram mortas – havendo quem afirme que esse número chegue a vinte mil. O governo do Sri Lanka refutou todas as denúncias de que suas forças cometeram crimes de guerra e rejeitou os apelos para que houvesse uma investigação internacional, ao mesmo tempo em que ele não conduzia nenhuma investigação confiável e independente. Embora o Conselho de Direitos Humanos da ONU tenha convocado uma sessão especial, o jogo de poder fez com que os estados-membros aprovassem uma

resolução redigida pelo Governo do Sri Lanka, enaltecendo a si próprio pela vitória contra os Tigres Tâmeis. Até o fim do ano, apesar de terem surgido mais comprovações sobre os crimes de guerra e sobre outros abusos, ninguém havia sido levado à Justiça.

Certamente, seria difícil imaginar um fracasso maior do que esse em fazer com que violadores dos direitos humanos prestem contas de seus crimes.

Porém, ao pensar sobre isso, lembrei-me do Prefácio do Informe de 1992 da Anistia Internacional. Sob o título “matando e se eximindo do crime”, o texto focalizava diversos países cujos líderes políticos e militares responsáveis por ordenarem ou por aprovarem assassinatos, desaparecimentos forçados, estupros sistemáticos e outras torturas não corriam o risco a serem chamados a prestar contas. O Sri Lanka figurava, então, como um exemplo de destaque. Seu governo não havia levado à Justiça os responsáveis por dezenas de milhares de execuções extrajudiciais e de desaparecimentos forçados durante uma violenta repressão a uma insurreição interna entre 1988 a 1990¹²⁰.

Assim, para se evitar que a apuração de alguns crimes específicos contra os direitos humanos e a punição de seus perpetradores ficassem dependentes de decisões políticas da ONU, defendeu-se a criação de um tribunal permanente. Este somente foi criado em 17 de julho de 1998, quando cento e vinte estados partes assinaram o Tratado de Roma. O seu principal objetivo é investigar e punir os perpetradores dos piores crimes contra os direitos humanos.

O Estatuto de Roma foi ratificado e promulgado no Brasil através do Decreto nº4388, de 25 de setembro de 2002.

Nos termos do artigo 1º do Estatuto, a jurisdição é complementar às jurisdições penais nacionais. Dessa forma, respeita-se a jurisdição local, que é primária. Caso esta inexista, por inúmeras razões, ou se atuar de forma ineficiente e precária, a Corte pode agir de forma complementar. Assim, consta no artigo 17 os casos de admissibilidade:

1. Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1º, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se:
 - a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer;
 - b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer;
 - c) A pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia, e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no parágrafo 3º do artigo 20;
 - d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.
2. A fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o

¹²⁰ CORDONE, Cláudio. **Em busca de justiça**: para todos os direitos, para todas as pessoas. Informe 2010 da Anistia Internacional – O Estado dos Direitos Humanos no Mundo. 2010. p. 13-14.

Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias:

- a) O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5º;
- b) Ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça;
- c) O processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça;

3. A fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não estará em condições de fazer comparecer o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo.

Assim, ainda que a jurisdição local atue, caso esta não o faça de forma devida, o tribunal tem competência para apurar os fatos e julgar os suspeitos.

A Corte possui os seguintes órgãos: (a) Presidência; (b) Câmara: de questões preliminares, de primeira instância e de apelação; (c) Promotoria e (d) Secretaria. É constituída por dezoito juízes com mandato de nove anos. Dentre os membros, consta a brasileira Sylvia Steiner, Desembargadora Federal exonerada do Tribunal Regional Federal da 3ª Região para ocupar o cargo de juíza da Corte Internacional.

A Promotoria, órgão que deve receber as denúncias de crimes, investigar e, se for o caso, instaurar o procedimento criminal, deve atuar (i) de ofício, (ii) através de denúncia de algum estado parte ou (iii) através de denúncia do Conselho de Segurança da ONU.

Os crimes contra a humanidade constam elencados no artigo 7º do mencionado Tratado:

Artigo 7º

Crimes Contra a Humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;

- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de apartheid;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

Ainda, o próprio Tratado apresenta algumas definições:

- a) Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política;
- b) O "extermínio" compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;
- c) Por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;
- d) Por "deportação ou transferência à força de uma população" entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional;
- e) Por "tortura" entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas;
- f) Por "gravidez à força" entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez;
- g) Por "perseguição" entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa;
- h) Por "crime de apartheid" entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime;
- i) Por "desaparecimento forçado de pessoas" entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

Com o estabelecimento de uma corte penal permanente, evita-se as grandes críticas que se fazia aos demais tribunais temporários, alegando-se que eram cortes de exceção ou de execução sumária, pois, criados após a ocorrência dos fatos e pelos supostos vencedores da

batalha. A legitimidade dos tribunais temporários foi questionada em vários aspectos, inclusive pela defesa dos acusados.

No tocante ao Tribunal Nuremberg, afirmou-se que os acusados não puderam questionar a escolha dos magistrados que foram indicados pelos países vencedores. A Corte era formada por oito juízes das seguintes nacionalidades: americana, inglesa, francesa e soviética. O Arthur Lehman Goodhart afirmou que¹²¹:

Yet no one has ever argued that in such cases it was necessary to call on neutral judges. The prisoner has the right to demand that his judges shall be fair, but not that they shall be neutral. As Lord Writ has pointed out, the same principle is applicable to ordinary criminal law because 'a burglar cannot complain that he is being tried by a jury of honest citizens.

Alegou-se, também, que houve a aplicação retroativa da legislação uma vez que, quando os fatos foram cometidos, não se tinha uma definição de crimes contra a humanidade. Isto violou o princípio do Direito Penal que determina “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”.

Com a aprovação do Estatuto de Roma, objetivou-se evitar as alegações supra mencionadas e que macularam a atuação das cortes temporárias. Para impedir qualquer discussão, consta, no artigo 11 do Estatuto de Roma, que somente serão submetidos ao Tribunal Penal Internacional os fatos ocorridos após a sua entrada em vigor. Ainda, se um Estado se tornar parte no presente Estatuto depois da sua entrada em vigor, o Tribunal só poderá exercer a sua competência em relação a crimes cometidos depois da entrada em vigor do presente Estatuto, relativamente a esse Estado, a menos que este tenha feito uma declaração diversa, nos termos do parágrafo 3º do artigo 12. Nos termos da lição de Flavia Piovesan:

Ao contrário, o Tribunal Penal Internacional assenta-se no primado da legalidade, mediante uma justiça pré-estabelecida, permanente e independente, aplicável igualmente a todos os Estados que a reconhecem, capaz de assegurar direitos e a combater a impunidade, especialmente a dos mais graves crimes internacionais. Consagra-se o Princípio da Universalidade, na medida em que o Estatuto de Roma se aplica universalmente a todos os Estados-partes, que são iguais perante o Tribunal Penal, afastando a relação entre vencedores e vencidos¹²².

¹²¹ The Legality of the Nuremberg Trials, Juridical Review, April, 1946. Informações obtidas no site http://www.worldlingo.com/ma/enwiki/en/Nuremberg_Trials#Validity_of_the_court. Acesso em: 18 fev. 2011. Tradução livre: “No entanto, ninguém jamais alegou que, nesses casos, foi necessário recorrer a juízes neutros. O preso tem o direito de exigir que seus juízes devem ser justos, mas não que deve ser neutro. Como Senhor Writ apontou, o mesmo princípio é aplicável a lei penal comum, pois "um ladrão não pode reclamar que ele está sendo julgado por um júri de cidadão honesto”.

¹²² PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 47.

O Estatuto de Roma estabelece, ainda, os princípios gerais de direito penal: (a) *nullum crimen sine lege*: nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal; (b) *nulla poena sine lege*: qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto; (c) não retroatividade *ratione personae*: nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à sua entrada em vigor.

A Corte, atualmente somente tem casos sobre atrocidades cometidas em solo africano. Um deles é o caso de Uganda, Promotoria versus Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo e Dominic Ongwen. Todos são membros da Lords Resistance Army, grupo armado que se insurgiu contra o Governo da Uganda, seu exército e a população civil. As acusações são os ataques brutais à população civil, incluindo o assassinato, mutilação, queima de casas e propriedades, usos de crianças nas lutas armadas e submissão das mulheres como escravas sexuais. Há mandados de prisão expedido contra todos os acusados mencionados¹²³.

Da República Democrática do Congo, há quatro casos¹²⁴: Promotoria versus Thomas Lubanda Dyilo; Promotoria versus Bosco Ntaganda; Promotoria versus Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui; Promotoria versus Callixte Mbarushimana.

Thomas Lubanda Dyilo, fundador da Union des Patriotes Congolais e das Forces Patriotiques pour la Libération du Congo (*FPLC*), é acusado de crimes de guerra dentre eles, a cooptação de menores de quinze anos de idade para participar das lutas armadas. Está preso em The Hague, Holanda.

Bosco Ntaganda, membro das *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* e do Congrès national pour la défense du peuple (CNDP), grupo armado que atua no norte do Congo. Está foragido. É acusado de cometer crimes de Guerra dentre eles, a cooptação de menores de quinze anos de idade para participar das lutas armadas.

Todos os demais também estão presos e são acusados de crimes contra a humanidade e crimes de guerra. São fundadores ou atuaram em posições importantes em milícias.

Ante a situação em Darfur (Sudão), foram instaurados quatro casos:¹²⁵ Promotoria

¹²³ Informações obtidas no site <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/>. Acesso em: 10 mar. 2011.

¹²⁴ Disponível em: <http://www.icccpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/democratic%20republic%20of%20the%20congo?lan=en-GB>. Acesso em: 10 mar. 2011.

¹²⁵ Informações obtidas no site <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/>. Acesso em: 10 mar.

versus Ahmad Muhammad Harun e Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman; Promotora versus Omar Hassan Ahmad Al Bashir; Promotora versus Bahar Idriss Abu Garda e Promotora versus Abdallah Banda Abakaer Nourain e Saleh Mohammed Jerbo Jamus. O acusado Bahar Idriss Abu Garda se apresentou voluntariamente ao tribunal e está solto. Os demais estão foragidos¹²⁶.

Caso interessante é o Promotora versus Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Presidente da República do Sudão, desde 16 de outubro de 1993. Há dois mandados de prisão expedidos pela corte em seu desfavor. Ele é acusado dos seguintes crimes, em co-autoria: homicídio, tortura, estupro, crimes de guerra ante o ataque à população civil, pilhagem e crimes de genocídio. Para a Corte ele consta como foragido. Entretanto, ele ocupa a Presidência do Sudão, em suma, as autoridades tem o local certo para cumprir o mandado.

Ainda, recentemente o Sudão se submeteu a um plebiscito para votar sobre a separação entre o sul e o norte. Omar Al Bashir constava em vários canais de comunicação e, com o resultado a favor da separação, afirmou que iria cumprir o escolhido pelo povo. Em reportagem no Jornal Folha de São Paulo, “Washington tem afirmado estar pronto para tirar o Sudão da lista de Estados que patrocinam o terrorismo após o sucesso do referendo e ajudar na flexibilização de sanções comerciais”¹²⁷.

Para o direito penal pátrio, quando o réu está foragido é porque, após inúmeras buscas, não se conseguiu localizá-lo. De forma alguma, pode-se qualificar o réu, com mandado de prisão expedido, proferindo entrevistas nos canais de comunicação, como foragido. Esta situação revela algumas incongruências do sistema internacional, isto é, a ausência de força coercitiva decorrente das determinações das Cortes Internacionais.

Este é um dos desafios do Direito Internacional, nas palavras de Flavia Piovesan “direito da força versus a força do direito” ou o Direito Internacional adquirir garras e dentes, isto é, poder e capacidade sancionatórios¹²⁸. A internacionalização do Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito Internacional demandam que o plano local e o internacional se complementem. Se por um lado, o Direito Internacional depende do direito local para ser implementado, em suma, as decisões das Cortes Internacionais, ante a ausência de força coercitiva, para serem cumpridas dependem do sistema interno de cada país; por outro lado,

2011.

¹²⁶ Sobre os mandados de prisão expedidos, vide o site da Interpol, http://www.interpol.int/public/Data/Wanted/Notices/Data/2007/92/2007_43292.asp. Acesso em: 10 de mar. 2011.

¹²⁷ Jornal Folha de São Paulo. 07/02/2011. Obtido no site <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/871942-onu-elogia-conducao-de-referendo-no-sudao.shtml>. Acesso em: 10 mar. 2011.

¹²⁸ PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

os sistemas constitucionais internos podem, utilizando-se do sistema internacional, promover reformas estruturais. Assim, se para prender o suposto foragido¹²⁹ Omar Al Bashir, a Corte Internacional depende da sua efetiva entrega pelo país onde se encontre; por outro lado, pode-se defender que a obrigação dos agentes estatais de cumprir as ordens judiciais não se resume mais às advindas de tribunais locais, mas, também, as decorrentes de cortes internacionais a que o país tenha se submetido. Portanto, poder-se defender que, caso este denunciado, ou qualquer outro, ainda que chefe de estado, adentre em território nacional, deve ser custodiado pelo primeiro agente estatal que o receber, sob pena deste ser responsabilizado criminalmente e administrativamente¹³⁰. Não se pode duvidar que tal situação pode gerar constrangimentos diplomáticos. Conforme reportagem no Jornal Folha de São Paulo¹³¹, Omar Al Bashir esperava apoio do Presidente Lula contra o Tribunal Internacional e, inclusive, cogitava-se a sua vinda no ano passado, em solo brasileiro, sem esquecer que o Brasil é signatário do Tratado de Roma. Assim, tais situações revelam a importância de uma corte independente que não se submeta ao jogo de poder entre as nações.

Na República Central da África há o caso Promotoria versus Jean Pierre Bemba Gombo.

Em 8 de março de 2011, em face dos fatos ocorridos na República do Kenya, o Promotor teve autorizado o pedido de convocação de William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey, Joshua Arap Sang, Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali para que compareçam à Corte até 7 de abril de 2011.

Em 3 de março de 2011, foi instaurada uma investigação para apurar os fatos que estão ocorrendo na Líbia ante as manifestações populares e o ataque de forças aliadas a Kadhafi.¹³²

4.1.6 Características em comum das cortes internacionais

Alguns elementos estão presentes nos estatutos que criaram os Tribunais Internacionais: (a) o caráter e a natureza de atos desumanos que revestem os atos que

¹²⁹ Cite-se suposto foragido porque talvez este seja o caso em que o réu possui o domicílio mais certo e preciso entre todos com ordem de prisão expedida.

¹³⁰ A título de exemplo, poder-se-ia citar as seguintes tipificações caso a ordem não seja cumprida: prevaricação (artigo 319), favorecimento pessoal (art. 348), entre outros todos do Código Penal.

¹³¹ Jornal Folha de São Paulo, em 02/07/2009 <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u589570.shtml>. Acesso em: 10 mar. 2011.

¹³² Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court?> .

integram a categoria, (b) não taxatividade da enumeração, (c) os atos desumanos dirigem-se contra a população civil. Ainda, alguns Tribunais Internacionais acrescentam a generalidade ou sistematicidade dos atos.

O Centro Internacional para a Justiça Transicional, no de parecer técnico sobre a natureza dos crimes contra a humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistia, concluiu:

Se poderia considerar, então, a luz dos Princípios de Nuremberg de 1950 como do Estatuto de Roma e a jurisprudência dos tribunais penais internacionais, que se está diante de um crime de lesa humanidade quando: i) se comete um ato desumano em sua natureza e caráter, que produz um grande sofrimento na vítima e que causa danos em sua integridade e/ou saúde física e/ou mental; ii) quando este ato se comete como parte de um ataque sistemático ou generalizado; iii) quando este ataque corresponde a uma política que - como se verá mais adiante - não necessariamente foi adotada de maneira formal; e iv) quando o ataque está dirigido contra população civil¹³³.

4.2 SISTEMAS JUDICIAIS DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL - JURISDIÇÃO CÍVEL

Tal como anotado por Flavia Piovesan, é interessante observar que, no sistema global da ONU, a punição aos crimes contra a humanidade, os crimes de guerra, genocídio e outros advieram com as decisões das Cortes Criminais. Na jurisdição dos sistemas regionais, europeu e interamericano, as decisões decorrem de cortes com competência cível, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Européia de Direitos Humanos.

No caso da jurisdição cível no sistema global, há a **Corte Internacional de Justiça**, que somente aceita como sujeito ativo os Estados.

No sistema regional europeu, há a **Corte Européia de Direitos Humanos** e, no sistema interamericano, a **Corte Interamericana de Direitos Humanos**.

¹³³ Centro Internacional para a Justiça Transicional. Parecer técnico sobre a natureza dos crimes contra a humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistia. Informações obtidas no site http://www.prr3.mpf.gov.br/component/option,com_remository/Itemid,176/func,fileinfo/id,1630/. Acesso em: 18 fev. 2011.

4.2.1. Crime de tortura e os crimes contra a humanidade ou lesa humanidade sob o enfoque da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte e a Comissão, criadas pela Convenção Americana de Direitos Humanos, tem a função de supervisionar a aplicação do tratado pelos estados membros. A Corte, entretanto, possui caráter jurisdicional. Tem sede na Costa Rica, mas os membros podem se reunir em outros estados, caso este permita e a maioria dos membros da corte entendam que é necessário.

A Corte tem a função contenciosa e consultiva. Pela atribuição contenciosa, deve julgar casos e as suas decisões são definitivas, pois não cabe recurso. Ainda, a Corte pode determinar medidas de urgência, caso sejam necessárias para se evitar danos às pessoas.

A função consultiva restringe-se à sua atribuição de interpretar a Convenção e outros instrumentos internacionais de direitos humanos. Para realizar tal atividade, a Corte pode ser provocada por qualquer estado membro da OEA, incluindo os que não são signatários da Convenção (artigo 64 da Convenção).

A Corte para julgar um caso deve ser provocada pelo estado membro ou pela Comissão. O estado denunciado deve ter aceitado a jurisdição da Corte em geral ou a aceitou para o caso específico sob *judice*. Para o feito ser julgado pela Corte, não é condição de admissibilidade que seja esgotado o procedimento na Comissão. A pessoa natural não possui legitimidade para atuar como parte.

As penalidades aplicadas pelos Juízes da Corte podem ter caráter mandamental e indenizatório. Quando se trata de decisão indenizatória, cabe ao estado promover a execução, conforme as suas leis internas.

Um dos mecanismos utilizados para que o estado condenado cumpra a decisão, é o relatório anual enviado pela Corte à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, onde constam os casos de descumprimento de ordem judicial internacional. Neste relatório, a Corte pode fazer novas recomendações.

O Brasil reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana por meio do Decreto Legislativo número 89, de 3 e dezembro de 1998.

Citem-se alguns casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à proibição da tortura, bem como a aplicação de leis de anistia internas que impedem a investigação e a punição dos responsáveis:

a) *Barrios Altos versus Peru*

Primeiramente, cumpre ressaltar que o Peru ratificou a Convenção Americana em 28 de julho de 1978 e a competência da Corte desde 21 de janeiro de 1981.

Este caso possui relevância uma vez que foi o primeiro julgamento em que a Corte invalidou as leis de anistias locais em face de tratados internacionais de proteção de direitos humanos.

Em 30 de junho de 1995, a Comissão Interamericana recebeu uma denúncia contra o Peru que se negava a investigar e punir os participantes do Massacre de Barrios Altos. Após apurar a denúncia, em 7 de março de 2000, a Comissão recomendou ao Estado que (a) reconhecesse a nulidade de leis de anistias internas, (b) investigasse os fatos e punisse os envolvidos e (c) adotasse medidas de reparação integral às vítimas.¹³⁴

Como as recomendações não foram obedecidas, em 8 de junho de 2000, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou à Corte o caso denominado Barrios Altos em face do Estado do Peru. O caso trata da investigação do massacre de quinze pessoas e a mutilação de outras quatro no local denominado "Barrios Altos" em Lima, Peru, em 3 de novembro de 1991. Nesta data, seis indivíduos armados, foram até o endereço Jirón Huanta, n° 840, em Barrios Altos, Lima, e executaram quinze pessoas e outras quatro sobreviveram com graves sequelas.

Para apurar os fatos, em 23 de dezembro de 1991, uma Comissão formada por senadores iniciou uma investigação. Entretanto, esta comissão, em 5 de abril de 1992, teve as suas atividades interrompidas, pois, o Governo de Emergência e Reconstrução Nacional dissolveu o Congresso e o Congresso Constituinte Democrático.

Em abril de 1995, a Promotora de Justiça¹³⁵ Ana Cecilia Magallanes iniciou uma investigação sobre os fatos ocorridos e denunciou cinco oficiais do exército como responsáveis, alguns inclusive já denunciados no caso La Cantuta, a saber: General Julio Salazar Monroe, Major Santiago Martín Rivas, e os oficiais Nelson Carbajal Garcia, Juan Sosa Saavedra e Hugo Coral Goycochea. Em que pese as tentativas da promotora de realizar a oitiva dos réus, todos se negaram a comparecer afirmando que somente poderiam se submeter à jurisdição militar e que o General tinha todos os privilégios de Ministro de Estado.

A Juíza Antonia Saquicuray, em 19 de abril de 1995, recebeu a denúncia e novamente

¹³⁴ Caso Barrios Altos vs Peru. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf. Acesso em 10 mar. 2011.

¹³⁵ O termo original que consta no voto é Fiscalía Provincial Penal.

tentou-se realizar a oitiva dos acusados que restou infrutífera. O Conselho Supremo da Justiça Militar editou uma resolução reafirmando que a competência para apurar os fatos supostamente praticados pelos denunciados deveria ser da Justiça Militar. Ainda, interpuseram uma petição de conflito positivo de competência na Corte Suprema para que fosse reafirmada a competência da Justiça Militar.

Em 14 de junho de 1995, o Congresso peruano aprovou a Lei n°26479¹³⁶, que "exonerava a responsabilidade dos militares, policiais e civis que cometeram, entre 1980 a 1995, violação aos direitos humanos ou participaram destas violações", promulgada no dia seguinte. O projeto de lei não foi discutido pela sociedade e foi aprovado no mesmo dia que apresentado ao Congresso. Ademais, a lei teve um espectro de abrangência amplo. Anistiou todos os réus - condenados ou não - que foram denunciados por violações aos direitos humanos. Alguns, inclusive, que já cumpriam pena foram libertados. Aos demais, o objetivo era obstar a investigação e condenação.

Como no estado peruano há, também, o controle difuso de constitucionalidade, a Juíza Antonia Saquicuray reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 1° da lei de anistia aprovada e determinou a tramitação do processo em face dos cinco denunciados. Na mesma data da decisão, em 16 de junho de 1995, o Governo peruano anuncia, através da Procuradora Geral,

¹³⁶ A lei possui o seguinte teor: "Artículo 1o.- Concédase amnistía general al personal Militar, Policial o Civil, cualquiera que fuere su situación Militar o Policial o Funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los Fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sidocometidos en forma individual o en grupo desde Mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente Ley.

Artículo 2o.- Concédase amnistía general al personal militar en situación de Actividad, Disponibilidad o Retiro y civil implicados, procesados o condenados por los sucesos del 13 de Noviembre de 1992.

Artículo 3o.- Concédase amnistía general al personal militar en situación de Actividad, Disponibilidad o Retiro denunciado, procesado o condenado por los delitos de Infidencia, Ultraje a la Nación y a las Fuerzas Armadas, con ocasión del reciente conflicto en la frontera norte.

Artículo 4o.- El Poder Judicial, Fuero Común, Fuero Privativo Militar y el Ejecutivo, procederán en el día, bajo responsabilidad, a anular los antecedentes policiales, judiciales o penales, que pudieran haberse registrado contra los amnistiados por esta Ley, así como dejar sin efecto cualquier medida restrictiva de la libertad que pudiera afectarles. Procederán igualmente a excarcelar a los amnistiados que estuvieran sufriendo arresto, detención, prisión o pena privativa de la libertad, quedando subsistentes las medidas administrativas adoptadas.

Artículo 5o.- Está excluido de la presente ley el personal Militar, Policial o Civil que se encuentra denunciado, investigado, encausado o condenado por los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, de Terrorismo y Traición a la Patria regulado por la Ley No 25659.

Artículo 6o.- Los hechos o delitos comprendidos en la presente amnistía, así como los sobreseimientos definitivos y las absoluciones, no son susceptibles de investigación, pesquisa o sumario; quedando, todos los casos judiciales, en trámite o en ejecución, archivados definitivamente.

Artículo 7o.- La presente Ley entrará en vigencia el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano". Informações obtidas no site <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/26479.pdf>> Acesso em: 10 nov. 2013.

que a decisão era um erro e os juízes que não obedecessem a lei de anistia poderiam ser processados por prevaricação.

Ante tal contexto, o Congresso peruano aprova outra lei de anistia, a Lei n° 26492, de 30 de junho de 1995, cujo objetivo é esclarecer a interpretação e alcance da lei anterior.¹³⁷ Ademais, ressalta o artigo 2° da mencionada lei, que a anistia não é passível de revisão judicial e sua aplicação é obrigatória. Ainda, não importa a fase processual, pois, todos os casos deveriam ser arquivados.

Da decisão da magistrada, os advogados dos réus apelaram para a Corte Superior de Justiça de Lima que a reformou. Esta concluiu que a lei de anistia não violava a Constituição e nem os tratados de direitos humanos e, portanto, todos os juízes devem aplicá-la, sob pena de responsabilidade pessoal. Ademais, na mesma decisão, determinou-se investigação para apurar a conduta da magistrada.

Na sua defesa perante a Comissão e a Corte, o estado peruano afirmou que as leis de anistia foram consideradas constitucionais pela Corte Constitucional e que a sua aprovação deveu-se ao estado de exceção de violência terrorista que vivia o Peru à época. Ademais, em 24 de agosto de 2000, o Estado informa que não reconhece mais a competência da Corte Interamericana ante a aprovação de uma resolução legislativa interna, impugnação que não foi aceita pela Corte. Tal resolução foi mais tarde revista e revogada, em 23 de janeiro de 2001.

Em que pese os inúmeros artifícios criados em prol da impunidade dos agentes estatais, mais tarde, na audiência pública de 14 de março de 2001, o Estado reconheceu a sua responsabilidade internacional e, portanto, a Corte declara a falta de controvérsia dos fatos alegados pela Comissão. Assim, a Corte passa a proferir decisão onde reconhece que o Estado

¹³⁷ Consta na citada lei: Artículo 1o.- Entiéndase que la amnistía otorgada por la Ley No 26479, según lo dispuesto en el inciso 3o del artículo 139o de la Constitución Política, no constituye interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional ni vulnera el deber del Estado de respetar y garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, reconocido por el artículo 44o de la Constitución Política y, entre otros Tratados sobre la materia, el numeral 1o. del artículo 1o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 2o.- Precísase que dicha amnistía, en cuanto es un derecho de gracia cuya concesión corresponde exclusivamente al Congreso, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 6o. del artículo 102o de la Constitución Política, no es revisable en sede judicial. Artículo 3o.- Interpretase el artículo 1o de la Ley No 26479 en el sentido que la amnistía general que se concede es de obligatoria aplicación por los Organos Jurisdiccionales y alcanza a todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo cometidos en forma individual o en grupo desde el mes de mayo de 1980 hasta el 14 de Junio de 1995, sin importar que el personal militar, policial o civil involucrado, se encuentre o no denunciado, investigado, sujeto a proceso penal o condenado; quedando todos los casos judiciales en trámite o en ejecución archivados definitivamente de conformidad con el artículo 6o de la Ley precitada." Informação obtida no site <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/26492.pdf/>> . Acesso em: 8 nov. 2013.

não respeitou os seguintes artigos da Convenção: artigo 4^o¹³⁸ (direito à vida) ante o assassinato de quinze pessoas, 5^o¹³⁹ (direito à integridade pessoal) ante as sequelas permanentes ocasionadas nas quatro vítimas sobreviventes. Ainda, a promulgação das leis de anistias impediu a investigação dos fatos, processo e punição dos envolvidos, o Estado violou o artigo 1.1¹⁴⁰ (obrigação de respeitar os direitos) e 2¹⁴¹ (dever de adotar disposições de direito interno), 8^o¹⁴² (garantias judiciais) e 25¹⁴³ (proteção judicial).

Os citados artigos 8 e 25 da Convenção fundamentam o direito à verdade. Leis de anistias internas são incompatíveis com os tratados de direitos do homem uma vez que impedem a investigação, o processo e a condenação de agentes que cometeram graves violações de direitos fundamentais, tal como no presente caso, onde havia a denúncia de um grupo de extermínio formado por agentes estatais. As leis de anistia violam o direito das vítimas e seus familiares de saberem a verdade (direito à verdade), impedem a ter a devida reparação judicial, quer através da apuração da responsabilidade dos envolvidos (direito à justiça), bem como a reparação de cada vítima em ser devidamente indenizada (direito à reparação).

As leis de anistia, em que pese possam ser consideradas lei no âmbito interno, na

¹³⁸ Artigo 4^o - Direito à vida - 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

¹³⁹ Artigo 5^o - Direito à integridade pessoal - 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

¹⁴⁰ Artigo 1^o - Obrigação de respeitar os direitos: 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

¹⁴¹ Artigo 2^o - 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.

¹⁴² Artigo 8^o - Garantias judiciais - 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

¹⁴³ Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados-partes comprometem-se:

- a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

esfera internacional de proteção dos direitos do homem não são leis, tal como já decidido pela Corte Interamericana de Derechos Humanos, em 1986, ao responder uma opinião consultiva. A Corte considerou que a palavra lei, nos termos do artigo 30 da Convenção Americana, significa "norma jurídica de caráter geral, vinculada ao bem comum, elaborada segundo o procedimento constitucionalmente estabelecido, por órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos"¹⁴⁴. Leis de anistia, tal como a que foi aprovada pelo Estado do Peru, não são lei no sentido que foi atribuído pela Corte, pois, não tem caráter geral e nem a finalidade de atender ao bem comum. Ao contrário, são leis criadas para um fim específico, isto é, ocasionar a impunidade e exclusão de responsabilidade penal de determinados agentes estatais e, portanto, não tem o caráter da generalidade. Ademais, não atendem ao bem comum, mas, sim, o interesse particular de uns poucos, pois, ocasiona a impunidade, a falta de apuração dos fatos e responsabilização dos envolvidos. Logo, tais leis são uma recompensa para aqueles que cometeram os priores crimes de violação dos direitos fundamentais, extermínio, sequestro, desaparecimento, tortura etc.

Ademais, além de não possuírem o status de lei para o âmbito internacional, as leis de anistia violam materialmente inúmeros artigos da Convenção, direitos inderrogáveis e que representam o jus cogens. Assim, deve o Estado, sob pena de responsabilização internacional, adequar a sua legislação interna aos tratados internacionais, pois, a simples aprovação de uma lei de anistia, ainda que não seja plicada, já é um ilícito internacional.

Dessa forma, conforme este novo paradigma antropocêntrico do Direito Internacional,¹⁴⁵ onde o estado existe para atender aos indivíduos, e não o contrário, estes estão proibidos de aprovar leis internas que violam direitos fundamentais, leis que visam atender ao fim específico da impunidade de agentes estatais, de desrespeitos aos direitos internacionais do homem.

Portanto, a Corte Interamericana declarou a incompatibilidade das leis de anistias com a Convenção de Derechos Humanos e, como consequência, a falta de efeitos jurídicos das leis aprovadas. Como reparação não pecuniária, a Corte reconheceu que o estado deve investigar os fatos, apurar os responsáveis e puni-los. Ademais, os procedimentos de investigação devem ser públicos, pois, a sociedade, as vítimas e os investigados tem o direito a saber sobre a

¹⁴⁴. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIADH), Opinión Consultiva sobre La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1986), Serie A, n. 6. Tradução livre: "la palabra "leyes" en los términos del artículo 30 de la Convención Americana significa norma jurídica de *carácter general, ceñida al bien común*, elaborada según el procedimiento constitucionalmente establecido, por órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos".

¹⁴⁵ Termo utilizado por Antonio Augusto Cançado Trindade em vários votos e artigos e que é novamente ressaltado no julgamento do presente caso em análise.

investigação. No tocante às reparações, estas serão fixadas através de acordo celebrado entre o estado, as vítimas e seus familiares e a Comissão Interamericana, no prazo de três meses contados a partir da notificação da sentença. A Corte reserva-se o direito de revisar e aprovar o acordo celebrado.

b) Almonacid Arellano *versus* Chile

O Chile é signatário da Convenção Americana e reconheceu a competência da Corte Interamericana em 21 de agosto de 1990.

Neste caso a Corte novamente se pronunciou sobre leis internas de anistia que violam os tratados de direitos fundamentais.

Elvira Gómez Olivares, esposa de Almonacid Arellano, esclareceu, em seu depoimento, que em 16 de setembro de 1973, seu marido foi retirado à força de sua casa sem qualquer ordem judicial ou esclarecimento. Ao chegar na esquina da localidade onde moravam, o Sr. Arellano foi brutalmente assassinado com rajadas de metralhadora pelos agentes que efetuavam a sua detenção. A Sra. Olivares, à época grávida de oito meses e meio, perdeu a criança ante a visualização do terrível incidente. Ante a vigência do Decreto-lei n° 2191, de 18 de abril de 1978, os perpetradores do crime nunca foram acusados ou condenados.

Em 03 de outubro de 1973 foi aberta uma investigação para apurar a morte do Sr. Almonacid. Entretanto, tal procedimento foi inúmeras vezes suspenso. Em 04 de novembro de 1992, a Sra. Gómez Olivares, através de seu representante, requereu a reabertura da investigação, pedido que foi acolhido. Após inúmeros questionamentos sobre o Juízo competente, em 5 de abril de 1996, a Corte Suprema decidiu que o caso deveria ser julgado pela Justiça Militar que, em 14 de janeiro de 1997, determinou o arquivamento definitivo do feito ante a aplicação do Decreto-lei n°2191.

Ante a falta de apuração dos fatos e responsabilização do envolvidos no sistema judiciário interno, em 15 de setembro de 1998, a Sra. Elvira Gómez Olivares e o Sr. Mario Marquez Maldonado ingressaram com pedido perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Esta apurou os fatos narrados e efetuou várias recomendações ao Chile. O prazo inicialmente fixado foi prorrogado. Entretanto, com o seu fim, a Comissão decidiu submeter o caso à Corte Interamericana, que o recebeu em 11 de julho de 2005. Devidamente instruída, inclusive com audiência pública realizada em Brasília, em 29 de março de 2003, o caso foi julgado em 26 de setembro de 2006.

Em seu voto, a Corte fixou os seguintes pontos controvertidos: a) se o homicídio do Sr. Almonacid Arellano caracterizava-se como crime contra a humanidade, b) se tais crimes podem ser anistiados, c) se o Decreto-lei n° 2191 poderia ter anistiado o crime perpetrado e se o estado é responsável por ainda manter tal lei vigente e, por último, d) se a aplicação do mencionado decreto pelos tribunais e juízes chilenos viola a Convenção Interamericana. Ademais, a Corte também fixou como ponto controvertido o fato do processo que apurava a responsabilidade dos envolvidos ter sido remetido para a justiça militar chilena. Assim, questiona a Corte se tal decisão teria violado o artigo 8.1 da Convenção Americana.

1° Controvérsia: se o homicídio do Sr. Almonacid Arellano caracterizava-se como crime contra a humanidade

Sobre o primeiro ponto controvertido, isto é, se o homicídio do Sr. Almonacid caracterizava-se ou não como crime contra a humanidade, a Corte fez algumas ponderações. O Sr. Almonacid era um professor membro do partido comunista chileno. O seu assassinato foi realizado por agentes estatais com o objetivo de acabar com os subversivos contrários ao regime. Em 11 de setembro de 1973, os militares tomaram o poder do Presidente Salvador Allende. O país passou a ser governado por uma junta militar que também fechou o Congresso. O Decreto-lei n° 5, de 22 de setembro de 1973, declarou o estado de sítio ante a existência de um "estado ou tempo de guerra".

Esta era a realidade do país que, tal como os demais do Cone Sul, adotou práticas reiteradas de afrontas aos direitos fundamentais sob o pretexto de acabar com os subversivos, terroristas e manter a ordem pública e a paz. Assim, o Chile adotou, como política de governo, o sequestro, assassinato, tortura, desaparecimento forçados, e outras violações de direitos fundamentais praticados por agentes estatais na defesa do regime contra os supostos subversivos.¹⁴⁶ E foi neste contexto histórico e político que o Sr. Almonacid Arellano, integrante do partido comunista chileno, foi preso e assassinado na frente de seus familiares.

A Convenção de Haia sobre as leis e os costumes de guerra terrestre, de 1907, traz as primeiras noções de crimes contra a humanidade. Mas, o termo crimes contra a humanidade e a civilização foi usado, em 1915, quando França, Reino Unido e Rússia denunciaram o massacre de armênios na Turquia. Mais tarde, em 1979, já havia a expressa punição dos

¹⁴⁶ Conforme estatísticas que constam na sentença da Corte, houve 3.197 casos de desaparecimento e execuções e 33.221 detenções políticas. Destas, 94% dos custodiados informaram que foram submetidos à tortura pelos agentes estatais.

crimes contra a humanidade, ante o Estatuto do Tribunal de Nuremberg. Este e as suas decisões compõem os Princípios de Nuremberg que também são reconhecidos como *ius cogens*. Os Princípios determinam que são puníveis como crimes, segundo as leis internacionais, os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade. Estes últimos referem-se a:

O assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação e qualquer outro ato desumano contra a população civil, antes ou durante a guerra, ou a perseguição por motivos religiosos, raciais, ou políticos, quando estes atos de perseguição tem conexão com qualquer crime contra a paz ou qualquer crime de guerra, violadores ou não da lei nacional onde o crime foi praticado¹⁴⁷.

Ainda, a Comissão de Direito Internacional da ONU definiu, em 1950, que os crimes contra a humanidade se distinguem em duas categorias: a) o assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação e qualquer outro ato desumano contra a população civil. Nestes, os crimes contra a humanidade podem ser perpetrados antes e durante uma guerra e b) a perseguição pode ser por motivos religiosos, raciais, ou políticos. Tais crimes podem ser cometido contra qualquer população civil, ainda que contra a população do próprio país do perpetrador¹⁴⁸.

O desaparecimento de pessoas, a tortura, o homicídio, as detenções ilegais, as lesões corporais e outros crimes praticados por agentes estatais violaram expressamente os Princípios de Nuremberg. A sua observância era obrigatória pelo estado chileno, pois, ainda que não fossem tratados, eram regras *jus cogens*.

Ademais, em 1998, quando o Poder Judiciário Chileno determinou definitivamente o arquivamento do procedimento que apurava os fatos, já tinha sido estabelecido o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e Ruanda, que também classificavam o assassinato como crime contra a humanidade.

Assim, o assassinato do Sr. Almonacid Arellano, integrante do partido comunista, por agentes estatais defensores do regime, é crime contra a humanidade.

2º Controvérsia: a possibilidade de ser conceder anistia aos crimes contra a humanidade

¹⁴⁷ STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. **International Human Rights in Context: Law, politics, morals**. New York: Oxford University Press, 2000. p. 116-117.

¹⁴⁸ ONU, Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II. Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/yearbooks.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2011.

Os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, segundo as regras do sistema jurídico internacional, não são passíveis de perdão. Não podem os Estados, sob o pretexto de conseguir a reunificação e a paz social, adotar leis que impeçam a investigação, apuração dos fatos, a identificação dos envolvidos e a consequente responsabilização criminal. O crime contra a humanidade, como o próprio termo afirma, é um crime cuja execução afeta um indivíduo, mas as suas consequências afetam a humanidade como um todo. Logo, assassinar o Sr. Almonacid Arellano porque ele pertencia ao partido comunista e representava um perigo ao regime ditatorial é um crime contra o ser humano na sua execução, mas, também, e principalmente, um crime que colocou toda a humanidade em situação de risco, pois questionou-se a própria sobrevivência de todos os seres humanos que se encontravam na mesma situação da vítima, isto é, oposição ao regime. Por isso, a vítima é o ser humano e, também, a humanidade como um todo¹⁴⁹.

Portanto, o estado chileno, ou qualquer outro, quando aprova ou cria leis que impedem a apuração da responsabilidade dos envolvidos está, na verdade, afrontando a legislação que protege toda a humanidade. Investigar os fatos, determinar os responsáveis, puni-los é um direito da vítima e, principalmente, de toda a sociedade que objetiva demonstrar que tais crimes são abomináveis e seja quem for que os praticou deve ser submetido à lei dos homens. Atinge-se, dessa forma, a dupla finalidade do direito penal: punir quem praticou o crime e, também, demonstrar para a sociedade que não há pessoas acima da lei, todos serão punidos por crimes praticados.

Dessa forma, os crimes contra a humanidade não são passíveis de anistia, ainda que esta tenha a conotação de pacificação social.

3°. Controvérsia: se o Decreto-lei n° 2191 poderia ter anistiado o crime perpetrado e se o estado é responsável por ainda manter tal lei vigente.

Concluído que o assassinado do Sr. Arellano foi crime contra a humanidade e que os crimes contra a humanidade não são passíveis de anistia, conforme a regras internacionais de proteção do homem, poderia o Estado do Chile ter legislado e criado a sua lei de anistia sem que violasse as suas obrigações internacionais? A resposta a esta pergunta é indubitavelmente negativa.

Primeiro porque, quando o estado se submete à uma ordem internacional de proteção

¹⁴⁹ Conclusões retiradas do voto do caso em análise: Almonacid Arellano *versus* Chile. p. 47.

dos direitos homem ele tem ciência que deve respeito ao que se vinculou. Assim, não basta querer aparentar que se respeita o ordenamento internacional, quando sabe-se que, no plano interno, não foi adotada qualquer medida concretizadora.

Segundo, porque, o estado tem o dever de adotar disposições de direito interno, nos termos do artigo 2º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos¹⁵⁰. Isto significa que o estado deve abolir, extirpar leis de seu ordenamento que não são compatíveis com a normatização internacional, mas, também, o estado deve legislar de forma a concretizar as regras protetivas do homem no seu plano interno¹⁵¹.

Portanto, conclui a Corte, a manutenção do Decreto-lei nº 2191 no ordenamento jurídico interno do Chile mesmo após a ratificação da Convenção Interamericana, ocasiona o descumprimento das obrigações internacionais pelo estado parte, tal como determina o artigo 2º da mencionada Convenção.

Ademais, leis de anistia internas que impedem a apuração dos fatos, o julgamento e punição dos responsáveis, são incompatíveis com a ordem jurídica internacional, especificamente com a Convenção Americana e, portanto, o estado que mantém vigente tal lei está desrespeitando as obrigações internacionais. Assim, afirmou a Corte que leis de anistia carecem de efeitos jurídicos, pois são incompatíveis com a Convenção Americana e com o ordenamento jurídico internacional protetivo do homem.¹⁵²

4º. Controvérsia: se a aplicação do mencionado decreto pelos tribunais e juízes chilenos viola a Convenção Interamericana.

Por último, a Corte concluiu que a aplicação do decreto de anistia pelos tribunais e juízes chileno viola a Convenção Interamericana. Primeiro porque o estado é internacionalmente responsável por ações ou omissões originárias de qualquer de seus poderes - executivo, legislativo e judiciário. Decisões judiciais que aplicam o decreto de

¹⁵⁰ 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.

¹⁵¹ Tal como será abordado em outro tópico, não basta adequar a legislação ao ordenamento jurídico internacional. Quando o estado se obriga internacionalmente, ele se faz por completo e não apenas sob o enfoque legislativo. Assim, o estado ao legislar, julgar, administrar, deve respeito ao ordenamento jurídico interno e, também, ao internacional, pois, neste, o estado é uno. Logo, não basta adequar a legislação interna - quer revogando as incompatíveis, quer legislando de forma adequada, pois, a lei ao ser aplicada - através do judiciário ou do executivo - deve respeito à ordem jurídica internacional.

¹⁵² Cite-se, exemplificativamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, as regras de jus cogens e outras.

anistia e, conseqüentemente, deixam de apurar os fatos, os responsáveis e puni-los, viola os tratados internacionais. Logo, ao se deparar com uma lei interna, deve o magistrado antes de aplicá-la verificar a sua constitucionalidade, conforme a constituição do estado, e fazer o controle de convencionalidade, conforme os tratados de direitos fundamentais. Portanto, a lei que até então tinha apenas um controle - o difuso de constitucionalidade - com a retificação dos tratados pelo estado, submete-se ao controle difuso de convencionalidade.

Afinal, se o estado ratificou um tratado, ele tem a obrigação de cumpri-lo e, portanto, deve fazer modificações na sua legislação interna: excluir as normas que são com ele incompatíveis e somente legislar de forma a respeitar e dar efetividade ao tratado. Tal determinação consta no artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁵³ e, também, no artigo 27 da Convenção de Viena sobre Tratados.¹⁵⁴ Logo, quando o Poder Judiciário aplica uma lei interna incompatível com o tratado, está-se, na verdade, deixando de aplicar o tratado, o que fere a ordem jurídica internacional e ocasiona responsabilidade do estado. Concluiu a Corte que ao não excluir a lei de anistia de sua legislação interna, bem como ao continuar dando aplicação a uma lei interna incompatível com a internacional, o estado violou e continua violando a ordem jurídica internacional e, portanto, deve ser responsabilizado.

5º. Controvérsia: Justiça Penal Militar

A Corte aborda, ainda, o conflito de competência que foi suscitado entre a justiça comum chilena e a justiça militar. Esta defendia a sua competência para apurar os fatos uma vez que, quando o crime foi cometido, havia o envolvimento de militares. A Suprema Corte chilena resolveu o conflito para reconhecer a competência da justiça especializada, que recebeu o processo investigatório e o arquivou ante a aplicação do decreto de anistia..

Assim, a Corte afirmou que, tal como já havia se pronunciado em outros casos,¹⁵⁵ que

¹⁵³ 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.

¹⁵⁴ Ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 7030, de 14 de dezembro de 2009. Mas, no período anterior, é considerada regra de jus cogens. Artigo 27 - Direito Interno e Observância de Tratados - Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

¹⁵⁵ Conforme Caso Palamara Iribarne, sentença de 22 de novembro de 2005; Caso 19 Comerciantes; Caso do Massacre de Mapiripán.

em um Estado democrático de direito a jurisdição penal militar deve ter alcance restrito e excepcional e estar encaminhada a proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados com as funções que a lei atribui às forças militares. Esta somente deve julgar militares que cometeram delitos ou faltas que por sua própria natureza atentam contra bens jurídicos próprios da ordem militar¹⁵⁶.

Dessa forma, quando o estado, através de seu poder judiciário, reconheceu a competência da justiça militar para processar e julgar um caso de crime contra a vida de um civil violou os artigos 1.1¹⁵⁷ e 8.1¹⁵⁸ da Convenção Americana. Este último determina que:

toda pessoa terá o direito de ser ouvida por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza¹⁵⁸.

e, o primeiro, que o estados devem respeito aos direitos e liberdades que constam na Convenção.

c) *La Cantuta versus Peru*

Trata-se de mais um caso emblemático em que houve, por parte do governo do Peru, violação de alguns dos direitos humanos contemplados na Convenção Americana de 28 de julho de 1978, pacto na qual o país andino é signatário, tendo reconhecido a jurisdição contenciosa da corte internacional em 28 de janeiro de 1981.

Entretanto, antes de abordarmos estritamente o caso, preliminarmente, nos convém compreender o contexto histórico-político na qual o caso se encontrava inserido.

O caso ocorreu na Universidade Nacional de Educação Enrique Guzmán y Valle, na região de La Cantuta, em 18 de julho de 1992, durante a presidência de Alberto Fujimori, que mais tarde seria acusado de corrupção e de ordenar várias chacinas, juntamente a outros

¹⁵⁶ Tradução livre: " El Tribunal ha establecido que en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar ". Sentença Caso Almonacid Arellano versus Chile, página 54, item 131.

¹⁵⁷ 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

¹⁵⁸ Artigo 8º - Garantias judiciais - 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

líderes do seu governo, como seu assessor presidencial, Vladimiro Montesinos. Fujimori governou o Peru de 1990 a 2000, e era conhecido por ser extremamente autoritário.

A universidade, conhecida como La Cantuta, tinha forte atmosfera política, predominantemente composta de esquerdistas radicais, o que chamou atenção de alguns grupos terroristas, como a Sendero Luminoso e MRTA¹⁵⁹ que logo marcaram presença no campus.

Até que, em 16 de julho de 1992, - dois dias após um ataque a bomba na rua Tarata, em Miraflores, que deixou mais de 40 feridos -, o Serviço de Inteligência do Exército, com o chamado grupo “Colinas”, comandado por Montesinos e com o aval de Fujimori, invadiu a universidade, sequestrando e executando 9 estudantes e um professor.

Em 30 de julho de 1992, nos termos dos artigos 50¹⁶⁰ e 61¹⁶¹ da Convenção Americana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, apresentou ao Tribunal uma demanda contra o Estado do Peru, através da denuncia nº. 11.045, feita pela organização não governamental APRODEH¹⁶², pela CEAPAZ e pelo CEJIL¹⁶³.

O Estado do Peru foi acusado de violar os direitos humanos consagrados nos artigos 4 (direito à vida), 5 (integridade pessoal), 7 (liberdade pessoal), 8 (direito às garantias judiciais) e 25 (direito à proteção judicial) da Convenção, em relação ao artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) de dito tratado, em prejuízo de Hugo Muñoz Sánchez, Dora Oyague Fierro, Marcelino Rosales Cárdenas, Bertila Lozano Torres, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Córdor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Juan Gabriel Mariños Figueroa e Felipe Flores Chipana; e admitir o reconhecimento parcial da responsabilidade internacional efetuado pelo Estado pela violação dos direitos consagrados nos artigos 8.1 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção, em relação ao artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) da mesma de Hugo Muñoz Sánchez, professor da Guzmán y Valle Universidade Nacional Enrique (localizado em La Cantuta, Lima) e de

¹⁵⁹ Movimento Revolucionário Tupac Amaru.

¹⁶⁰ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Sentencia de 29 de novembro de 2006. Artigo 50 - 1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, "e", do artigo 48.

2. O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo.

3. Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas.

¹⁶¹ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 60 - A Corte elaborará seu Estatuto e submetê-lo-á à aprovação da Assembléia Geral e expedirá seu Regimento.

¹⁶² Associação Pró Direitos Humanos.

¹⁶³ Centro por la Justicia y el Derecho Internacional.

Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Condor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas e Juan Gabriel Mariños Figueroa.

Em consequência, a Comissão solicitou que a Corte declarasse o Estado como responsável pela violação dos artigos 5, 8 e 25 (relacionado com o artigo 1.1 da mesma lei) pelo prejuízo causado às alegadas vítimas e aos seus familiares, tendo em vista o, até então, suposto sequestro, execução e desaparecimento realizado pelas forças militares, policiais, entre outros agentes estatais. A Comissão solicitou, também, que o Tribunal, em conformidade com o artigo 63.1¹⁶⁴ da Convenção, ordenasse ao Estado do Peru a execução de determinadas medidas de reparação, tendo em vista o prejuízo causado aos familiares das vítimas.

Apesar de recomendadas essas medidas, o Estado do Peru, após solicitação de prazo, não cumpriu satisfatoriamente as solicitações da Comissão, que, em seguida, submeteu o caso a Corte.

Na contestação, o Estado peruano reconheceu os atos e omissões causados no caso¹⁶⁵, o que ocasionou o entendimento, por parte do Tribunal, de que não houve mais controvérsia sobre os fatos alegados pelo representante, ante tal confissão do Estado.

Ante as provas apresentadas (prova documental e depoimentos dos familiares das vítimas), a Corte concluiu que restou comprovada: a) a execução de pessoas suspeitas de participarem de organizações subversivas, fato demonstrado na própria *Comisión de la Verdad y Reconciliación*, realizada pelo próprio Estado do Peru; b) para esconder as evidências dos crimes cometidos, as vítimas muitas vezes eram mutiladas e até incineradas; c) a existência do “Grupo Colina”, que, segundo o General de Divisão do Exército Peruano, Rodolfo Robles Espinoza, era uma divisão de um grupo especial do Serviço de Inteligência

¹⁶⁴ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 63 - 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

¹⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos. Caso La Cantuta vs. Peru. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. 162. “[e]s evidente, a la luz de las investigaciones iniciadas ya en 1993, luego suspendidas y posteriormente retomadas por el Ministerio Público del Estado peruano, órgano facultado por la Constitución Política del Estado y la Ley Orgánica del Ministerio Público para dicha actividad, y en los dos procesos penales en curso en el Poder Judicial, que se ha violado la Convención Americana en los artículos 4, 5, 3, 7, 8 y 25, respectivamente, en conexión con el artículo 1.1 del citado tratado, por diversos actos y omisiones del Estado peruano a lo largo de 14 años”. p.32.

Nacional¹⁶⁶ (SIN), e que agentes recebiam gratificações para a realização de execuções, sequestros e outros tipos de crimes.

Em relação aos feitos do presente caso, foram apresentadas ações de *habeas corpus* em favor de 10 pessoas que haviam sido detidas, ademais, foram abertas ações paralelas, uma no âmbito foro comum e outra no foro militar, em fevereiro de 1994. Os familiares das vítimas também entraram com *habeas corpus* após o desaparecimento das 10 pessoas, não obtendo êxito no pedido, entretanto, por conta do não reconhecimento da detenção dos indivíduos que haviam desaparecido e por alegado sigilo nas informações do paradeiro dos possíveis detidos, pois a revelação do local onde as forças armadas mantêm seus presos resultaria na violação da segurança nacional.

No âmbito da justiça comum, a APRODEH e familiares das vítimas e o reitor da Universidade de La Cantuta, denunciaram o desaparecimento das vítimas frente à *Fiscalía de la Nación, Fiscalía Especial de la Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos, Fiscalía Provincial en lo Penal de la Décima Fiscalía, na Fiscalía Provincial Penal de Turno de Lima*. Durante as investigações, foram descobertas pela *Décima Sexta Fiscalía Provincial Penal*, fossas clandestinas na localidade de *Cieneguilla*, e que algumas das vítimas do massacre foram, após assassinadas, incineradas e enterradas nesse local.

Na esfera judicial militar, o Comando Geral do Exército apresentou uma denúncia ao Conselho Supremo de Justiça Militar, na qual foram denunciados os General de Brigada Juan Rivero Lazo; o Coronel de cavalaria Federico Augusto Navarro Pérez; o Major Santiago Enrique Martín Rivas; o Major Carlos Pichilingue Guevara e os Tenentes Aquilino Portella Núñez e José Adolfo Velarde Astete, sendo que este último foi mais tarde acusado, também, de negligência.

O CSMJ alegou conflito de competência¹⁶⁷ ante o *Décimo Sexto Juzgado Penal de Lima*, a fim de evitar que os acusados fossem julgados tanto no foro militar quanto no foro comum. Enquanto isso, o promotor Víctor Cubas Villanueva apresentou argumentos em que concluía que os atos deveriam ser julgados na justiça comum. Por outro lado, foi apresentada pelo congressista Julio Chu Meriz, na Sala Penal da Corte Suprema, um projeto de lei, -

¹⁶⁶ [ibdem] “El crimen de La Cantuta [...] ha sido cometido por un destacamento especial de inteligencia que opera bajo las órdenes directas del asesor presidencial y virtualmente jefe del SIN, Vladimiro Montesinos y cuyo accionar se coordina con el Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE) y con la Dirección de Inteligencia del EMGE (DINTE) pero que es aprobado y conocido siempre por el Comandante General del Ejército”.(p. 35).

¹⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos. Caso La Cantuta vs. Peru. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.. Artigo “(...) contenda de competência” (p.42).

aprovado no mesmo dia pelo Congresso Constituinte Democrático e promulgado¹⁶⁸ no dia seguinte por Alberto Fujimori - em que, por maioria simples, se concluiu a competência do feito.

Apesar de o Colegio de Abogados de Lima ter levado uma demanda de inconstitucionalidade da Lei 26.291 à Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, o processo não foi acatado, pois, segundo a Corte, “el Poder judicial no es competente para conocer esta classe de acciones”¹⁶⁹.

Na esfera militar, os crimes foram julgados, e diversos militares (inclusive outros que, inicialmente, não faziam parte do rol de acusados), foram condenados. Todavia, em 15 de agosto de 1994 a Sala de Guerra da CSJM¹⁷⁰ sobrestou o processo por considerar “que não houveram provas suficientes das infrações penais supostamente cometidas”, o que levou ao arquivamento definitivo da causa. Não bastando essa atitude, em 14 de junho de 1995, o Congresso aprovou a Lei n.º. 26.479, a Lei da Anistia, em que militares estariam anistiados de possíveis violações dos direitos humanos cometidas desde maio de 1980 até a promulgação da lei. Desta forma, todo policial ou militar que estivesse sendo acusado pela justiça comum ou militar, teria direito ao benefício. E, ainda, a lei atingiria, também, todos que estavam detidos, ou sob pena restritiva de liberdade.

Em março de 2001, como visto anteriormente, a sentença do Caso Barrios Altos, foi utilizada para barrar a aplicação da Lei de Anistia, Segundo a Corte Interamericana, em sua sentença, as Leis de Anistia n.º. 26.479 e n.º. 26.492, eram incompatíveis com a Convenção Americana, o que tornavam nulos seus efeitos jurídicos. O caso só foi reaberto após a queda de Alberto Fujimori, sendo que, dessa vez as novas investigações se deram no foro penal ordinário. O Ministério Público ajudou a engrossar a quantidade de denunciante, e, em consequência, cresceu também a quantidade de oficiais militares acusados de práticas violadoras de direitos humanos.

A Corte entendeu que o Estado do Peru avançou ao tratar com seriedade a questão, pois adotou medidas, tais como, o reconhecimento das práticas¹⁷¹ lesivas aos direitos

¹⁶⁸ Ley n.º. 26.291.

¹⁶⁹ Convenção Americana sobre Derechos Humanos. La Cantuta vs. Peru. Artículo 80.53 (p.43).

¹⁷⁰ [ibidem] 162.El 15 de agosto de 1994 la Sala de Guerra del CSJM resolvió sobreseer esta causa, resolución que fue confirmada el 18 de agosto de 1994 por la Sala Revisora del CSJM, la cual, por considerar “improbados” los “infractorios penales supuestamente cometidos por los precitados inculpados”, dispuso el “archivamiento definitivo” de la causa.

¹⁷¹ Corte Interamericana de Derechos. Caso La Cantuta vs. Peru. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.. Artículo 40. En el capítulo V de su contestación a la demanda, titulado “reconocimiento de los hechos por el Estado”, y que reitera en el capítulo III de sus alegatos finales escritos, el Perú manifestó: Los hechos reconocidos por el Estado comprenden:

humanos; a nomeação de advogado *ad hoc* para o caso Montesinos e Fujimori, tendo em vista a responsabilização destes, em crimes de fraude e corrupção; a criação do Congresso Constituinte Democrático, que formou uma Comissão Investigadora; e a instauração da Comisión de la Verdad y Reconciliación (CRV) – que, entre outros, habilitou as investigações de crimes contra os direitos humanos cometidos entre o período de 1980 a 2001, identificou o *modus operandi* e a estrutura dos destacamentos responsáveis pelos sequestros, execuções, mutilações e ocultações de cadáveres. Resta salientar, ainda, que em 20 de julho de 2005, o congresso peruano promulgou a Lei 28.592, o “Plano Integral de Reparação” – PIR, que teve por objetivo a reparação das vítimas de crimes contra os direitos humanos realizados entre maio de 1980 e novembro do ano 2000.

Assim, a comissão esclareceu que o estado do Peru violou o contido no artigo 7 da Convenção, visto que houve clara desobediência à liberdade inerente à dignidade humana, ou seja, é uma norma do chamado *jus cogens*¹⁷². Alegou, também, a incompatibilidade com os dispositivos da Convenção Americana, visto que as penas restritivas de liberdade só devem

-
- a) la identificación y preexistencia de las presuntas víctimas, que son las personas de Hugo Muñoz Sánchez; Juan Mariños Figueroa; Bertila Lozano Torres; Roberto Teodoro Espinoza, Marcelino Rosales Cárdenas; Felipe Flores Chipana; Luis Enrique Ortiz Perea; Armando Amaro Córdor; Heráclides Pablo Meza y Dora Oyague Fierro (párrafo 50 del escrito de la demanda)
 - b) la presencia y control militar en la zona del recinto universitario de La Cantuta el día de los hechos (párrafos 51 a 53 del escrito de la demanda)
 - c) el acto del secuestro que comprendió la detención ilegal, la afectación de la integridade personal de las 10 personas: Hugo Muñoz Sánchez; Juan Mariños Figueroa; Bertila Lozano Torres; Roberto Teodoro Espinoza, Marcelino Rosales Cárdenas; Felipe Flores Chipana; Luis Enrique Ortiz Perea; Armando Amaro Córdor; Heráclides Pablo Meza y Dora Oyague Fierro; su desaparición forzada, la afectación del reconocimiento de la personalidad jurídica (párrafos 53 a 57 del escrito de la demanda)
 - d) la ejecución extrajudicial de Armando Richard Amaro Córdor, Roberto Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Juan Gabriel Mariños Figueroa, Luis Enrique Ortiz Perea y Bertila Lozano Torres, cuyos cadáveres fueron posteriormente encontrados (párrafos 58 a 68 del escrito de la demanda)
 - e) la subsistencia de la desaparición forzada de Dora Oyague Fierro, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas, Hugo Muñoz Sánchez (párrafo 69 del escrito de la demanda)
 - f) la vulneración de las garantías judiciales y de la protección judicial. Estos hechos se manifestaron en los actos de investigación iniciales (párrafos 90 a 105 del escrito de la demanda), los actos posteriores de intervención de tribunales militares (párrafos 106, 111 y 112 del escrito de la demanda), del Congreso de la República (párrafo 109 del escrito de la demanda), decisión de la Corte Suprema de justicia (párrafos 108, 109 y 110 del escrito de la demanda), aprobación de la ley de amnistía N° 26.479 por el congreso (párrafo 113 del escrito de la demanda) y de la Ley N° 26.492 (párrafo 116 del escrito de la demanda) y promulgación de esas leyes de amnistía por parte del Poder Ejecutivo, si bien no se dice en forma expresa en el texto de la demanda.
 - g) La existencia del denominado “Grupo Colina” (párrafos 83 a 89 del escrito de la demanda).
 - h) La promulgación de las leyes de amnistía y los efectos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Barrios Altos vs. Perú (párrafos 113, 116, 117 y 118 del escrito de la demanda).
 - i) Las nuevas investigaciones (párrafos 119, 120, 121 a 126 del escrito de la demanda)

¹⁷² Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Art. 53. A norma do *jus cogens* é aquela norma imperativa de Direito Internacional geral, aceita e reconhecida pela sociedade internacional em sua totalidade, como uma norma cuja derrogação é proibida e só pode sofrer modificação por meio de outra norma da mesma natureza.

ser aplicadas se previstas nas suas constituições ou em casos de flagrante delito¹⁷³, o que corrobora com a afirmativa que ninguém pode sofrer encarceramento arbitrário¹⁷⁴, dispositivos previstos, respectivamente, nos incisos 2 e 3 da Convenção. Seguindo a linha do art. 7 da Convenção Americana, a Comissão aduziu que as vítimas não foram informadas dos motivos pelo qual foram detidos¹⁷⁵, nem foram encaminhadas para autoridade judicial competente¹⁷⁶ e, tampouco, tiveram direito a recorrer a tribunal ou autoridade competente¹⁷⁷, fatos que ferem os incisos 4, 5 e 6 da convenção.

Em relação ao artigo 5 da Convenção, a Comissão alegou a clara violação à integridade física sofrida, não só pelas vítimas, como também pelos seus familiares, que tiveram a integridade psíquica¹⁷⁸ – também prevista do art. 5 da Convenção, em seu primeiro inciso - abalada, em virtude das constantes práticas violadoras de direitos humanos realizadas pelos militares peruanos.

Tendo em vista o previsto no art. 4, concluiu a Comissão que o direito à vida também foi violado, visto que, de forma arbitrária, as vítimas tiveram suas vidas subtraídas. Na mesma linha, se encontra a violação do art. 3, vez que o sequestro e a seguinte execução das vítimas tiveram claro intuito de evitar que fossem tomadas ações contra o ato abusivo praticado. Sendo assim, o desaparecimento das vítimas significou a negação da existência dos indivíduos, o que implicaria, portanto, na inexistência de um ser humano revestido de personalidade jurídica.

Por sua vez, o Estado do Peru contestou algumas das acusações de violação dos direitos humanos, pois seria necessário inferir se realmente não houve a informação às vítimas dos motivos das detenções; se os motivos eram estranhos à legislação peruana da época e se

¹⁷³ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo art. 7 - 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

¹⁷⁴ [ibidem]. Art. 7 - 3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

¹⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos. Caso La Cantuta vs. Peru. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. c) se habría violado el inciso 4, ya que ninguna de las presuntas víctimas fue informada de los motivos de la detención ni de los derechos que les asistían, sino simplemente conducidas por los agentes del Estado sin mayor explicación o razón, con violencia; (p.61).

¹⁷⁶ [ibidem] d) se habría violado el inciso 5, ya que las presuntas víctimas habrían sido sustraídas de forma abusiva del amparo de la autoridad a la que debían ser puestas a disposición para resolver en el menor tiempo lo relativo a su libertad, debiendo tenerse en cuenta que, de acuerdo con las pruebas disponibles, el secuestro de las presuntas víctimas se realizó bajo la premisa de ser consideradas sospechosas de formar parte del grupo Sendero Luminoso conforme a información reunida por el Servicio de Inteligencia del Estado; (p.61)

¹⁷⁷ [ibidem] e) se habría violado el inciso 6, ya que el Estado no habría otorgado a las presuntas víctimas la posibilidad de interponer por sus propios medios un recurso rápido y efectivo que les permitiera definir la legalidad de su detención y también por mantenerlos privados de la libertad en un lugar distinto a los sitios oficiales de detención (o habilitados para tal efecto) sin ningún control institucional como registros o minutas que permitieran establecer la fecha, forma y condiciones de su detención [...] (p.61).

¹⁷⁸ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 5. Direito à integridade pessoal: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

as detenções se deram de forma desproporcional, de fato. Rebateu também as acusações quanto ao desrespeito do art. 7, inciso 6, pois esse dispositivo legal se refere a pessoa privada, de modo que somente a pessoa que viu seu direito violado poderia se utilizar das acusações desse dispositivo. Deste modo, a família das vítimas não teriam razão quanto a esse argumento. Tentou afastar, também, as alegações de que tinha ofendido o art. 3, tendo inclusive usado o caso *Bámaca Velasquez vs. Guatemala* como análogo¹⁷⁹ para a isenção, no que toca a violação ao artigo em questão. Entretanto, reconheceu a violação do inciso 1.1 do artigo 7, e, mais uma vez, a responsabilidade no que se refere à transgressão do artigo 4 e 5.

Ao falar do artigo 8 e 25 da Convenção Americana e a relação com o artigo 1.1 (garantias judiciais e proteção judicial), a Comissão alegou que ante o desaparecimento das pessoas e da gravidade das acusações e do caso em geral, o Estado foi negligente, não tomando as devidas providências, inclusive deixando que o caso fosse julgado por um tribunal que não teria a devida imparcialidade (Tribunal Militar). O Estado defendeu-se dizendo que apesar da negligência ocorrida durante o governo Fujimori, foram tomadas medidas após a “reinstucionalização”, como a reabertura das investigações, a criação da Comissão da Verdade, a inexistência de coisa julgada da decisão do Tribunal de Justiça Militar e a adoção de medidas para eliminação da lei de anistia.

A Comissão alegou que o Estado deveria ter se atentado à nulidade e inaplicabilidade das leis de anistia, pois, o artigo 2 da Convenção, prevê a adequação da legislação do Estado aos dispositivos previstos na Convenção Americana. Como resposta, o Estado alegou que as leis de anistia não mais surtem efeito no sistema jurídico interno, citando, inclusive, sentença da Corte no “Caso Barrios Altos”.

A Corte destaca que existem normas internas no ordenamento jurídico peruano que regulam a incorporação de decisões internacionais como sendo aplicáveis em âmbito interno, como é o caso da Lei nº. 27.775¹⁸⁰, sem falar no Código de Processo Constitucional peruano, que prevê em seu art. 115:

¹⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos. Caso La Cantuta vs. Peru. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.. Artigo 119. Anteriormente, en el contexto de otro caso que también trataba de desaparición forzada de personas, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo em relación con la alegada violación del artículo 3 del citado instrumento. En el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* la Corte estimó que el Estado no había violado el derecho a la personalidad jurídica de la víctima, pues: “[n]aturalmente, la privación arbitraria de la vida suprime a la persona humana, y, por consiguiente, no procede, en esta circunstancia, invocar la supuesta violación del derecho a la personalidad jurídica o de otros derechos consagrados en la Convención Americana. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica establecido en el artículo 3 de la Convención Americana tiene, al igual que los demás derechos protegidos en la Convención, un contenido jurídico propio”.

¹⁸⁰ [ibidem] “[..].Regula el procedimiento de ejecución de Sentencias emitidas por Tribunales Supranacionales[...].” (p.93).

Las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente del Poder Judicial, quien a su vez, las remite al tribunal dondese agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el juez competente, de conformidad con lo previsto por la Ley N° 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales¹⁸⁰.

Sobre a aplicação do artigo 63.1 da Convenção Americana - que dispõe sobre as reparações -, a Comissão e os representantes entenderam que a sentença proferida no Caso Barrios Altos foi incorporada a nível normativo interno. Em seguida, alegaram que a família empenhou esforços econômicos no processo, a fim de alcançar justiça e que, além disso, o Estado deveria indenizar os parentes das vítimas pelo lucro cessante e pelo desgaste psicológico sofrido. Por fim, fizeram diversas solicitações à Corte, no que toca a reparações.

Opostamente, o Estado aduziu, em suma, que efetuou o pagamento de três milhões de soles em favor das vítimas, entre 1996 e 1998; que vem investigando os fatos para a identificação e responsabilização de todos os responsáveis e que o Estado, através do Presidente da República, ofereceu perdão ao centro educacional ao oferecer uma condecoração e que existe um monumento em Lima denominado “*El ojo que llora*”, em homenagem a todas as vítimas de violência.

A corte, então, decidiu pelo reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado quanto à violação dos direitos à vida, integridade e liberdade pessoal, previstos nos artigos 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com obrigação de respeitar os direitos estabelecidos no artigo 1.1 do tratado em prejuízo das vítimas ilegalmente presas e assassinadas.¹⁸¹ Além disso, foi decidido o reconhecimento parcial de responsabilidade internacional do Estado pela violação de direitos e garantias judiciais contemplados nos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana, em relação com o art.1.1 do mesmo dispositivo internacional, nos termos da fundamentação constantes nos itens 40 a 44 e 53¹⁸² da sentença. Houve ainda, reconhecimento da violação de direito a integridade pessoal (art.5.1 da

¹⁸¹ Itens anteriormente citados.

¹⁸² Corte Interamericana de Derechos. Caso La Cantuta vs. Peru. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. 53. Asimismo, ha cesado parte de la controversia respecto de la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos consagrados en los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma. Sin embargo, el Estado alegó que no le eran imputables otros aspectos relativos a “la alegada falta de diligencia del Estado [...] al no haber realizado una investigación seria, imparcial, efectiva y dentro de un plazo razonable” para el esclarecimiento de los hechos ocurridos y la sanción de los autores de los mismos (supra párrs. 41, 42 y 44). Estos alegatos deben ser resueltos oportunamente por el Tribunal.

Convenção), em relação às vítimas, nos termos dos parágrafos 81 a 98¹⁸³ e 122 a 129¹⁸⁴, da sentença ora estudada.

Somado a isso, a Corte declarou que o Estado deve implantar, imediatamente, medidas eficazes de modo a completar, em prazo razoável, as investigações abertas e os processos penais no foro da justiça comum; assim como reativar, caso necessário, os processos para determinar os responsáveis pelos danos causados às vítimas assassinadas, nos termos do item 224¹⁸⁵ da sentença.

Segundo a decisão, o Estado deve, também, localizar os restos mortais das vítimas e entregar a sua família com eventuais gastos de sepultura; levar a cabo um ato público de reconhecimento da responsabilidade; assegurar que as 10 pessoas declaradas como vítimas executadas ou de desaparecimento forçado na Sentença se encontrem representadas no monumento denominado “*El Ojo que llora*”, em caso de não terem sido contemplados e de que os familiares das referidas vítimas assim o desejem, para o qual deve coordenar com ditos familiares a realização de um ato, no qual possam incorporar uma inscrição com o nome da vítima como corresponda conforme às características de dito monumento; publicar no Diário Oficial e em outro diário de ampla circulação nacional, por uma só vez, a sentença, especialmente o capítulo relativo ao reconhecimento parcial da responsabilidade internacional, os fatos provados da Sentença e a resolução; prover a todos os familiares das vítimas, prévia manifestação de seu consentimento para estes efeitos, a partir da notificação da Sentença e pelo tempo que seja necessário, sem custo algum e por meio dos serviços nacionais de saúde, um tratamento adequado, incluída a provisão de medicamentos; implementar programas permanentes de educação em direitos humanos para os membros dos serviços de inteligência, as Forças Armadas e a Polícia Nacional, assim como para fiscais e

¹⁸³ Corte Interamericana de Derechos. Caso La Cantuta vs. Peru. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. (p.55-70).

¹⁸⁴ [ibidem] p.68-70).

¹⁸⁵ [ibidem] 224. El Tribunal considera que el trabajo de dicha Comisión constituye un esfuerzo muy importante y ha contribuido a la búsqueda y determinación de la verdad de un período histórico del Perú. No obstante, sin desconocer lo anterior, la Corte considera pertinente precisar que la “verdad histórica” contenida en ese informe no completa o sustituye la obligación del Estado de establecer la verdad también a través de los procesos judiciales¹⁷⁵, tal como el propio Estado lo ha entendido al mantener abiertas las investigaciones luego de la emisión del informe. En tal sentido, la Corte recuerda que, en el marco de los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención, los familiares de las víctimas tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que lo sucedido a aquéllas sea efectivamente investigado por las autoridades del Estado, se siga un proceso contra todos los presuntos responsables de estos ilícitos y, en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes. A la luz de lo anterior, el Estado debe realizar inmediatamente las debidas diligencias para completar eficazmente y llevar a término, en un plazo razonable, las investigaciones abiertas y los procesos penales ncoados en la jurisdicción penal común, así como activar, en su caso, los que sean necesarios, para determinar las correspondientes responsabilidades penales de todos los autores de los hechos cometidos en perjuicio de Hugo Muñoz Sánchez, Dora Oyague Fierro, Marcelino Rosales Cárdenas, Bertila Lozano Torres, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Córdor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Juan Gabriel Mariños Figueroa y Felipe Flores Chipana.

juízes; pagar a indenização fixada na sentença a título de compensação por danos materiais em favor das vítimas.

A Corte reiterou, tal como já ocorreu no caso *Almonacid Arellano versus Chile e Barrios Altos versus Peru*, que a mera existência de uma lei interna, que perdoa pessoas que cometeram graves violações aos direitos fundamentais, viola, por si só, a legislação internacional, bem como a jurisprudência da Corte Interamericana. Tais leis impedem a apuração dos fatos, a instauração de processo criminal e a responsabilização dos culpados. Assim, impedem o acesso à verdade e à justiça e geram a impunidade, a noção que algumas pessoas estão acima da lei. Assim, não pode ser consideradas válidas quando criadas, nem no presente ou no futuro.

A Corte Interamericana não analisa a responsabilidade individual dos agentes, uma vez que não se trata de corte criminal, mas, sim, uma corte que verifica a conduta do estado perante a legislação e jurisprudência internacional. Para tanto, basta verificar se o estado possui alguma lei, decisão, ato administrativo que afronta a legislação internacional para reconhecer a sua responsabilidade internacional. O estado deve cumprir as normas de um tratado que ratificou de forma integral, isto é, todos os poderes - executivo, legislativo e judiciário.

Ademais, o Juiz Sergio Garcia Ramirez, ressalta em seu voto que a decisão da Corte sobre um determinado caso se torna precedente a ser obedecido por todos os estados sem a necessidade de novo pronunciamento. Logo, se a Corte nos casos *Barrios Altos versus Peru*, *Almonacid Arellano versus Chile* já decidiu que as leis que concedem anistia para os perpetradores de crimes contra a humanidade são ineficazes, tal precedente deve ser usado pelos estados, internamente, independentemente da necessidade de nova decisão sobre um caso concreto. Tal como mencionou o Magistrado, a decisão da Corte tem um alcance geral. Se a Corte reconheceu a "anticonvencionalidade" de uma norma, tal decisão se aplica para o futuro e em todos os casos iguais, pois, não teria sentido ter que repeti-la reiteradamente. Nesse sentido, a decisão da Corte não apenas objetiva julgar o caso que lhe foi submetido, mas, principalmente, ser uma decisão exemplar para todos os estados com caráter pedagógico, moral, etc.

d) Caso Araguaia (Julia Gomes Lund) *versus* Brasil

Em 7 de agosto de 1995, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e a Human Rights Watch/Americas apresentaram na Comissão Interamericana de Direitos

Humanos uma petição onde narravam que o Estado brasileiro descumpria as suas obrigações internacionais uma vez que não investigava os fatos que envolveram o desaparecimento dos participantes da Guerrilha do Araguaia.

Alegaram que o estado brasileiro, através das Forças Armadas, entre 1972 a 1975, na região próxima ao rio Araguaia, Pará, efetuou a detenção arbitrária, torturou e desapareceu com os corpos de setenta pessoas entre membros do Partido Comunista e agricultores da região. Alegaram, ainda, que a ante a aplicação da Lei n° 6683/1979, o estado brasileiro se nega a apurar os fatos, processar criminalmente os responsáveis e condená-los. Ademais, nega-se, também, ante a aplicação de inúmeras leis, o acesso aos documentos sobre os fatos, negando, assim, o acesso à informação. Dessa forma, estado brasileiro afrontou os artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia aos direitos humanos), 2 (dever de adotar disposições de direito interno), 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial).

A petição foi aceita¹⁸⁶, instruída e, em 31 de outubro de 2008, foi aprovado o Relatório de Mérito n°91/08 o qual concluiu que o estado brasileiro era responsável pela violação de diversos artigos da Convenção Americana. Assim, recomendou-se ao Brasil que deveria investigar os fatos envolvendo a Guerrilha do Araguaia, apurar os responsáveis e responsabilizá-los criminalmente. Ademais, deveria divulgar os fatos dando a todos - vítimas e sociedade - os acessos à informação. Em que pese tenha sido concedida inúmeras prorrogações ao estado para que ele cumprisse as recomendações, em 26 de março de 2009, ante a falta de cumprimento, a Comissão decidiu submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Aceita a petição, outras organizações integraram o pedido, na qualidade de *amicus curiae*: a) Open Society Justice Initiative; b) Commonwealth Human Rights Initiative; c) Open Democracy Advice Centre; d) South African History Initiative; e) Grupo de Pesquisa de Direitos Humanos na Amazônia; f) Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio de Janeiro; g) Grupo de Ensino, Pesquisa e Extensão “Democracia e Justiça de Transição” da Universidade Federal de Uberlândia h) Justiça Global; i) Equipe do Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; j) Associação Juízes para a Democracia; k) Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro; l) Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da

¹⁸⁶ Relatório de admissibilidade n° 33/01 de 06 de março de 2001.

Violência do Estado e o m) Centro pela Justiça e o Direito Internacional. As partes apresentaram petições. Houve audiência pública, em 20 e 21 de maio de 2010, na sede da Corte, Costa Rica. A sentença foi proferida em 24 de novembro de 2010.

O Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 07 de setembro de 1992 e a competência da Corte, em 12 de outubro de 1998.

Na sua contestação, o estado brasileiro alegou, como preliminar, que foi aceita a competência da Corte somente para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, uma vez que, quando ratificou a competência da Corte, fez esta ressalva temporal. No tocante a tal tópico, a Corte ressaltou que efetivamente não possui competência para apurar fatos anteriores a tal data. Portanto, quanto ao desaparecimento de Maria Lucia Petit da Silva, identificada em 1996, data anterior à competência da Corte, esta não tem poderes para se pronunciar.

No tocante aos demais desaparecidos não identificados, a Corte ressaltou que, o desaparecimento forçado tem caráter contínuo e permanente, isto é, enquanto a vítima não é localizada ou identificada e os fatos não são esclarecidos, o crime se perpetua no tempo, e, portanto, a Corte tem jurisdição para se manifestar sobre eles.

Ainda, o estado brasileiro alegou outra preliminar: a falta de interesse jurídico uma vez que tem adotado medidas reparatórias, tais como, a) a promulgação da Lei nº 9140/1995, que reconheceu a responsabilidade estatal pelas mortes e desaparecimentos ocorridos durante o período do regime militar; b) a publicação do livro "Direito à Memória e à Verdade - Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos; c) o projeto "Memórias Reveladas" e outros.

Entretanto, a Comissão ressaltou que as recomendações que constavam no Relatório nº91/08 não foram acatadas, pois não houve o reconhecimento da falta de validade da lei de anistia interna, que continua sendo aplicada para impedir a apuração da responsabilidade penal dos envolvidos, e continua-se aplicando leis internas para impedir o acesso aos documentos envolvendo a Guerrilha do Araguaia.

A Corte não acolheu esta preliminar, pois, ressaltou que o juízo de oportunidade e conveniência que a Comissão faz para enviar um caso à Corte não pode ser objeto de exceção preliminar. Somente as violações de procedimentos perante a Corte ou a Comissão, quando ocasiona um desequilíbrio processual é que podem. Assim, as medidas que o estado tem adotado sem seu âmbito interno podem ser valoradas no momento da fixação das reparações, mas, não retiram a jurisdição da Corte que nasce com o ilícito do estado.

Na sua defesa, o estado alegou, também, que não houve o esgotamento dos recursos interno e que a Corte estaria atuando como uma quarta instância ante a decisão do Supremo

Tribunal Federal na ADPF n° 153, que trata da interpretação a ser dada à lei de anistia.¹⁸⁷ No tocante à esta última alegação, a Corte ressaltou que não atua como quarta instância uma vez que, enquanto a Suprema Corte brasileira analisa a adequação da lei de anistia com a Constituição interna, a Corte faz o controle de convencionalidade, isto é, analisa a sua compatibilidade em relação as convenções e tratados de proteção de direitos humanos. Quanto à primeira alegação, ou seja, a falta de esgotamento dos recursos internos, a Corte ressalva que tal alegação deveria ter sido ventilada perante o procedimento da Comissão, cabe ao estado comprovar quais os recursos que ainda seriam cabíveis no sistema judicial interno e, ainda, tal preliminar já foi superada com a aceitação da reclamação pela Corte.

Superadas as preliminares e analisadas as provas apresentadas pelas partes, a Corte passou a analisar o mérito, isto é, a possível afronta do estado brasileiro à Convenção Americana. Assim, entendeu a Corte que o Estado afrontou diversos dispositivos da Convenção Americana, dentre eles, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica¹⁸⁸, direito à vida¹⁸⁹, direito à integridade pessoal¹⁹⁰, direito à liberdade pessoal¹⁹¹, garantias judiciais¹⁹², liberdade de pensamento e expressão¹⁹³ e proteção judicial¹⁹⁴.

¹⁸⁷ A ADPF n°153 e os votos dos ministros foram analisados em outro capítulo deste trabalho.

¹⁸⁸ Artigo 3° - Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica - Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

¹⁸⁹ Artigo 4° - Direito à vida - 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

¹⁹⁰ Artigo 5° - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

¹⁹¹ Artigo 7° - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

¹⁹² Artigo 8° - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de

Tais direitos foram afrontados, eis que, de abril de 1972 a janeiro de 1975, o Exército brasileiro, com o objetivo de acabar com o foco subversivo que havia se instalado na região do Rio Araguaia, Pará, efetuou a detenção arbitrária de 70 pessoas, as manteve em cárcere e as torturou. Os *corpus*, salvo alguns¹⁹⁵, não foram encontrados e nem identificados. Acredita-se que tenham sido enterrados na mata ou jogados no rio. Até a presente data, as famílias das vítimas não tiveram os fatos elucidados e nem acesso aos documentos para esclarecer o ocorrido.

qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

¹⁹³ Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

- a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

¹⁹⁴ Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados-partes comprometem-se:

- a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

¹⁹⁵ Tal como o corpo de Maria Lúcia Petit, Lourival Moura Paulino e Bérqson Gurjão Farias.

A detenção arbitrária, a tortura, o sequestro, o desaparecimento são condutas que ocorreram de forma reiterada após o Golpe de 1964. De 1968 a 1974, o chamado "anos de chumbo" foi o período que a repressão aos subversivos atingiu o seu maior grau. Iniciou-se com o AI-5, de dezembro de 1968, quando houve a suspensão de direitos e garantias, até a posse do General Ernesto Geisel. A tortura, as detenções arbitrárias, os desaparecimentos, em que pese não tenha sido admitida pelo alto escalão do regime, eram reiteradas e foram praticadas para acabar com o foco subversivo que havia se instalado na floresta.

Conforme consta na obra *Direito à Memória e à Verdade*, em 1973, quando teve início a terceira etapa de combate à guerrilha, o Presidente General Médici deu a ordem para que todos os militantes fossem assassinados.¹⁹⁶ Assim, em outubro de 1974, foi capturada e assassinada a última guerrilheira, Walquíria Afonso Costa, não restando mais ninguém na região.¹⁹⁷ Não se sabe o que foi feito com os corpos. Algumas versões informam que foram jogados no rio ou enterrados em valas clandestinas; outras, queimados. Os familiares das vítimas, após a descoberta e identificação da ossada de Maria Lucia Petit, acreditam que é possível localizar os demais participantes da guerrilha. Em 1995, com o advento da Lei nº 9140/1995, foi criada a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, que, pela primeira vez, o estado assume a sua responsabilidade pelos atos arbitrários praticados durante a ditadura, determina o pagamento de indenização às vítimas e o reconhecimento das pessoas desaparecidas. Portanto, conclui a Corte que não há controvérsia sobre os fatos relacionados à Guerrilha do Araguaia.

As detenções arbitrárias, o assassinato, a tortura, o desaparecimento forçado, a falta de identificação dos corpos e a falta de informação aos familiares das vítimas revelam afronta a diversos direitos da Convenção, dentre elas, personalidade jurídica, vida, integridade e liberdade pessoal. O Estado brasileiro não nega a sua responsabilidade sobre os fatos afirmados. Entretanto, alega, em sua defesa, que os crimes contra a humanidade somente foram tipificados em 1998, com o advento do Tribunal Penal Internacional, e que, em respeito ao princípio da anterioridade e legalidade do direito penal, não pode processar e punir os responsáveis.

A Corte, por sua vez, esclarece que o desaparecimento forçado é uma violação continuada de direitos humanos. A conduta inicia com a privação de liberdade da pessoa (ofensa ao artigo 7º da Convenção), continua com a falta de informação sobre o seu paradeiro

¹⁹⁶ Brasil. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Verdade e à Memória*. Brasil: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. p.198.

¹⁹⁷ idem.

(ofensa ao artigo 8º da Convenção) e enquanto o paradeiro e a identidade da vítima permanecem desconhecidos (artigo 25 da Convenção). Normalmente a vítima é submetida à tortura (violação ao artigo 5º da Convenção), assassinada (violação ao artigo 4º da Convenção) e o seu corpo ocultado para que os fatos anteriores não sejam descobertos.

Sobre este tema específico, há a Convenção Americana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 9 de junho de 1994, ainda não ratificada pelo Brasil. A prática reiterada de tais condutas pelo estado afrontam inúmeros direitos da Convenção Americana, eis que

A implantação e a manutenção de centros clandestinos de detenção configuram per se uma falta à obrigação de garantia, por atentar diretamente contra os direitos à liberdade pessoal, à integridade pessoal, à vida e à personalidade jurídica¹⁹⁸.

Ademais,

Um dos objetivos do desaparecimento forçado é impedir o exercício dos recursos legais e das garantias processuais permanentes quando uma pessoa tenha sido submetida a sequestro, detenção ou qualquer forma de privação da liberdade, com o objetivo de ocasionar seu desaparecimento forçado, se a própria vítima não pode ter acesso aos recursos disponíveis é fundamental que os familiares ou outras pessoas próximas possam aceder a procedimentos ou recursos judiciais rápidos e eficazes, como meio para determinar seu paradeiro ou sua condição de saúde, ou para individualizar a autoridade que ordenou a privação da liberdade ou a tornou efetiva. Em definitivo, sempre que haja motivos razoáveis para suspeitar que uma pessoa foi submetida a desaparecimento forçado deve iniciar-se uma investigação¹⁹⁹.

Portanto, ainda que a primeira conduta lesiva de detenção arbitrária tenha sido praticada antes da Convenção Americana ou antes do Brasil aceitar a competência da Corte Interamericana, a falta de apuração dos fatos, investigação, localização da vítima, sua identificação e condenação dos responsáveis são condutas que se perpetuam no tempo e, até hoje, não se obteve resposta. Logo, a Corte é competente para julgar os fatos e o Brasil deve ser responsabilizado internacionalmente pela sua omissão.

1. Crimes contra a humanidade e lei de anistia

O Estado brasileiro não nega a ocorrência dos fatos. Ao contrário, ele ressalta que adotou inúmeras medidas para reparar os danos sofridos pelas vítimas, tais como, o pagamento de indenizações, a criação da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, a criação de outras Comissões, a publicação de obras sobre os fatos ocorridos etc.

¹⁹⁸ Sentença da CIDH. Caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil. p. 40.

¹⁹⁹ Sentença da CIDH. Caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil. p. 40.

Entretanto, até a presente data, ante a vigência da lei de anistia, Lei n° 6683/1979, supostamente resultado de um acordo político, não houve a investigação e responsabilização criminal dos envolvidos. O estado alega outros impedimentos, tais como, a prescrição dos crimes, a falta de tipificação do crime de desaparecimento forçado no direito brasileiro (princípio da legalidade) e a irretroatividade da lei penal, todas as garantias do réu, e a competência da justiça militar para apurar os fatos. Ademais, alegou que, ante o conflito de princípios, isto é, a obrigação do estado punir os responsáveis por crimes contra a humanidade e o da legalidade, deve-se adotar a proporcionalidade entre ambos. Assim, as medidas que já foram implementadas pelo estado são suficientes, pois fez a devida ponderação de princípios.

A Corte Interamericana afastou todas as alegações do estado brasileiro. Primeiramente, quanto à lei de anistia, a Corte ressaltou que leis de anistia para perdoar pessoa que cometeram graves crimes contra a humanidade são totalmente incompatíveis com as convenções internacionais, independentemente se decorreram de acordo político ou não. Assim, a Corte não faz a distinção que alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal no voto da ADPF n° 153 fizeram no tocante à origem da lei anistia. Para estes, se a lei decorreu de acordo político e torturados e torturadores foram perdoados, não há que se falar em autoanistia, e, sim, convergência das múltiplas vontades da sociedade que optaram por anistiar ambos os lados. Haveria, dessa forma, efetiva lei decorrente da participação popular. Por tais motivos, tal acordo deveria ser respeitado.

Entretanto, a Corte Interamericana não faz tal distinção. Todas as violações aos direitos fundamentais quando configuram crime contra a humanidade, de genocídio e de guerra, devem sempre ser investigados. A redemocratização, supostamente conseguida com a lei de anistia, não deve ser usada como impedimento para que o estado cumpra as suas obrigações internacionais, isto é, investigar, processar e punir os responsáveis. As leis, decretos de anistia ou autoanistia decorrentes de acordos de paz são totalmente incompatíveis com a Convenção Americana.

Ressalta a Corte que esta sua posição não é isolada. Ao contrário, possui respaldo em inúmeras decisões e legislações do sistema regional (americano e europeu), bem como global (cível e criminal) de proteção dos direitos humanos. Neste sentido, a Corte cita o Relatório do Secretário-Geral das Nações Unidas, enviado ao Conselho de Segurança²⁰⁰; o Relatório do

²⁰⁰ Relatório do Secretário-Geral ao Conselho de Segurança das Nações Unidas. O Estado de direito e a justiça de transição nas sociedades que sofrem ou sofreram conflitos. U.N. Doc. S/2004/616, 3 de agosto de 2004, citado na sentença do Caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil.

Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos²⁰¹; a Declaração e Programa de Ação de Viena decorrente da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)²⁰²; Relatório do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas²⁰³, as decisões dos Tribunais Penais Internacionais para a Ex-Iugoslávia e Serra Leoa, Tribunal Especial para o Líbano, Salas Extraordinárias das Cortes de Camboja e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Resumidamente, em todas, a Corte ressalta que leis de anistia, ainda que supostamente tenham a capacidade de pacificar a nação, são incompatíveis com graves violações de direitos humanos. Perpetradores de crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio não podem ser perdoados por leis internas. Tal situação cria o paradoxo, pois, enquanto o sistema internacional determina a punição; o interno, perdoa; cria e incentiva a impunidade e impede a apuração da verdade.

Da mesma forma, a Corte ressalta, ao contrário do que também constou em alguns votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal ao julgar ADPF nº 153, que algumas Cortes da América Latina já reconheceram a incompatibilidade das leis de anistia em face das obrigações internacionais, sem que houvesse a necessidade de aprovação lei interna posterior para revogar a lei de anistia anterior. Assim, a Corte Interamericana citou casos de decisões judiciais originárias da Argentina, Chile (Decreto-lei nº 2191/1978), Peru, Uruguai (Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado) e Colômbia onde se reconheceu, resumidamente, que leis internas de anistia são incompatíveis com as obrigações internacionais assumidas pelos estados e que a soberania dos estados é limitada pelo respeito aos direitos fundamentais, pelos tratados e convenções de direitos fundamentais.

Assim, a Corte Interamericana ao fazer um controle de convencionalidade concluiu que a lei de anistia brasileira é materialmente incompatível com a Convenção Americana. Para a Corte é irrelevante se tal lei decorreu de acordo político²⁰⁴, pois, o seu controle não é processual, e, sim, material, isto é, normas que concedem anistia e vedam o acesso à verdade, à justiça e à reparação são materialmente incompatíveis com a Convenção Americana.

²⁰¹ Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, O direito à verdade. UN Doc. A/HRC/5/7, de 7 de junho de 2007.

²⁰² Conferência Mundial de Direitos Humanos, Declaração e Programa de Ação de Viena. U.N. Doc. A/CONF.157/23, de 12 de julho de 1993, Programa de Ação.

²⁰³ Observação Geral sobre o artigo 18 da Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados. Relatório apresentado no 62º período de sessões da Comissão de Direitos Humanos. U.N. Doc. E/CN.4/2006/56, de 27 de dezembro de 2005.

²⁰⁴ Tal como já analisado em outro capítulo, não houve efetivo acordo político, mas, sim, imposição do executivo para que a lei fosse aprovada tal como por ele apoiada.

Quando um estado ratifica um tratado, todos os seus poderes internos devem respeitá-lo: executivo, judiciário e legislativo para que se dê efetiva aplicação e execução do seu texto, sob pena do estado violá-lo e ter a sua responsabilidade internacional reconhecida. Afinal, se um tratado é ratificado, é porque o estado se comprometeu de todas as formas a respeitá-lo, pois, caso contrário, estar-se-ia retirando não apenas a força normativa dos tratados, mas, principalmente, de toda a esfera jurídica internacional²⁰⁵. Ademais, estar-se-ia aceitando a falta de boa-fé do estado que, em que pese tenham se comprometido na esfera internacional, podem, dentro de sua soberania, desrespeitar o que foi acordado. Por tais motivos, inúmeros tratados, dentre eles a Convenção Americana, a Convenção de Viena, determinam que os estados devem adaptar a sua legislação interna à internacional.

Portanto, quando o Poder Judiciário brasileiro, no julgamento da ADPF n° 153 e difusamente em outras decisões, reconhece a validade da lei de anistia, está violando a Convenção Americana, pois, também é função concretizar as disposições internacionais. Poderia o STF, através de controle de convencionalidade das leis internas em face das convenções e das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, afastar a lei interna incompatível com o direito internacional e dar aplicabilidade a este.

No tocante ao princípio da legalidade e da irretroatividade, tal como já ressaltado, são crimes permanentes e até que a vítima (viva ou morta) seja localizada, a execução do crime está em curso. Logo, não há que se falar em retroatividade da lei penal e nem em desrespeito à legalidade.

Por último, no tocante à ponderação de princípios entre o princípio da legalidade e todas as medidas reparadoras que já foram adotadas, a Corte ressalta que o estado brasileiro, ao adotar tal critério, deixa de aplicar, integralmente, o direito que as vítimas possuem de saber a verdade e ter os responsáveis punidos. Logo, ao se adotar esta ponderação, os direitos das vítimas são integralmente desrespeitados, o que não é aceitável.

Assim, ante as inúmeras violações de obrigações internacionais a Corte Interamericana condenou o Brasil a:

a) investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis.

Tal como determinou a Corte,

²⁰⁵ Como já foi analisado em outro capítulo e apontado por Flavia Piovesan, como um dos desafios dos direitos humanos na ordem internacional contemporânea: "*Direito da força e força do Direito.*" **Direitos humanos e justiça internacional. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2006.

o Estado 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 disponha²⁰⁶.

Ademais, a investigação deve ser pública e os resultados divulgados para que familiares investigados e sociedade possam ter acesso às informações. Ademais, o foro competente deve ser o comum, ao invés do militar.

b) determinação do paradeiro das vítimas

A Corte condenou o estado brasileiro a adotar medidas sistemáticas e rigorosas para apurar o paradeiro das vítimas do Araguaia, a identificação e para que os restos mortais sejam entregues aos familiares. Assim, o estado brasileiro deve disponibilizar recursos - humanos, técnicos e financeiros - para que a busca tenha resultado.

c) dar ampla assistência às vítimas

O Estado brasileiro deve dar ampla assistência médica e psicológica, sem qualquer custo, aos familiares dos desaparecidos em centros especializados no atendimento de vítimas de desaparecidos. Logo, não basta o tratamento através do Sistema Único de Saúde, tal como proposto pelo estado, se ficar comprovado que este não possui centro especializado. Os medicamentos também devem ser custeados pelo estado brasileiro.

d) publicação da sentença da Corte Interamericana em meio de ampla divulgação

A Corte condenou o estado a publicar a sentença em Diário Oficial, bem como em sítio eletrônico oficial.

e) ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional

Deve o estado brasileiro realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, através de uma cerimônia pública com a presença de altas autoridades e as vítimas.

²⁰⁶ Caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, p. 96.

f) garantias de não repetição - educação em direitos humanos nas Forças Armadas

O estado brasileiro, deve, além das medidas educativas já adotadas nas Forças Armadas implementar um curso obrigatório sobre direitos humanos e que inclua a presente sentença, a jurisprudência da Corte Interamericana e os tratados internacionais.

g) garantias de não repetição - tipificação do delito de desaparecimento forçado

A Corte condenou o estado brasileiro a dar o devido andamento ao projeto de lei que tipifica o crime de desaparecimento forçado (projeto de lei n° 301/2007 e n° 4038/2008) para que haja um tipo penal específico no sistema interno. Ademais, deve o estado ratificar em prazo razoável a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Ainda, as condutas de desaparecimento forçado devem ser punidas, até a aprovação da lei específica, com os tipos penais existentes.

h) garantias de não repetição - acesso, sistematização e publicação de documentos em poder do Estado

A Corte aconselhou o estado a adotar, em prazo razoável, medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza para fortalecer "o marco normativo de acesso à informação".

i) garantias de não repetição - criação de uma Comissão da Verdade

A Corte ressalva que a criação de uma comissão nacional da verdade autônoma, independente, com recursos financeiros próprios e, especialmente, sem a participação de militares pode contribuir para a apuração da verdade e a reconstituição histórica. A Corte apenas ressalva que a criação da Comissão não exclui a obrigação do estado de, através de procedimento criminal, apurar os fatos e punir os responsáveis.

j) indenização - dano material e imaterial

No tocante ao dano material, a Corte considerou que os valores fixados na Lei n°9140/1995 são razoáveis. Quanto às despesas médicas e outras relacionadas com a busca

dos familiares, a Corte determina o pagamento, por equidade, do valor de três mil dólares americanos a favor de cada familiar.

Quanto ao dano imaterial, isto é,

tanto os sofrimentos e as aflições causadas à vítima direta e aos que lhe são próximos, como o menosprezo de valores muito significativos para as pessoas, e outras perturbações que não são suscetíveis de medição pecuniária, nas condições de vida da vítima ou de sua família²⁰⁷.

a Corte entendeu que o valor pago às vítimas de desaparecimento forçado é suficiente.

No tocante ao dano imaterial sofrido pelos familiares das vítimas desaparecidas, a Corte fixou o valor de quarenta e cinco mil dólares para cada familiar direto (pai, mãe, marido, esposa, etc) e quinze mil dólares para cada indireto (irmão, irmã).

k) Custas e gastos

Por último, a Corte determinou que o estado pague, para fins de reembolso de custas e gastos, o valor de cinco mil dólares para o Grupo Tortura Nunca Mais e a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos de São Paulo, e trinta e cinco mil dólares para o Centro pela Justiça e o Direito Internacional.

Resumo e análise dos argumentos da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund *versus* Brasil.

Verifica-se, assim, tal como resumido pelo Juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas no seu voto apartado, o Brasil foi condenado pelos seguintes motivos:

- a) desaparecimento forçado e os direitos violados das 62 pessoas desaparecidas – violação dos direitos à personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal (artigos 34, 45, 56 e 77), às garantias judiciais e proteção judicial (artigos 88 e 259), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos e o dever de adotar disposições de direito interno (artigos 1.110 e 211, todos da Convenção);
- b) aplicação da Lei de Anistia como empecilho à investigação, julgamento e punição dos crimes – violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos

²⁰⁷ Sentença caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil. p. 110.

8.1 e 25), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção e o dever de adotar disposições de direito interno (artigos 1.1 e 2), em detrimento dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada;

c) ineficácia das ações judiciais não penais – violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8.1 e 25), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção (artigo 1.1), detrimento dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada;

d) falta de acesso à informação sobre o ocorrido com as vítimas desaparecidas e executada – violação do direito à liberdade de pensamento e expressão (artigo 13), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção (artigo 1.1), em prejuízo dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada, e

e) falta de acesso à justiça, à verdade e à informação – violação do direito à integridade pessoal (artigo 5), em combinação com a obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção (artigo 1.1), em detrimento dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada, pela violação e sofrimento gerados pela impunidade dos responsáveis.

Dessa forma, a Corte Interamericana ao fazer o controle de convencionalidade da lei de anistia brasileira em face dos tratados de proteção do homem, concluiu que a Lei nº 6683/1979 é incompatível com o sistema internacional de tutela da pessoa. A lei de anistia impede a apuração dos fatos, investigação, instauração de processo criminal e a punição dos responsáveis. Dessa forma, não oportuniza às vítimas o acesso à Justiça, verdade e reparação. Ademais, a lei perdoa o imperdoável, condutas que violam não apenas a integridade física e psicológica de umas pessoas, mas, principalmente, de toda a humanidade.

Crimes contra a humanidade são crimes que atingem o homem individualmente, mas, principalmente, são crimes que afetam toda a coletividade pelo simples fato de serem humanos. Logo, são crimes penalmente tipificados na esfera individual (homicídio, lesão corporal, tortura, cárcere privado etc), mas cujo bem jurídico tutelado ultrapassa a tutela do tipo penal (a vida e a integridade física individual de cada pessoa) e atinge direitos coletivos, isto é, a própria existência da humanidade. Por tais motivos, o ser humano individualmente e nem as leis - que teoricamente decorrem de vontade popular - podem perdoar quem comete

tais crimes, porque, na esfera transindividual são imperdoáveis, pois, caso contrário, estar-se-ia perdoando violações contra a própria existência da humanidade o que colocaria esta sob risco²⁰⁸.

Portanto, ainda que um estado não tenha ratificado algum tratado que classifique determinadas condutas como crimes contra a humanidade, o jus cogens torna obrigatória a sua punição, pois, o "jus cogens transcende o Direito dos Tratados e abarca o Direito Internacional em geral, inclusive o Direito Internacional dos Direitos Humanos"²⁰⁹. Assim, o jus cogens determina que são imprescritíveis os crimes contra a humanidade. A Resolução n° 3.074²¹⁰, de 3 de dezembro de 1973, da Assembléia Geral da ONU determinou a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade. Há a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade - 1968, não ratificada pelo Brasil. Tal tratado é aplicável, ainda que um estado não o tenha ratificado, pois, ele não inova o ordenamento jurídico internacional, mas, sim, simplesmente consolida o que de todos já é conhecido.

O Estado brasileiro deve adotar medidas internas para que as suas leis não sejam incompatíveis com as leis internacionais protetivas dos direitos humanos sob pena de, ao não se dar efetividade a esta, violar obrigação internacional. Cumpre salientar que a falta de efetividade pode decorrer de todos os poderes: executivo, legislativo e judiciário e todos individualmente, bem como em conjunto, ocasionam a responsabilidade do estado brasileiro perante a comunidade internacional. Por tais motivos, ao Brasil foram aplicadas inúmeras condenações: dever de não aplicar a lei de anistia (e qualquer outra medida que obste a investigação e punição e punição dos responsáveis), dever de indenizar integralmente às vítimas, dever de prestar-lhes assistência médica, dever de informar e outros, em suma, obrigações que devem ser implementadas por todos os poderes - executivo, legislativo e judiciário.

²⁰⁸ Para que a conclusão não tenha a conotação de extremismo, citem-se as seguintes estatísticas, como exemplo: 20.000 mulheres muçulmanas foram estupradas por sérvios entre 1991 e 1995 na Bósnia (Marta Minow); entre abril de 1975 a janeiro de 1979, a Anistia Internacional informa que 14.000 pessoas foram torturadas e depois assassinadas pelo comandante cambojano Kaing Guek Eav (Anistia Internacional - Informe 2010); a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos concluiu que das 50.000 pessoas detidas pela Ditadura, 20.000 foram submetidas a tortura e já foi apurado 354 mortos e desaparecidos políticos (Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à memória e à verdade).

²⁰⁹ Voto apartado do Juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas no caso Gomes Lund *versus* Brasil.

²¹⁰ Tradução livre. Principles of international cooperation in detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity. "1. War crimes and crimes against humanity, wherever they are committed, shall be subject to investigation and the persons against whom there is evidence that they have committed such crimes shall be subject to tracing, arrest, trial and, if found guilty, to punishment".

e) Caso Gelman *versus* Uruguai

O Uruguai ratificou a Convenção Americana e reconheceu a competência da Corte Interamericana em 19 de abril de 1985. O estado, também, é signatário das seguintes convenções: (a) Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura (10 de novembro de 1992), (b) Interamericana de Desaparecimento Forçado de Pessoas (2 de abril de 1996), (c) Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher (2 de abril de 1996).

Em 21 de janeiro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos aceitou a petição da Comissão Interamericana em face da República Oriental do Uruguai. Nesta, a Comissão informava que, em 24 de agosto de 1976, houve o sequestro de María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, grávida de sete meses, e seu esposo, Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, por autoridades argentinas e uruguaias na cidade de Buenos Aires. Logo após a detenção, o casal foi separado e Maria, levada para Montevideo (Uruguai), não teve mais notícias de seu marido. No Hospital Militar, Maria deu à luz a uma menina, adotada por um casal de uruguaios, que a registrou como filha própria e a denominou María Macarena Tauriño Vivian. A mãe e o pai biológico da criança até hoje encontram-se desaparecidos.

O pai de Marcelo Gelman, Juan Gelman, e sua esposa, procuraram por conta própria o paradeiro de seu filho, nora e neta. Em 1999, encontraram a neta quando, em 2000, tiveram o primeiro contato. Maria Macarena, quando teve conhecimento dos fatos, alterou o seu nome para Maria Macarena Gelman García Iruretagoyena. Ante as inúmeras dificuldades de se obter informações, investigar os fatos e punir os responsáveis, uma vez que o Uruguai possui a sua lei de anistia, a Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, Lei nº 15.848/1986, o Sr Juan Gelman submeteu o caso à Comissão Interamericana que, em 21 de janeiro de 2010, o apresentou à Corte Interamericana.

O desaparecimento de María Claudia García Iruretagoyena Casinelli e seu esposo, Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, é resultado de ações empreendidas por agentes argentinos e uruguaios que, através da denominada Operação Condor, realizavam a detenção arbitrária, torturavam, matavam e desapareciam com os corpos de todos os dissidentes aos regimes autoritários que se instaurou no Cone Sul, principalmente, em relação aos regimes argentinos, uruguaio, paraguaio, boliviano e brasileiro²¹¹. Tal conduta era reiterada e tornou-se uma

²¹¹ No tocante aos brasileiros desaparecidos, vide relatório parcial da Comissão Nacional da Verdade, publicado pelo grupo que investiga Operação Condor e a pesquisa a cooperação internacional entre os órgãos de informação e contrainformação dos países da América Latina sob regimes ditatoriais. Este apresentou um relatório, em março de 2013, com uma lista de 17 brasileiros desaparecidos em Argentina, Chile e Bolívia.

prática habitual e permanente como meio de desconstituir as oposições ao regime. Ademais, no sistema argentino e uruguaio há inúmeros relatos de crianças filhas de subversivos políticos que eram doadas para famílias de agentes do estado e estes as registravam como se fosse própria ocultando a verdadeira identidade da criança.

De 13 de junho de 1968 a 26 de junho de 1973, o povo uruguaio sofreu um golpe de estado e se instaurou-se a Ditadura Militar. Esta, tal como as demais da América Latina, adotou "*Medidas Prontas de Seguridad*" inspiradas na Doutrina da Segurança Nacional. Com o fim de atacar os focos subversivos além das fronteiras de cada estado, as forças militares de cada país resolveu unir-se para compartilhar informações, técnicas de espionagem e métodos de eliminação de subversivos. Assim, em 1960 havia ocorrido a Conferência do Exército Americano, com o fim de estabelecer possíveis estratégias de atuação conjunta. Assim, em 1975, concretizou-se a Operação Condor que "atuava de forma secreta e com autonomia."²¹²

Era conduta reiterada o sequestro de opositores ao regime - independente do território que se encontrassem, a repatriação de forma ilegal, a tortura, o assassinato, o desaparecimento dos corpos e, no caso de mulheres grávidas, a entrega das crianças para adoção, normalmente por famílias de policiais ou militares. Esta forma de atuação objetivava a educação e criação dos menores por pessoas que eram consideradas moralmente idôneas. A Corte ressaltou o sofrimento qualificado a que foi submetida Maria Cláudia, grávida, presa ilegalmente, afastada do marido, sem saber qual seria o seu destino e o de sua filha. Interessante notar que a prática de atos ilegais pelo estado ultrapassou as fronteiras da soberania interna e atuava de forma transfronteiriça, tornando a criminalidade internacional.²¹³ A mesma internacionalidade que hoje se apela na defesa de direitos fundamentais violados internamente.

O Uruguai possui a sua lei de anistia, denominada "ley de caducidad", aprovada em 22 de dezembro de 1986, que determina

a decadência do exercício da pretensão punitiva do estado em respeito aos delitos cometidos até 1º de março de 1985 por funcionários militares e policiais, equiparados ou assimilados por motivos políticos ou em ocasião de cumprimento de suas funções e decorrente de ações ordenadas durante o período de fato²¹⁴.

Informações obtidas no site <http://www.cnv.gov.br/index.php/2012-05-22-18-30-05/operacao-condor>. Acesso em: 19 nov. 2013.

²¹² Conforma informações na sentença do Caso Gelman. p. 17.

²¹³ Ressalte-se que esta mesma internacionalidade que hoje se apela na defesa de direitos fundamentais violados internamente, são denegados pelo sistema judicial brasileiro. Ante tais fatos, chegar-se-ia a conclusão absurda que o estado pode atuar ilegalmente além de suas fronteiras, mas, este mesmo estado aplica a sua soberania para impedir o exercício da Justiça do sistema internacional.

²¹⁴ Artículo 1º.- Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y

A aplicação da mencionada lei foi questionada. Assim, em 1988, a Suprema Corte de Justiça uruguaia reconheceu a sua constitucionalidade. Entretanto, a Comissão Nacional Pro-referendum contra a Lei de Anistia obteve, em 1989, 25% das assinaturas dos eleitores o que possibilitou a realização de um referendo. Neste, a lei foi, por 57,6% dos votos dos eleitores, considerada aplicável. Entretanto, em 2009, a Suprema Corte de Justiça altera o seu entendimento ao julgar o caso "*Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela*", quando reconheceu a inconstitucionalidade de inúmeros artigos da lei e determinou que não é aplicável. Tal julgamento foi reiterado em 2010, no caso "*Organización de los Derechos Humanos*". Em 2009, através de iniciativa popular, foi proposto um projeto de reforma constitucional que constasse a declaração de nulidade da lei de anistia. Entretanto, novamente este projeto não obteve a maioria necessária.

No tocante à aplicação de leis de anistia internas, a Corte Interamericana reiterou a sua falta de compatibilidade com a legislação e jurisprudência internacional. Reiterou, também, tal como consta nos demais julgados, que leis de anistias que perdoam pessoas que perpetraram crimes contra a humanidade ocasionam a falta de investigação dos fatos, a instauração de processo e a impunidade. Portanto, tais leis devem ser banidas, ainda que tenham a conotação de pacificação social, eis que geram, perante todos, a sensação que há pessoas acima da lei.

No caso específico, ainda que se alegue que a lei de anistia foi aprovada durante um período de democracia e que, posteriormente, o povo uruguaio não acolheu os pedidos de invalidação da norma, a Corte ressalta que as normas e jurisprudência internacional de proteção do homem são limites para a soberania interna de cada país e, portanto, as leis internas não podem afrontá-las, ainda que democraticamente aprovadas.

Portanto, tal como no caso *Gomes Lund versus Brasil*, a Corte ressaltou que a sua posição não é isolada. Ao contrário, possui respaldo em inúmeras decisões e legislações do sistema regional (americano e europeu), bem como global (cível e criminal) de proteção dos direitos humanos. Neste sentido, a Corte cita o Relatório do Secretário-Geral das Nações Unidas, enviado ao Conselho de Segurança²¹⁵; o Relatório do Escritório do Alto Comissariado

policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.

²¹⁵ Relatório do Secretário-Geral ao Conselho de Segurança das Nações Unidas. O Estado de direito e a justiça de transição nas sociedades que sofrem ou sofreram conflitos. U.N. Doc. S/2004/616, 3 de agosto de 2004, citado na sentença do Caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*.

das Nações Unidas para os Direitos Humanos²¹⁶; a Declaração e Programa de Ação de Viena decorrente da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)²¹⁷; Relatório do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas²¹⁸, as decisões dos Tribunais Penais Internacionais para a Ex-Iugoslávia e Serra Leoa, Tribunal Especial para o Líbano, Salas Extraordinárias das Cortes de Camboja e a Corte Européia de Direitos Humanos. Resumidamente, em todas, a Corte ressalta que leis de anistia, ainda que supostamente tenham a capacidade de pacificar a nação, são incompatíveis com graves violações de direitos humanos. Perpetradores de crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio não podem ser perdoados por leis internas. Tal situação cria o paradoxo, pois, enquanto o sistema internacional determina a punição; o interno, perdoa; cria e incentiva a impunidade e impede a apuração da verdade.

Ante tal fundamentação, a Corte concluiu, em 24 de fevereiro de 2010, que o Estado uruguaio é internacionalmente responsável pelo:

a) desaparecimento forçado e violação dos direitos de reconhecimento da personalidade jurídica, da vida, da integridade e liberdade pessoal, em prejuízo de María Claudia García Iruretagoyena Casinelli; b) a violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, da vida, da integridade pessoal, da liberdade pessoal, da família, ao nome, direito da criança e de nacionalidade em prejuízo de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, pois foi vítima de desaparecimento forçado desde o seu nascimento até o momento que recuperou a sua verdadeira e legítima identidade; c) violação dos direitos a integridade pessoal, à proteção da família e prejuízo do Senhor Juan Gelman; e d) violação dos direitos e das garantias judiciais de proteção judicial, em relação com as normas pertinentes da Convenção Americana e da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento de Pessoas, por falta de investigação efetiva dos fatos do presente caso em prejuízo de Juan Gelman e María Macarena Gelman. Ademais, o Estado descumpriu a obrigação de adequar o seu direito interno à Convenção Americana, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à lei de anistia com relação às graves violações de direitos humanos²¹⁹.

²¹⁶ Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, O direito à verdade. UN Doc. A/HRC/5/7, de 7 de junho de 2007.

²¹⁷ Conferência Mundial de Direitos Humanos, Declaração e Programa de Ação de Viena. U.N. Doc. A/CONF.157/23, de 12 de julho de 1993, Programa de Ação.

²¹⁸ Observação Geral sobre o artigo 18 da Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados. Relatório apresentado no 62º período de sessões da Comissão de Direitos Humanos. U.N. Doc. E/CN.4/2006/56, de 27 de dezembro de 2005.

²¹⁹ Tradução livre do seguinte trecho da sentença: "a) la desaparición forzada y la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, en perjuicio de María Claudia García Iruretagoyena Casinelli; b) la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la familia, al nombre, a los derechos del niño y a la nacionalidad, en perjuicio de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, por lo que constituyó una forma de desaparición forzada desde su nacimiento hasta el momento en que recuperó su verdadera y legítima identidad; c) la violación de los derechos a la integridad personal y a la protección de la familia, en perjuicio del señor Juan Gelman, y d) la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en relación con las normas pertinentes de la Convención Americana y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por la falta de investigación efectiva de los hechos del presente caso, en perjuicio de Juan Gelman y María Macarena Gelman. Además, el Estado ha incumplido la obligación de adecuar su

Dessa forma, o estado uruguaio foi condenado a:

- a) investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis pelo desaparecimento da Maria Claudia Garcia e Maria Macarena Gelman Garcia. O Estado deve conduzir eficazmente a investigação penal dos fatos do presente caso para que tenha efetivo resultado;
- b) determinação do paradeiro das vítimas. A Corte condenou o estado a adotar medidas sistemáticas e rigorosas para apurar o paradeiro de Maria Claudia Garcia;
- c) deve, também, o estado adotar medidas para que a "ley de caducidad" não represente um empecilho para a apuração dos fatos e punição dos responsáveis;
- d) publicação da sentença da Corte Interamericana em meio de ampla divulgação;
- e) ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional;
- f) o estado deve no edifício do Sistema de Informação de Defesa colocar um placa com o nome de todas as vítimas da ditadura. Ademais, esta placa deve ficar em local de fácil acesso ao público;
- g) garantias de não repetição - criação de unidades especializadas no Poder Judiciário e no Ministério Público para investigar as violações dos direitos humanos. Para tanto, deve ser disponibilizado recursos técnico, financeiros e humanos para implementar tais medidas;
- h) garantias de não repetição - a Corte reitera que o estado deve implementar o seu Protocolo de Coleta e Informação de Material de Pessoas Desaparecidas, bem como dar e efetiva publicidade e capacitação para os que trabalham com tal atividade;
- i) garantias de não repetição - acesso, sistematização e publicação de documentos em poder do Estado;

A Corte reitero que o estado deve adotar, em prazo razoável, medidas para a sistematização, compilação, armazenamento e pesquisa nos arquivos em seu poder.

- j) indenização - dano material e imaterial;

No tocante ao dano material, a Corte condenou o estado a pagar a Maria Macarena o valor de cinco mil dólares pelos gastos na busca do paradeiro de sua mãe. Ante o desaparecimento de Maria Claudia Garcia, aos dezenove anos de idade, a Corte condenou o estado a pagar trezentos mil dólares como lucros cessantes.

Quanto ao dano imaterial, isto é,

tanto os sofrimentos e as aflições causadas à vítima direta e aos que lhe são próximos, como o menosprezo de valores muito significativos para as pessoas, e outras perturbações que não são suscetíveis de medição pecuniária, nas condições de vida da vítima ou de sua família²²⁰.

a Corte condenou o estado a pagar o valor de cem mil dólares a Maria Cláudia Garcia, a ser pago à filha, eis que o Sr. Juan Gelman renunciou aos valores, e oitenta mil dólares a Maria Macarena.

k) Custas e gastos.

Por último, a Corte determinou que o estado pague, para fins de reembolso de custas e gastos, o valor de vinte e oito mil dólares aos representantes de Juan Gelman e Maria Macarena.

Assim, a Corte em outro caso invalidou a lei de anistia interna que, inclusive, no presente caso, já tinha sido popularmente ratificada em duas oportunidades, para reconhecer que a soberania interna está limitada pelo respeito aos tratados de direitos fundamentais e as decisões de cortes internacionais. Leis de anistia não pacificam a sociedade, ao contrário, impedem a apuração dos fatos, o processo e responsabilização dos culpados. Criam a noção de que a lei não é para todos, pois, uma parcela da sociedade está acima dela. Também impedem a reconstituição da história de uma nação e, principalmente, a paz de espírito aos familiares das vítimas²²¹.

²²⁰ Sentença caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil. p. 110.

²²¹ Sobre a importância aos familiares das vítimas de terem informações sobre os desaparecidos e efetuarem a cerimônia de enterro, ainda que simbólica, cite-se a entrevista de Juan Gelman ao afirmar que: "Meu filho foi assassinado com um tiro na nuca pela ditadura e ficou 13 anos desaparecido. Até que seus restos foram encontrados na Argentina. Pude dar-lhe uma sepultura. É reparador. Enterrar os mortos queridos é algo que existe desde tempos muito antigos. Encontrar um desaparecido é honrá-lo, dar-lhe um lugar na memória. A palavra 'desaparecido' esconde quatro atos – o sequestro, a tortura, o assassinato e o desaparecimento. Porque sabemos que não estão desaparecidos, sabemos que estão mortos." Entrevista obtida no site <http://livrosetc.blogfolha.uol.com.br/2012/03/30/juan-gelman-encontrar-um-desaparecido-e-honra-lo-dar-lhe-um-lugar-na-memoria/>>. Acesso em 19 nov. 2013.

4.3 SISTEMAS INTERNACIONAIS (GLOBAL E INTERAMERICANO) NÃO JUDICIAIS DE APURAÇÃO, INVESTIGAÇÃO E JULGAMENTO DE CRIMES DE TORTURA

Aliados aos sistemas jurídicos para verificar a implementação e violação aos direitos fundamentais, há o sistema não jurídico formado pelas Comissões e Comitês (global e regionais).

Este sistema de controle é, também, um dos reflexos da abolição da noção absoluta da soberania. Com o sistema de elaboração de relatórios, os estados devem informar a sua situação, submeter-se as visitas das comissões e aceitar as conclusões dos relatórios que, em que pese não tenham força jurídica, possuem força moral. Assim, a forma como os estados tratam os seus nacionais passa a ser fiscalizada pelos organismos internacionais e, através de relatórios, exposta à toda comunidade global.

Sobre o sistema de relatórios, menciona Flavia Piovesan:

Os relatórios devem ser elaborados pelos Estados-partes dos tratados de proteção dos direitos humanos, a fim de esclarecerem, perante os “Comitês”, o modo pelo qual estão conferindo cumprimento às obrigações internacionais assumidas. Os relatórios devem conter as medidas legislativas, administrativas e judiciais adotadas pelo estado para implementar o tratado, bem como os fatores e dificuldades enfrentadas. Essa sistemática é prevista em todos os tratados de direitos humanos. A respeito do significado da sistemática dos relatórios, comenta Henry Steiner: “os relatórios elaborados pelos estados sobre os direitos humanos internacionais tornaram-se hoje um lugar comum no plano dos tratados internacionais de direito humanos. Mas considere quão revolucionária uma idéia como essa pode ter parecido, para grande parte dos estados do mundo, quase que inconcebível, na medida em que deveriam periodicamente submeter um relatório a órgãos internacionais sobre seus problemas internos de direito humanos, envolvendo governo e cidadãos, e posteriormente participar de discussões a respeito do relatório com membros daquele órgão, perante o mundo”²²².

4.3.1. Sistema Global

4.3.1.1 Comissão de Direitos Humanos

A Comissão de Direitos Humanos foi estabelecida como órgão de controle pelo Pacto

²²² PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 43.

Internacional de Direito Cívico e Político. Nos termos dos artigos 7 e 10 do Pacto:

Artigo 7º

Ninguém poderá ser submetido a torturas, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, ninguém será submetido sem o seu livre consentimento a experiências médicas ou científicas.

Artigo 10º

Toda a pessoa privada de liberdade será tratada humanamente e com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Cabe aos estados implementarem as regras do pacto e adotar medidas de proteção para que ninguém seja submetido à tortura ou tratamento desumano. O Pacto não admite qualquer restrição aos artigos supra mencionados, ainda que em situações de emergência.

A Comissão de Direitos Humanos é composta por dezoito membros escolhidos pelos Estados-partes do protocolo. Os membros são eleitos para um mandato de quatro anos. Os estados devem apresentar relatórios sobre as políticas que adotaram para dar efetividade aos direitos reconhecidos no Pacto. Devem, também, informar a evolução dos atos implementados. Além disso, a Comissão emite pareceres e recomendações aos estados que violam ou não implementam os direitos estabelecidos no Pacto. Assim, cabe aos estados informar as medidas legislativas, administrativas e judiciais que foram adotadas para prevenir e punir os atos de tortura e outros tratamentos cruéis.

Os Estados devem elencar à Comissão quais as medidas que foram adotadas para informar à população sobre o seu direito de não ser submetido à tortura. Devem explicar, também, como estão capacitando os policiais, os profissionais da lei, os profissionais da saúde, em suma, quem trabalha com a população que pode ser vítima do crime de tortura ou tratamento cruel.

A Comissão apura, ainda, os casos em que o estado-parte concedeu anistia ao acusado do crime de tortura ou tratamento cruel. Conforme a Comissão, a anistia é incompatível com o dever que cada estado possui de investigar, julgar e impedir que tais atos se repitam. Ainda, é dever do estado reparar integralmente a vítima de tortura e a Comissão tem direito de fiscalizar o cumprimento das suas recomendações.

4.3.1.2 Comitê das Nações Unidas contra a Tortura

O Comitê das Nações Unidas contra a Tortura²²³ é formado por dez pessoas que fiscalizam a implementação da respectiva convenção pelos estado-partes. As reuniões ocorrem em Genebra. Cabe à Comissão examinar os relatórios apresentados pelos estados partes que contêm explicações sobre como os direitos estão sendo concretizados nos respectivos estados. A cada quatro anos é dever do estado apresentar os relatórios à Comissão, que tem o dever de analisá-los, emitir pareceres e dar recomendações.

Além dos sistemas de relatórios, nos termos do artigo 20 e seguintes da Convenção, a Comissão pode iniciar uma investigação decorrente de reclamação individual de outro Estado-Parte.

O Protocolo Facultativo à Convenção, cuja vigência iniciou-se em 2006, criou o Subcomitê para a Prevenção da Tortura que tem autorização para visitar lugares nos estados onde são mantidas pessoas sob privação de liberdade.

Ainda, é atribuição do Comitê publicar textos com interpretações sobre a convenção denominados de comentários gerais.

4.3.1.3 Relator especial das Nações Unidas contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes

Este cargo foi criado em 1985 pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas. O objetivo é fiscalizar a prática tortura em qualquer estado ainda que este não seja signatário da convenção. Para fazer visitas ao estado, o relator deve ser convidado ou permitida a sua entrada.

O relator deve se comunicar com o estado e pedir esclarecimentos sobre algum caso que lhe seja levado. Ainda, o relator pode fazer pedidos ao estado, em casos de urgência, quando verifica que há pessoas em situações de perigo.

Cabe ao relator emitir relatórios anuais e públicos à Comissão de Direitos Humanos e à Assembléia Geral das Nações Unidas. Estes relatórios não abordam casos específicos, mas,

²²³ Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet17en.pdf>>.

sim a situação em geral do país e as recomendações que foram feitas. Ainda, contém todas as tratativas entre o relator e o estado.

4.3.1.4 Outros mecanismos

Para examinar violações dos direitos humanos em qualquer estado, ainda que não signatário, a Comissão das Nações Unidas criou vários mecanismos tais como, relatores especiais, representantes e especialistas independentes e grupos de trabalho.

Estes devem emitir relatórios à Comissão de Direitos Humanos ou à Assembléia Geral das Nações Unidas. São criados através de resolução e com o objetivo de investigar situações que são consideradas mais críticas. São exemplos: relator especial sobre a tortura, relator especial sobre a violência contra a mulher, grupo de trabalho sobre desaparecimentos forçados ou involuntários, grupo de trabalho sobre detenção arbitrária entre outros.

4.3.2 Sistema Regional Americano

4.3.2.1. Comissão interamericana de direitos humanos

Tal comissão tem jurisdição sobre todos Estados-Partes da Organização dos Estados Americanos ante a aplicação do artigo 41 e seguintes da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos ou Pacto São José da Costa Rica. Deve promover a defesa e a observância dos direitos humanos, além de ter a função consultiva sobre o tema. Pode processar casos individuais, elaborar relatórios sobre a situação dos direitos humanos e apresentar relatórios anuais.

A Comissão foi o primeiro órgão internacional com a competência para receber petições individuais para determinar a instauração de procedimento. Com a conclusão deste, a Comissão tem duas possibilidades: (a) enviar o caso para a Corte ou (b) emitir e publicar um relatório que determinará a responsabilidade do estado denunciado.

A Comissão, decorrente da aplicação da Convenção Americana para a Prevenção e

Punição da Tortura, está prevista no artigo 17 e determina que:

Artigo 17

Os estados partes comprometem-se a informar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre as medidas legislativas, judiciais, administrativas e de outra natureza que adotarem em aplicação desta Convenção.

De conformidade com suas atribuições, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos procurará analisar, em seu relatório anual, a situação prevalecente nos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, no que diz respeito à prevenção e supressão da tortura.

Na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, há os seguintes casos²²⁴:

a) Caso José Pereira *versus* Brasil

Trata-se do primeiro caso submetido à Comissão em que o Brasil oferece proposta de acordo, assumindo a sua responsabilidade perante a comunidade internacional diante dos fatos ocorridos.

José Pereira, atraído pela promessa de trabalho, foi submetido à condição análoga à de escravo na Fazenda Espírito Santo no Estado do Pará, juntamente com outros sessenta trabalhadores. Em 1989, aos dezessete anos de idade, José tentou fugir do local, quando foi ferido por disparo de arma de fogo que atingiu a sua mão e olho direito.

O caso foi submetido à Comissão em 1994. As partes celebraram acordo, em 2003, caso inédito na história brasileira.

b) Caso Corumbiara *versus* Brasil

Este caso ocorreu em Corumbiara, RO, quando trabalhadores rurais foram, de forma violenta, expulsos da Fazenda Santa Eliana, ante o cumprimento de ordem judicial pelas autoridades policiais locais. A Fazenda foi invadida em julho de 1995. Alguns trabalhadores rurais foram mortos e outros cinquenta e três ficaram feridos.

O caso foi submetido à Comissão que, em 2004, publicou relatório final sobre o caso. O Estado brasileiro foi considerado responsável pelas violações ao direito à vida, à integridade pessoal, proteção judicial, garantias judiciais. Ainda, houve violação aos artigos 1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura.

A Comissão recomendou que o Brasil investigasse os fatos, indenizasse as vítimas e

²²⁴ A situação do Brasil consta no relatório “Compilacion de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países de América latina y el Caribe (1988- 2005)”, obtido no site <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/CATLibro.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2011.

seus familiares. Ainda, ante a redação do Código Penal Militar e Código de Procedimento Penal Militar, recomendou-se que o Brasil alterasse a sua legislação para que os crimes contra os direitos humanos praticados por policiais militares fossem investigados e apurados pela Justiça Comum.

c) Caso Jailton Néri da Fonseca *versus* Brasil

Jailton Néri da Fonseca foi detido ilegalmente, sem ordem judicial ou cometimento de flagrante delito, em 1992, aos quatorze anos de idade, sob o pretexto de prestar informações sobre o tráfico de drogas nas favelas cariocas.

O adolescente foi encontrado morto, por disparo de arma de fogo, na Praia de Ramos. As investigações efetuadas pela Polícia Civil e pela Polícia Militar foram consideradas pela Comissão Interamericana frágeis uma vez que, além de ocasionarem a absolvição dos acusados, houve atrasos e negligências.

No relatório da Comissão, em 2004, concluiu-se que o estado brasileiro era responsável pela violação aos direitos fundamentais no presente caso. A Comissão recomendou que o país adotasse políticas públicas de capacitação de seus agentes e eliminasse as práticas discriminatórias calcadas na raça.

Assim, resumido-se os casos submetidos à Comissão Interamericana, conclui-se que os temas comumente denunciados são: (a) casos de violência policial, (b) casos de violência rural, (c) casos de violação dos direitos da criança e do adolescente e (d) desaparecimento de pessoas durante o período do regime militar.

Dentre os casos de violência policial, alguns são famosos: Candelária (RJ), Vigário Geral (RJ), Wagner dos Santos (RJ), Roselândio Borges (RJ) entre outros. Os casos de violência rural são: Massacre de Eldorado dos Carajás, Pará, abril de 1996; assassinato do trabalhador rural Sebastião Camargo Filho, no Paraná, e Francisco de Assis Ferreira, no Maranhão. Casos de violação dos direitos da criança e do adolescente: são os casos ocorridos em casas de detenção de menores, tal como, as unidades da Febem de São Paulo e Rio de Janeiro.

4.4 SISTEMA GLOBAL, REGIONAL INTERAMERICANO E LOCAL DE PROTEÇÃO – O DIALÓGO ENTRE AS DIFERENTES ESFERAS

Ante a existência de tantas esferas de tutela dos Direitos Humanos, resta analisar como ocorre o diálogo entre elas.

Para tanto, primeiramente, ressalte-se a generalidade e abstração dos Tratados e Declarações Internacionais de Direitos do Homem. Nas palavras de Henry Steiner, “the Declaration [...] was far more influenced by the modern dignitarian rights tradition of continental Europe and Latin America than by the more individualistic documents of Anglo-American lineage”²²⁵. Assim, tais tratados e convenções não abordam esta ou aquela cultura, mas, sim, procuram estabelecer padrões que podem ser aplicados para qualquer ser humano.

Alguns autores criticam tal posição ao afirmar que tais declarações, pela generalidade, utilizam o sistema universalista como forma de padronizar todas as culturas, dizimando-se, assim, a diversidade. Entretanto, tal como defendeu Belarmino de Athayde, citado por Henry Steiner, “declaration did not reflect the particular point of view of any one people or group of peoples or any particular political or philosophical system”²²⁶.

Assim, com o fim de estabelecer um padrão que possa englobar o maior número possível de pessoas, o Direito Internacional estabelece padrão protetivo mínimo, o piso mínimo para garantir a dignidade humana. Na lição de Flavia Piovesan “os tratados não são o teto máximo de proteção, mas o piso mínimo para garantir a dignidade humana, constituindo o mínimo ético irreduzível”²²⁷.

Portanto, outras normas locais que estabelecem um rol mais amplo de garantias e direitos devem ser aplicadas inexistindo qualquer tipo de revogação ou derrogação. Se os tratados de direitos fundamentais estabelecem o padrão mínimo, da mesma forma, eles não podem retroceder no rol de tutelas, sob pena de atingir o núcleo inderrogável já estabelecido como *standart*.

Ainda, o sistema internacional de proteção deve atuar em conjunto com os sistemas legais internos, cada um exercendo as suas atribuições. Não é porque uma Comissão da ONU

²²⁵ STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. **International Human Rights in Context: Law, politics, morals**. New York: Oxford University Press, 2000. p. 141. Tradução livre: “Declaração ... foi muito mais influenciada pela tradição moderna de direitos dignitárias da Europa continental e na América Latina do que com os documentos mais individualista da linhagem anglo-americana.

²²⁶ Idem. p. 141. Tradução livre: “Declaração não reflete o ponto de vista particular de qualquer povo ou grupo de povos ou de qualquer sistema político ou filosófico”.

²²⁷ PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 55.

ou Interamericana detectou deficiências em algum setor do estado, tal como a prática reiterada de torturas em sistemas prisionais, que o sistema local, sob o pretexto de proteger a sua soberania, refuta as alegações. Ao contrário, o plano global, regional e local devem interagir para a troca de informações e para obter as melhores soluções possíveis.

Um exemplo de comunicação das esferas pode ser observado no Programa do Conselho Nacional de Justiça denominado Mutirão Carcerário, cujo objetivo é evitar que pessoas fiquem presas irregularmente, prestar atendimento a presos de baixa renda e criar meios de reinserção social para ex-detentos.

O sistema carcerário no país foi alvo de constantes críticas. O Informe de 2010 da Anistia Internacional concluiu que os detentos continuam sendo mantidos em condições cruéis, desumanas e degradantes. A implementação do Programa rendeu ao Brasil uma esperança de melhorias no sistema e o reconhecimento da Alta Comissária da ONU²²⁸.

Assim, deve haver comunicação entre as esferas de tutela dos Direitos Humanos para que estes possam ser implementados de forma eficiente.

²²⁸ Informações obtidas no site http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&catid=1%3Anotas&id=7942%3Amutirao-carcerario-no-es-concede-liberdade-a-360-presos-&Itemid=675. Acesso em: 12 de mar. 2011. Consta na reportagem que “a Alta Comissária da ONU para os Direitos Humanos cumprimentou o presidente pelas iniciativas, afirmando que é aquilo que as pessoas esperam do Judiciário”.

5 A LEI DE ANISTIA BRASILEIRA, TRATADOS INTERNACIONAIS E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA

"A impunidade condena ao luto eterno e não pacifica o país".
Nilson Mariano

"Todas as mágoas são suportáveis quando fazemos delas uma história ou contamos uma história a seu respeito".
Isak Dinesen

"Há crimes que não se pode esquecer, vítimas cujo sofrimento grita menos vingança que narração. Apenas a vontade de não esquecer, pode fazer que estes crimes não ocorram nunca mais".
Paul Ricoeur

5.1 INTRODUÇÃO

A história de um povo não é feita somente de ações nobres e honrosas. Nem se pense em defender esta ou aquela nação sob o argumento que a nobreza de suas ações revela somente fatos heróicos de sua história. Primeiro, porque os fatos devem ser contados tal como efetivamente ocorreram e, se possível, sem qualquer juízo de valor de quem o narra. A priori, isto já se revela difícil tarefa uma vez que os fatos são apreendidos conforme a carga de valores e pré-conceitos que cada um possui. Assim, se para o europeu colonizar e "instruir" o índio americano, um selvagem ignorante, fosse um sinal de nobreza para salvar a sua alma, civilizá-lo; para o colonizado representava o aniquilamento de sua cultura, tradição e origens.

Da mesma forma, se para o Governo Bush adotar técnicas de tortura significa preservar um bem maior, a proteção da sociedade americana de novos ataques terroristas²²⁹;

²²⁹ Cite-se caso interessante que consta no Informe 2010 da Anistia Internacional: "em 2009, mesmo os estados mais poderosos constataram que nem sempre podem se esquivar da lei. Enquanto alguns países europeus não se mostraram muito entusiasmados em abrir processos pelas violações cometidas no contexto da "guerra ao terror", comandada pelos EUA, um tribunal italiano condenou, em novembro, 22 agentes da CIA, um oficial da Força Aérea dos EUA e dois agentes da Inteligência Militar italiana por seu envolvimento no seqüestro de Usama Mustafa Hasan Nasr (Abu Omar) em uma rua de Milão em 2003. Abu Omar foi então transferido, de modo ilegal, para o Egito onde foi detido secretamente por 14 meses, quando teria sido torturado. O julgamento aconteceu, em grande medida, porque o Ministério Público de Milão estava determinado a cumprir a lei, apesar das pressões de seu próprio governo para que abandonasse o caso e apesar de nenhum

para a sociedade internacional como um todo, ante o papel da importância dos Estados Unidos para a comunidade global, representou um retrocesso às políticas de implementação dos Direitos Humanos. Ademais, pode-se ter a certeza que boa parte da população defende emprego da tortura quando em um dos lados da balança está segurança de uma comunidade²³⁰.

Assim, a história de um povo revela fatos heróicos e outros não muitos. Aos primeiros, narram-se histórias, inauguram-se monumentos em praças públicas, criam-se hinos, em suma, ocupam lugar de destaque para que, de certa forma, não se esqueça da sua importância e, talvez, não acabe o amor aos heróis e à pátria. Às outras histórias, em algumas sociedades, faz-se questão de serem relegadas ao esquecimento, como se fosse uma pequena nota de rodapé em um livro que, quão insignificante que é, consegue, em alguns casos, não se fazer notar. Não são relatos necessariamente heróicos, em que pese haja o heroísmo em uma das versões, mas, ao contrário, são histórias tristes que revelam as mazelas humanas e o quanto o homem consegue ser cruel com um igual. É destas últimas lembranças que o presente trabalho versa, isto é, as histórias de pessoas comuns, orientadas por um ideal de valores, que durante o período da Ditadura Militar, foram consideradas perigosas ao *status quo* e sofreram fisicamente e psicologicamente as consequências de suas convicções.

Primeiramente, para que uma história seja contada deve-se ter “múltiplos olhares sobre o passado a partir da plena disponibilidade das fontes de informações”²³¹. Deve haver “uma discussão aberta e sem preconceitos dos erros e dos acertos do passado.”²³² Para recontar a história deve-se acabar com a falsa noção de que o passado é determinado e fechado e o futuro, indeterminado e aberto. Pondera Ricoeur, citado por Luci Buff:

É certo que os fatos passados são inapagáveis. Não se pode desfazer o que foi feito, fazer de conta que o que aconteceu não aconteceu. Em compensação o sentido do que nos acontece, ou do que tenhamos feito ou sofrido, não é fixado de uma vez por

dos agentes estadunidenses jamais ter sido preso ou comparecido ao tribunal.” Anistia Internacional. Informe 2010. O Estado dos Direitos Humanos no Mundo. Impresso no Brasil por Algo Mais Artes Gráficas, Porto Alegre. 2010. Também disponível no site <http://thereport.amnesty.org>.

²³⁰ Ainda, sobre a promessa do Presidente Barack Obama e a unidade de detenção de Guantánamo consta no Informe 2010 da Anistia Internacional: “O prazo estipulado pelo Presidente Obama, no segundo dia de seu mandato, para fechar a unidade de detenção de Guantánamo dentro de um ano não se cumpriu, pois a política partidária doméstica demonstrou ter mais força que os direitos humanos dos detentos.” Anistia Internacional. Informe 2010. O Estado dos Direitos Humanos no Mundo. Impresso no Brasil por Algo Mais Artes Gráficas, Porto Alegre. 2010. p. 52. Também disponível no site <http://thereport.amnesty.org>.

²³¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. ALMEIDA, Alex Luciano Valadares de. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. página 252 e 253.

²³² SAMPAIO, José Adércio Leite. ALMEIDA, Alex Luciano Valadares de. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 253.

todas. Os acontecimentos do passado ficam abertos a novas interpretações²³³.

O período que antecede ao golpe pelos militares criou no país a noção de que ou se vivia uma ditadura de direita, ou os comunistas iriam dominá-lo. Como boa parcela da população da época entendia que o comunismo iria acabar com a propriedade privada, com os valores morais, com as crenças religiosas, fazer a reforma agrária, parte da sociedade brasileira apoiou o Golpe Militar e, outra parte, em que pese não tenha apoiado explicitamente, a ela não se opôs. Consta no Jornal Folha de São Paulo de 20 de março de 1964:

São Paulo parou ontem para defender o regime.
Povo, pela Constituição.

A disposição de São Paulo e dos brasileiros de todos os recantos da pátria para defender a Constituição e os princípios democráticos, dentro do mesmo espírito que ditou a Revolução de 32, originou ontem o maior movimento cívico já observado em nosso Estado: a “Marcha da Família com Deus, pela Liberdade.”

Com bandas de música, bandeiras de todos os Estados, centenas de faixas e cartazes, numa cidade com ar festivo de feriado, a “Marcha” começou na Praça da República e terminou na Praça da Sé, que viveu um de seus maiores dias. Meio milhão de homens, mulheres e jovens - sem preconceito de cor, credo religioso ou posição social - foram mobilizados pelo acontecimento. Com vivas à democracia e à Constituição, mas vaiando os que consideram “traidores da pátria”, concentram-se defronte da Catedral e nas ruas próximas.

Ali, oraram pelos destinos do país. E, através de diversas mensagens, dirigiram palavras de fé no Deus de todas as religiões e de confiança nos homens de boa vontade. Mas, também, disposição para lutar em todas as frentes, pelos princípios que já exigiram o sangue dos paulistas para se firmarem²³⁴.

Esta passeata foi uma reação às decisões do Presidente João Goulart que indicava certa aproximação com os governos de esquerda. Consta, na edição de 14 de março de 1964, do mesmo periódico:

JG surpreende o país: refinarias encampadas

Falando ontem à multidão constituída de dezenas de milhares de pessoas, o Presidente João Goulart surpreendeu o país ao anunciar que havia assinado o decreto de encampação de Capuava e de todas as refinarias particulares de petróleo. Informou, também, que assinara o decreto da SUPRA.

Ao iniciar seu discurso de 65 minutos, no comício da Guanabara, o orador advertiu que seria franco, sincero e até rude, para ser bem entendido por todos os brasileiros. O Presidente salientou que o decreto da SUPRA representa apenas um passo inicial para a reforma agrária que somente será possível com a reforma da Constituição, “acima da qual está o povo.

Ainda, na mesma edição:

²³³ BUFF, Luci. Tempo de Perdão. In: **Memória e Verdade**: a Justiça de Transição no Estado democrático Brasileiro. Coordenadoras: Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Akemi Shimada. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 246.

²³⁴ Primeira Página: Folha de São Paulo. 6 ed. São Paulo: Publifolha 2006. p. 92.

Voto ao analfabeto

O Presidente anunciou, também, que acaba de enviar ao Congresso mensagem dispondo sobre a reforma eleitoral e sobre a reforma universitária. A reforma eleitoral preconizada pelo Executivo incluirá o voto do analfabeto e a elegibilidade das praças de pré. O Presidente não se estendeu sobre a reforma universitária, limitando-se a dizer que será a reclamada pelos estudantes brasileiros. Informou, ainda, que nas próximas horas assinará decreto que regulamenta os aluguéis de apartamentos para impedir “os preços extorsivos e abusivos”²³⁵.

Assim, à época, com o fim da II Guerra, o mundo vivia certo dualismo com a separação da comunidade internacional entre os capitalistas, sob o comando dos Estados Unidos e, do outro lado, os comunistas, sob a orientação da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Tal dualismo se refletia, também, nas relações internas de cada país. Era uma fase de mudanças e de posições ideológicas bem definidas. Isto ocasionava um olhar desconfiado entre as pessoas.

Olhar para o outro e não ver um ser humano, mas, sim, um inimigo, um perigo iminente, um *minus*, uma sub-raça, não é novidade na história da humanidade e nem será a última vez. Tal como relata Martha Minow²³⁶, homicídio, seqüestro, lesões corporais, terrorismo, entre outros, perpetrados contra uma população civil são condutas que se repetem na história da humanidade. E pior, nenhum povo está protegido contra tais agressões. Cita a autora os diversos exemplos de atrocidades ocorridas durante o século XX: o estado alemão nazista que se caracterizou pela afronta aos direitos e garantias fundamentais diante da dizimação de inúmeras pessoas; a tentativa de dizimação étnica ocorrida na Iugoslávia; a política do *apartheid* na África do Sul. Ainda, repressões governamentais em Oganda, Chile, Etiópia entre outros. O genocídio de armênios durante a revolução turca, o massacre de Ibo na Nigéria, o assassinato de hutus, a repressão a estudantes chilenos, argentinos e brasileiros nas Ditaduras do Cone Sul entre outros.

Entretanto, não se pode defender que, ante a reprodução reiterada de tais fatos na história da humanidade, esta está fadada a sempre sofrer tais mazelas, como se fosse um destino que não se pudesse alterar. Ao contrário, é preciso entender o passado, apurar os fatos, punir os infratores, enterrar os mortos e refletir para que a história não se repita. Portanto, a priori já é possível concluir que leis de anistias que concedem o perdão aos infratores, sem ao menos apurar os fatos, questionar a quem pode perdoar se é esta a vontade da pessoa, como se impusesse uma amnésia coletiva, violam a história da comunidade e a submete a maiores riscos de que o passado de atrocidades pode se tornar presente. Como afirmou Isak Dinesen,

²³⁵ Primeira Página: Folha de São Paulo. 6 ed. São Paulo: Publifolha 2006. p 91.

²³⁶ MINOW, Martha. *Between Vengeance and Forgiveness*. Facing history after genocide and mass violence. Boston: Beacon Press.

“todas as mágoas são suportáveis quando fazemos delas uma história ou contamos uma história a seu respeito”²³⁷.

5.2 OS FATOS QUE SÃO PASSÍVEIS DE PERDÃO

Assim, começa-se a análise da lei de anistia brasileira questionando-se: quais os atos são passíveis de perdão, quem pode conceder perdão e se haveria atos imperdoáveis. Em suma: é possível perdoar o imperdoável, nas palavras de Jacques Derrida?

Quanto ao perdão, Hannah Arendt afirmou que a vida em sociedade possui duas grandes dificuldades: a irreversibilidade das ações humanas e a imprevisibilidade do processo que a ação humana pode desencadear. Assim, para o homem lidar com esta situação, há a faculdade de perdoar e a faculdade de prometer e cumprir as promessas. Diz a autora 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 fazia - é a faculdade de perdoar.” Afinal, perdoar “serve para desfazer os atos do passado, cujos pecados pendem como espada de Dâmocles sobre cada nova geração”. A faculdade de prometer e cumprir a promessa objetiva solucionar o problema da “imprevisibilidade, da caótica incerteza do futuro.” Obrigar-se através de promessas “serve para criar, no futuro, que é por definição um futuro de incertezas, certas ilhas de segurança, sem as quais não haveria continuidade, e menos ainda durabilidade de qualquer espécie, as relações entre os homens”.

Perdoa-se o pecado. Através do perdão, o homem se liberta da vingança, isto é, da reação ao processo de ação. Assim, o perdão liberta quem é perdoado, mas, principalmente, quem perdoa. Vingarse ocasiona ações e reações em uma cadeia sem fim. A ação esperada em face de um pecado é a vingança. Perdoar é “a única reação que não reage, mas que age de novo e inesperadamente”²³⁸. Por isso, afirma-se que o perdão liberta quem perdoa, pois este acaba com a lógica de ações e reações.

Perdoa-se o pecado, isto é, o evento cotidiano, “decorrência natural do fato de que a

²³⁷ Frase citada por Hannah Arendt. **A Condição Humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 188. Ainda, sobre a importância da memória, o dia 27 de janeiro é marcado como a data da liberação do maior campo de extermínio Auschwitz-Birkenau. Em 2005, a Assembléia Geral das Nações Unidas designou esta data como a o Dia Internacional da lembrança do Holocausto (International Holocaust Remembrance Day). Informações obtidas no site http://www.ushmm.org/museum/exhibit/focus/ihrd/comment_post.php. Acesso em: 16 mar. 2011.

²³⁸ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2009. p. 253.

ação estabelece constantemente novas relações numa teia de relações, e precisa do perdão, da liberação, para que a vida possa continuar desobrigando constantemente os homens daquilo que fizeram sem o saber”²³⁹. Nas palavras de Hannah Arendt:

O motivo da insistência sobre o dever de perdoar é, obviamente, que “eles não sabem o que fazem” e não se aplica ao caso extremo do crime e do mal intencional, pois do contrário não teria sido necessário ensinar que “se ele pecar sete vezes no dia contra ti e sete vezes no dia te vier buscar, dizendo: Pesa-me, perdoa-lhe. O crime e o mal intencional são raros, mais raros talvez que as boas ações; segundo Jesus, Deus se encarregará deles no Juízo Final, que nenhum papel desempenha na vida terrena e tampouco se caracteriza pelo perdão, mas pela justa retribuição (apodounai)”²⁴⁰.

A mesma autora concluiu, portanto, que não se perdoa o crime e nem o mal intencional, pois destes “Deus se encarregará deles no Juízo Final.” Apenas ressalva-se as conclusões da autora quanto à raridade do crime e do mal intencional. Conforme dados citados por Martha Minow²⁴¹, acredita-se que vinte mil mulheres muçulmanas foram estupradas entre 1991 e 1995 na Bósnia. Ainda, conforme informações obtidas no *United States Holocaust Memorial Museum*: em 2004, quinhentos mil tutsis foram assassinados pelos hutus em Ruanda; cem mil pessoas foram assassinadas, entre 1991 e 1992, na Bósnia-Herzegovina; a Guerra Civil em Burundi resultou, em 1993, a morte de trezentas mil pessoas e quinhentas mil refugiados; durante a II Guerra, duzentos mil ciganos e outras duzentas mil pessoas portadoras de necessidades especiais foram assassinadas, entre outros dados²⁴².

A Lei de Anistia brasileira, Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, na interpretação que defende que esta concedeu perdão a torturados e torturadores, já possui, a priori, a primeira incongruência: somente pecadores podem ser perdoados, quem pratica os eventos cotidianos que ocasionam conseqüências inesperadas. Não se perdoa o mal intencional e o crime. Assim, não se perdoa quem pratica tortura, seqüestro, desaparecimento forçado, homicídio, estupro entre outros crimes que foram perpetrados nas Ditaduras do Cone Sul.

Da mesma forma, a quem cabe conceder perdão? Se o perdão liberta quem perdoa, a parte legítima para concedê-lo é a vítima, que, ao invés de se vingar, prefere perdoar para se libertar da cadeia infinita de ações e reações. Assim, hipoteticamente, uma vez que, como já assinalado nem cabe perdão, quem pode perdoar é o torturado, o seqüestrado, os familiares do

²³⁹ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2009. p. 252.

²⁴⁰ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2009. p. 252.

²⁴¹ MINOW, Martha. **Between Vengeance and Forgiveness: Facing history after genocide and mass violence**. Boston: Beacon Press. p. 6.

²⁴² Informações obtidas no site http://www.ushmm.org/genocide/take_action/atrisk. Acesso em 15 mar. 2011.

desaparecido, a mulher vítima de violência sexual. Não poderia o Estado, uma terceira pessoa, conceder o perdão a seus próprios agentes.

No outro capítulo foi abordada a participação das vítimas no processo de elaboração e aprovação da lei de anistia e concluiu-se que foi ínfimo: ou a lei era aprovada nos exatos termos como o Executivo a havia encaminhado, ou não haveria qualquer lei de anistia. Ainda, a efetiva representatividade do Congresso era passível de ser questionada. Não havia um palco para debates, discussões, abertura a diálogo para a elaboração de uma lei que efetivamente representasse a vontade popular. Como outrora foi afirmado, o diálogo era somente para legitimar o monólogo do executivo, o diálogo era “monológico”, nas palavras de Heloisa Greco. Constava na capa do Jornal Folha de São Paulo do dia 22 de agosto de 1979, “o projeto da anistia é intocável”²⁴³. Assim, não se pode concluir que o perdão concedido através de lei advém da vontade popular, da vontade dos brasileiros de perdoar a todos, nesta passagem da ditadura para a democracia. Pode-se questionar a legitimidade do estado, um terceiro partícipe, em conceder o perdão que somente pode ser dado pelos legitimados.

Mas, no caso em análise, nem eram terceiros participantes. A elaboração da Lei de Anistia ocorreu por quem detinha o poder à época, pelos militares que governavam o país e que eram os supostos perpetradores de crime, quer por ação, ou quer por omissão, ao se negarem a adotar medidas de repressão e banimento da tortura.

Assim, a lei, além de perdoar o imperdoável, quem perdoava era quem deveria suplicar pelo perdão do outro. Quem perdoava não detinha qualquer legitimidade uma vez que era a parte que agiu e ocasionou o mal, e não a que foi vítima deste. Trata-se na verdade, tal como consta nos votos da Corte Interamericana de Direito Humanos, de leis de autoanistia, onde quem se perdoa é quem praticou ato contrário aos direitos humanos.

Dessa forma, já se verifica algumas impropriedades: (a) somente se perdoa o pecado e (b) se o perdão é libertário, quem pode perdoar é a vítima. No caso da lei de anistia brasileira, perdoou-se o crime e o perdão foi concedido pelo próprio criminoso. Logo, em que pese seja denominada Lei de Anistia, trata-se, na verdade, de uma lei que supostamente criou imunidade post factum processual e material. A imunidade processual, uma vez que teoricamente proibiu a instauração de processo para investigar os fatos²⁴⁴, e a imunidade

²⁴³ Primeira Página: Folha de São Paulo. 6 ed. São Paulo: Publifolha 2006. p. 151.

²⁴⁴ Sobre a dificuldade de se instaurar processo criminal para se apurar os fatos, leia-se a obra “O Direito na História. O caso das mãos amarradas”. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Coordenadoria de Documentação. Número 1. março/outubro de 2008. Porto Alegre: TRF4 Região, 2008. O livro aborda a tortura e morte do sargento do Exército Manoel Raymundo Soares, em 1966, cujo corpo foi encontrado com

material, ao se vedar a aplicação de pena aos infratores.

Além disso, o estado não deve perdoar quem, sob o seu comando, praticou atos de tortura. Mas, sim, ele deve pedir o perdão às vítimas pelos fatos que ocorreram e adotar medidas de investigação e repressão. Tal como menciona Jacques Derrida, sobre a publicização do perdão:

I am thinking of those scenes where Japanese Prime Minister ‘asked forgiveness’ of the Koreans and the Chinese for past violence. He presented certain ‘heartfel apologies’ in his own name, (at first sight) without implicating the Emperor at the head of the state, but a Prime Minister always implicates more than a private person²⁴⁵.

Tal atitude foi realizada, também, no Chile, país integrante da Operação Condor, cujo primeiro Presidente civil após a ditadura, Patricio Alwyn, em 1991, ao receber o relatório Retting da Comissão de Verdade, Justiça e Reconciliação, no Estádio Nacional de Santiago, em que foram aprisionados, torturados e mortos muitos cidadãos, pediu perdão em nome do Estado aos familiares das vítimas. Afirmou o Presidente:

Cuando fueron agentes del Estado los que ocasionaron tanto sufrimiento, y los órganos competentes del Estado no pudieron o no supieron evitarlo o sancionarlo, y tampoco hubo la necesaria reacción social para impedirlo, son el Estado y la sociedad entera los responsables, bien sea por acción o por omisión. Es la sociedad chilena la que está en deuda con las víctimas de las violaciones a los derechos humanos. (...) Por eso es que yo me atrevo, en mi calidad de Presidente de la República, a asumir la representación de la Nación entera para, en su nombre, pedir perdón a los familiares de las víctimas²⁴⁶.

O Presidente remeteu o relatório Retting da Comissão de Verdade, Justiça e Reconciliação à justiça ordinária, onde foram abertos centenas de processos para cada um dos casos comprovados. Assim, “o Presidente mostrou a grandeza de um homem político ao pedir

as mãos amarradas nas margens do Rio Jacuí. A obra decorre da narrativa de fatos, principalmente reconstituídos através de processo judicial, uma vez que a viúva do sargento requereu pedido de indenização em face da União. As dificuldades para se investigar, à época, foram várias e são narradas pelo Promotor de Justiça designado, Paulo Cláudio Tovo, que sofreu pressões da Secretaria de Segurança ante a condução que deu ao caso. Consta que ele, após relatar o inquérito, teve que sair rapidamente da Secretaria de Segurança, com os autos, pegar um táxi e pessoalmente entregar em mãos na Vara do Júri.

²⁴⁵ DERRIDA, Jacques. **On Cosmopolitanism and forgiveness**. London: Routledge. 2007. p. 31. Tradução livre: “refiro-me daquelas cenas em que «pediu perdão” primeiro-ministro japonês a coreanos e chineses para a violência do passado. Ele apresentou desculpas em seu próprio nome, (à primeira vista), sem implicar o Imperador como chefe de Estado, mas um Primeiro-Ministro sempre implica mais do que uma mera pessoa privada”.

²⁴⁶ Trecho obtido do voto do Juiz Caçado Trindade proferido no caso Almonacid Arellano versus Chile, obtido no site <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em: 18 mar. 2011. Tradução livre: “Quando foram os agentes do Estado que ocasionaram tanto sofrimento, e os órgãos competentes do Estado não podiam ou não sabiam como evitar ou punir, nem teve a reação social necessário para impedir, o Estado e a sociedade são responsáveis, quer por ação ou omissão. Sociedade chilena está em dívida com as vítimas de violações dos direitos humanos. (...) Por isso, atrevo-me, na minha qualidade de Presidente da República, a assumir a representação de toda a nação, para em seu nome, pedir perdão às famílias das vítimas”.

perdão às vítimas pelos abusos e crimes cometidos pelos seus predecessores”²⁴⁷. Luci Buff menciona Derrida:

As grandes tradições religiosas e espirituais do perdão a que se aludiu – a tradição judaica e a cristã - nunca subtraem o perdão do horizonte da reconciliação, da esperança da redenção e da salvação, através da confissão, do remorso do arrependimento, do sacrifício e da expiação. São condições indissociáveis da essência dessa herança²⁴⁸.

No Brasil, ao contrário, houve uma inversão de papéis. As vítimas não receberam o perdão do representante do Estado pelas atrocidades que sofreram. Com a Lei n 9.140/95 houve o pagamento de indenizações às vítimas e seus familiares através de procedimentos instaurados perante a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Houve a instauração da Comissão de Anistia criada pela Lei n° 10.559/2002 e, por último, a Comissão Nacional da Verdade, Lei n° 12.528/2011. A justiça de transição é calcada em três pilares, na lição de Inês Virgínia Prado Soares, justiça, verdade e reparação. “É sabido que não se avança no processo de justiça de transição sem a consideração de todos os seus enfoques (justiça, verdade e reparação) e sem o compromisso do Estado em tratar do tema sob a perspectiva democrática e com transparência”²⁴⁹. Não há justiça e nem a reparação (prestação jurisdicional efetiva) se não há a verdade. A justiça sem a verdade, não é justiça, uma vez que esta pressupõe a punição após a reconstituição dos fatos.

Por outro lado, a verdade sem a justiça peca pela ausência de reparação, isto é, pela prestação jurisdicional efetiva que inclui não apenas a punição dos culpados, mas, também, a justiça reparadora. A reparação econômica sem a verdade transforma o homem em objeto, valorável economicamente, como se bastasse a indenização sem se analisar o direito que cada um possui de saber a sua história e enterrar os seus mortos.

Ainda, a inversão de papéis persiste na história nacional. Atualmente, quando se aborda tal tema, o Estado insiste em não adotar medidas mais enérgicas, assumi-lo e publicamente pedir o perdão às vítimas.²⁵⁰ Alguns representantes estatais, normalmente

²⁴⁷ BUFF, Luci. Tempo de Perdão. In: *Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado democrático Brasileiro*. Coordenadoras: Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Akemi Shimada. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Página 236. Vide, ainda, a palestra da autora na Conferência Internacional sobre o Direito à Verdade, http://www.direitoaverdade.nevusp.org/index.php?view=video&id=39&option=com_jomtub&lang=pt. Acesso em 18 mar. 2011.

²⁴⁸ BUFF, Luci. Tempo de Perdão. In: **Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado democrático Brasileiro**. Coordenadoras: Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Akemi Shimada. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 241.

²⁴⁹ SOARES, Inês Virgínia Prado. Memória Democrática e Desaparecidos Políticos. In: **Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado democrático Brasileiro**. Coordenadoras: Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Akemi Shimada. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 318.

²⁵⁰ Sobre este tema vide a entrevista da Professora Flavia Piovesan com o título “Lula não teve a coragem de

representantes dos militares, se manifestam publicamente expressando que se trata de revanchismo, que os fatos ocorreram há mais de trinta anos e, portanto, ressuscitá-los pode ocasionar um mal maior à nação. Assim, novamente se colocam na pseudo posição de vítimas que, ante as circunstâncias históricas da época, adotaram as medidas necessárias para salvar o país dos terroristas. Se antes estes mesmos personagens se auto concederam perdão, atualmente, eles se valem da posição de perdoados e vitimados para afirmar que, adotar qualquer medida em face deles, é puro revanchismo. Consta no Jornal Folha de São Paulo, de 10 de março de 2011:

Criar Comissão da Verdade pode gerar tensões, diz Exército.
Em documento enviado ao Ministério da Defesa, o Comando do Exército critica a criação da Comissão da Verdade, alegando que “poderá provocar tensões e sérias desavenças ao trazer fatos superados a nova discussão”²⁵¹.

Entretanto, para se ressuscitar alguém é preciso que ele tenha sido devidamente enterrado. Como expressou Antígona, personagem de Sófocles, que não havia suplício maior do que aquele: ver os dois irmãos matarem um ao outro. Mas, a maior dor foi saber do novo soberano, Creonte, que apenas um deles, Etéocles, seria enterrado com honras, enquanto Polinice deveria ficar onde caiu, para servir de banquete aos abutres. Desafiando a ordem real, quebrou as unhas e rasgou a pele dos dedos cavando a terra com as próprias mãos. Depois de sepultar o corpo, suspirou. A alma daquele que amara não seria mais obrigada a vagar impenitente durante um século às margens do Rio dos Mortos.

Pode-se concluir que as vítimas da ditadura não foram devidamente enterradas. Quando se utiliza o termo vítimas, não se objetiva delimitá-las pelas posições políticas e funções que exerciam (se pertencentes às carreiras estatais ou não). Como já foi abordado neste trabalho, grande parte dos integrantes da carreira militar, contrários ao Golpe e às atrocidades cometidas, sofreram, também, perseguições. Não se busca, portanto, separar a sociedade entre vítimas e algozes, vencedores e vencidos, mas, sim, apurar os fatos, tal como eles efetivamente ocorreram, para que haja uma reconstrução da história nacional.

Os fatos devem ser reconstituídos, não porque hoje houve a inversão de papéis entre mocinhos e bandidos²⁵², mas, sim, porque os valores do estado devem ser sempre os valores de respeito ao homem, em qualquer situação, mesmo quando presentes as maiores adversidades possíveis, tais como guerra, ameaças terroristas entre outras.

enfrentar a tortura”. No site <http://anistia.multiply.com/reviews/item/292/>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

²⁵¹ Folha de São Paulo. Edição de 10 de março de 2011. p. A5.

²⁵² Supostamente os outrora bandidos, subversivos ao regime, hoje são mocinhos, inclusive ocupando cargos políticos importantes, destacando-se a Presidência da República.

Ademais, porque a história a todos pertence e não cabe a uns poucos definir qual será contada, escolher quais fatos podem ou não ser revelados. Tal dimensão já extrapola os limites individuais dos que sofreram perseguição e atinge o patrimônio cultural de um povo que tem o direito de saber a sua trajetória. Nas palavras de Luci Buff, “há uma dívida infinita dos mortos, dos desaparecidos, dos torturados, das quais, num certo sentido, todos somos devedores na busca da justiça e da verdade.”²⁵³ Como afirmou Katya Kozicki, “os homens e mulheres, vítimas destas práticas, constituem-se em sujeitos vivos da história a reclamarem o direito à verdade e à memória.”²⁵⁴

Argumenta-se que a política do esquecimento foi a política adotada para a reconciliação nacional. Assim, lembrar o passado não ocasiona ganhos sociais uma vez que este já foi devidamente esquecido. Entretanto, tal como pondera Luci Buff, com fulcro nas lições de Paul Ricoeur, a política do esquecimento que deve ser adotada “não é um esquecimento de apagamento dos fatos, dos vestígios, mas o que ele denomina o esquecimento de reserva, aquele que pode trazer imediatamente à lembrança os fatos que ficaram conhecidos e sua verdade”²⁵⁵. Ainda,

O preço a pagar pelo apagamento das ações lesivas cometidas pelo não-saber, pelo fingir não saber, é pesado. Para Ricoeur, todas as más ações do esquecimento estão contidas nessa pretensão inacreditável de apagar os traços das discórdias públicas. Nesse sentido, diz ele, ‘a anistia é o contrário do perdão, que requer memória, não interfere na ordem da justiça e, por si só, não exime o culpado de ser julgado’²⁵⁶.

A autora, sob o enfoque de Paul Ricoeur, menciona a importância para a sociedade de se aceitar e lembrar os fatos traumáticos pelos quais a sociedade passou em detrimento da amnésia coletiva que é imposta. Tal como afirmou Heloisa Greco, deve-se migrar da “amnésia instituída” para a “anamnese coletiva”. A amnésia imposta não é amnésia uma vez que, sempre que possível torna-se presente:

Não é possível tratar os fatos históricos dolorosos como algo que nunca aconteceu. Isso não funciona. As sociedades não esquecem. A denegação (tal como os terapeutas a chamam) em nome da conciliação nacional, como ocorreu com a Lei de Anistia no Brasil, é suspeita do ponto de vista da verdade e da justiça.

²⁵³ BUFF, Luci. Tempo de Perdão. In: **Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado democrático Brasileiro**. Coordenadoras: Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Akemi Shimada. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 247.

²⁵⁴ BASTOS, Lucia Helena Arantes Ferreira. Anistia. **As leis internacionais e o caso brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 15.

²⁵⁵ BUFF, Luci. Tempo de Perdão. In: **Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado democrático Brasileiro**. Coordenadoras: Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Akemi Shimada. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 244.

²⁵⁶ BUFF, Luci. Tempo de Perdão. In: **Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado democrático Brasileiro**. Coordenadoras: Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Akemi Shimada. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 245.

Ainda que uma sociedade não possa ficar indefinidamente em cólera, o filósofo afirma que a política repousa no “esquecimento do não-esquecimento”. Este é o conceito espiritual da anistia: “fazer calar o não esquecimento da memória”.

Importantes são, portanto, as diferenças entre a anistia e o perdão e seus pressupostos. Derrida menciona, em sua crítica muito pertinente à indiferenciação do instituto jurídico-político da anistia e o perdão, a transformação da primeira em um devir-perdão. A sua crítica diz respeito ao processo de anistia na África do Sul, que se tornou uma espécie de perdão, com uma referência equívoca a um perdão que não é nem rigorosamente dissociado do fenômeno jurídico-político da anistia, nem simplesmente gratuito e incondicional. No cenário brasileiro, esse equívoco tem sido comum como argumento utilizado para liberação das conseqüências dos atos criminosos²⁵⁷.

Assim, é preciso distinguir entre anistia e esquecimento. Para se perdoar é preciso conhecer, saber sobre os fatos. O perdão requer a memória, a justiça, afinal, somente se perdoa, quem não foi esquecido, e somente quem não esquece, que concede o perdão. Caso contrário, não haveria a necessidade do perdão. Afinal, se há fatos que precisam ser perdoados é porque ainda são relevantes para uma das partes envolvidas. Logo, perdoar não é esquecer, mas, sim conhecer. Portanto, não se pode defender a amnésia coletiva.

Deve-se recordar, ainda, nas lições de Paul Ricoeur que pedir perdão não significa necessariamente que este será obtido. É possível que haja a recusa daquele que pode perdoar. Afinal, para o autor, o perdão é excepcional e pessoal, isto é, somente pode ocorrer entre a vítima e pecador.

5.3. LEI DE ANISTIA BRASILEIRA - DIVERGÊNCIAS INTERPRETATIVAS

Analisado em outro capítulo o contexto histórico e político da aprovação da Lei de Anistia, quando se verificou que a tentativa de diálogo com os representantes da sociedade para a sua aprovação foi frustrada e que o projeto foi aprovado tal como recomendado pelo Executivo, cumpre analisar as possíveis interpretações da norma jurídica que ingressou no nosso ordenamento em 28 de agosto de 1979.

E, como se trata de norma penal, não poderíamos deixar de nos valer dos institutos de direito penal e processo penal para entender o significado e a conseqüente aplicação da lei. Assim, consta expressamente na lei aprovada que:

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

²⁵⁷ Idem p. 245.

com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

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

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

A lei determina que é concedida anistia aos que cometeram crimes políticos e crimes eleitorais. Ainda, os crimes conexos aos crimes políticos também são passíveis de anistia. A lei explica que são conexos os "os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política".

Primeiramente, cumpre ressaltar que não há na legislação o conceito ou a tipificação de crime político. A Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso LII, determina que não se concede a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião. Ainda, no artigo 109, inciso IV, compete aos juízes federais processar e julgar "os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral"²⁵⁸. Ainda, nos termos do artigo 102, II, b, cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar, através de recurso ordinário, o crime político.

A Constituição de 1967 com a redação alterada pela Emenda Constitucional nº 1/1969, vigente à época da aprovação da lei de anistia, também não conceituava ou tipificava o crime político. Constava na sua redação que era competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa de lei que concedia anistia a crimes políticos, ouvido o Conselho de Segurança Nacional. Ainda, o artigo 125, inciso IV, determinava que era competência do juiz federal processar e julgar "os crimes políticos e os praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, ressalvada a

²⁵⁸ Pode-se dizer que a Constituição cita os seguintes crimes:

- a) comum: CF artigo 5º, inciso LI
- b) crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins CF artigo 5º, inciso LI
- c) crime de racismo: CF artigo 5º, inciso XLII
- d) crime de tortura: CF artigo 5º, inciso XLIII
- e) crime de ação de grupos armados civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático: CF artigo 5º, inciso XLIII
- f) crime de responsabilidade: CF artigo 29, parágrafos 2º e 3º.

competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral"²⁵⁹. Ademais, o artigo 153 determinava dentre as garantias e direitos que não se concedia extradição do "estrangeiro por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, a de brasileiro"²⁶⁰.

Da mesma forma, o Ato Institucional nº 5, de 13 dezembro de 1968, determinava no artigo 10 que "fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular".

Assim, a Constituição de 1988, a de 1967 e esta com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, não determinam o que é crime político. Este é uma das classes de crimes previstos da Constituição ao lado de crimes comuns, eleitorais, de responsabilidade. Há, ainda, alguns mais específicos como o tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura e outros. O que os diferencia é que todos os crimes supra mencionados ou são tipificados expressamente na legislação constitucional ou infraconstitucional, como o crime de responsabilidade, por exemplo, que consta tanto nos artigos artigo 29, parágrafos 2º e 3º, da Constituição Federal e Lei nº 1079/1950, ou são tipificados na legislação infraconstitucional, como, por exemplo, os crimes de tráfico de entorpecentes e drogas afins onde há inúmeros tipos penais (Lei nº 11.343/2006). Logo, para saber qual a conduta típica, basta verificar a legislação. Dessa forma, os crimes eleitorais constam no Código Eleitoral (Título IV da Lei nº 4737, de 15 de julho de 1965). Os crimes comuns constam no Código Penal e em diversas leis esparsas como, por exemplo, os crimes de lavagem de dinheiro (Lei nº 9613/1998 alterado pela Lei nº 12.683/2012), crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/1990) e outros.

Entretanto, o mesmo não ocorre com os qualificados crimes políticos. Não há um código penal de crimes políticos, uma lei penal que contenha os tipos penais de crimes políticos e nem a Constituição Federal definiu ou conceitua o que são os crimes políticos. Há apenas a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, denominada lei de segurança nacional, que, em pese conste como a lei que defini os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, na verdade, não traz tipos penais definidos para os crimes políticos. Assim, coube à doutrina e à jurisprudência, principalmente os julgados do Supremo Tribunal Federal, darem os contornos ao tema.

²⁵⁹ Com idêntica redação consta o artigo 119, inciso IV, da Constituição de 1967. Ainda, o artigo 105, parágrafo 3º, alínea e, da Constituição de 1946, com a redação dada pelo Ato Institucional nº 2, determinava que competia os juízes federais processar e julgar "e) os crimes políticos e os praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas, ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral".

²⁶⁰ Com a mesma redação determinava o parágrafo § 33 do artigo 141 da Constituição de 1946: "não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião e, em caso nenhum, a de brasileiro".

1. Crimes políticos

Tal como já mencionado, coube ao Supremo Tribunal Federal, ante a sua competência para julgar os pedidos de extradição (CF artigo 102, I, g) e, em grau de recurso ordinário, as decisões da justiça federal que tratam de crimes políticos, definir o que são tais crimes. Tal distinção é fundamental e constitui matéria de defesa nos pedidos de extradição, eis que a Constituição Federal expressamente ressalva que não se acolhe o pedido quando se está diante de crime político.

Nas palavras de Anibal Bruno, os crimes políticos

visam geralmente um fim altruísta - melhorar as condições do país ou da humanidade -, e de que não revelam nos seus agentes o caráter perigoso e condenável do criminoso comum. São fatos cujo conceito varia com o tempo e cuja condenação ou exaltação dependem de circunstâncias históricas, valendo, muitas vezes, aos seus agentes, quando vitoriosos, a glória ou a conquista de altas posições no governo do país²⁶¹.

Assim, na lição do mencionado jurista, o criminoso político não demonstra alta periculosidade. Ao contrário, através de suas ações e opiniões ele revela o descontentamento com a situação política de um país e atua para que reformas sejam implementadas. Assim, suas ações visam alterar a política de governo que, no seu juízo, não é a melhor e, portanto, afetam o desenvolvimento de uma nação. A Constituição Federal, em inúmeros artigos, ressalta a liberdade de convicção política e de manifestação de pensamento, ao determinar que "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política" (artigo 5º, inciso VIII) e "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" (artigo 5º, inciso IV). Ainda, a República Federativa do Brasil, tem como um de seus fundamentos o "pluralismo político" (CF artigo 1º, inciso V). Além disso, "todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente" (CF artigo 5º, inciso XVI).

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988²⁶² proíbe a extradição de estrangeiro quando se trata de crime político ou de opinião. Na lição do Ministro Gilmar Mendes:

A proibição da extradição por crime político tornou-se um princípio do direito internacional público. Consagrada nos textos de direito positivo desde o século XIX - com prioridade para a lei belga de 1883, o Tratado de Montevideu de 1889 e o Código Bustamante -, a tese da não extradição dos delinquentes políticos constitui,

²⁶¹ BRUNO, Anibal. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 243.

²⁶² Não apenas a Constituição de 1988, mas também, a de 1946, 1967 e 1969.

inegavelmente, uma garantia da liberdade política - em toda a sua amplitude - em um preceito básico de ordem democrática²⁶³.

O Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, determina no artigo 77 que não se concede a extradição quando o fato constitui crime político. Cabe ao Supremo Tribunal Federal apreciar o caráter da infração. Entretanto, ainda que se trate de crime político, "quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal", há a possibilidade de se conceder a extradição. Da mesma forma, determina o parágrafo 3º do mesmo artigo que,

o Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.

A doutrina não é unânime para definir o crime político. Na lição do Ministro Gilmar Mendes:

A doutrina não traz soluções definitivas para a difícil tarefa de conceituar o crime político. Alguns autores defendem que crimes político seriam aqueles delitos que representam ameaça à segurança interna do Estado. Outros dão amplitude maior a essa noção, abrangendo os atos que atentam contra a segurança externa, ou seja, a própria soberania do Estado em sua relação com os demais Estados. Em face dessa indefinição semântica, há, ainda, autores que defendem medidas legislativas de positivação, nos tratados de extradição que celebrem entre si os Estados, de um rol taxativo de infrações que se caracterizem como políticas para fins de não extradição²⁶⁴.

Desde já verifica-se que há dois tipos de crimes políticos, tal como o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou: o crime político absoluto, puro ou em sentido próprio e o relativo, misto ou sentido impróprio.²⁶⁵ Para a doutrina há, ainda, corrente objetiva, subjetiva e mista ou eclética para definir os crimes políticos. Passemos a análise de cada uma dessas figuras.

Primeiramente, tal como já mencionado, não há o tipo penal do crime político. A Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que defini os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, determina nos artigos 1º e 2º:

Art. 1º - Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão:
I - a integridade territorial e a soberania nacional;
II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito;

²⁶³ STF. Pedido de Extradicação 1.085. Relator Ministro Gilmar Mendes. p. 451.

²⁶⁴ STF. Pedido de Extradicação 1.085. Relator Ministro Gilmar Mendes. p. 453.

²⁶⁵ STF. Pedido de Extradicação 855. Voto do Ministro Celso de Mello

III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União.

Art. 2º - Quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para a aplicação desta Lei:

I - a motivação e os objetivos do agente;

II - a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior.

O Ministro Sepúlveda Pertence, em abril de 1997, ao proferir voto no HC 73.451²⁶⁶, que se tratava de habeas corpus em favor de Jacaúna Cordeiro, João Chiarelli Filho, Antonio Rodolfo Becher de Moura e Arnaldo Costa Vianna, denunciados por supostamente terem fabricado e comercializado um milhão de granadas de mão modelo M4 que foi exportada para a Líbia, Nicarágua e algumas encontradas com traficantes no Rio de Janeiro, defendeu que não basta, ante a redação da Lei de Segurança Nacional (Lei nº7.170/1983), que para o crime ser considerado como político que a motivação e o objetivo sejam políticos. É importante, também, que o ato tido como crime político ofenda (a) a integridade territorial e a soberania nacional, (b) o regime representativo e democrático e (c) a pessoa dos chefes dos Poderes da União, tal como determina o artigo 1º da mencionada lei.

Para a teoria ou critério objetivo, definiu-se o crime político através do bem jurídico lesado ou exposto a perigo de lesão. Assim, são crimes políticos os que afetam a ordem estatal. O critério subjetivo, ao contrário, analisa a motivação da conduta humana. Neste, há crimes políticos, quando o agente pratica a conduta humana com finalidade política, isto é, contra o regime instaurado. A conduta delitiva pode ser comum, tal como cárcere privado, homicídio, crime de dano entre outros. O importante é analisar a motivação política do agente, isto é, se a conduta praticada teve como fim a mudança do regime político instaurado. Por último, a corrente mista ou eclética caracteriza o crime como político quando os dois critérios anteriores se conjugam.

Neste sentido, cite-se a lição de Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva:

Costuma-se apresentar três teorias ou critérios explicativos do conceito de crime político; critérios esses trabalhados por quase todos os autores.

As primeiras, chamadas objetivas, partem da definição do crime político tendo em vista o bem jurídico lesado ou exposto a perigo de lesão. Assim, são crimes dessa natureza somente aqueles que atentam contra as condições de existência do Estado como organismo político. As teorias subjetivas se baseiam no móvel ou no fim perseguido pelo agente, de modo que, se esse for político, o crime será sempre político, independentemente do bem jurídico lesado. Aqui, o móvel se constitui em fator decisivo. Pode o comportamento ser constituído de um crime comum (homicídio, roubo, etc), mas o que importa para a sua conceituação como político, é que tenha sido ele realizado por motivação política.

²⁶⁶ STF. 2º Turma. Habeas Corpus 73.451. Relator Ministro Maurício Correa. p. 17.

As teorias mistas partem de um critério objetivo, combinando-o com o subjetivo, vale dizer, levam em conta o bem jurídico tutelado e o móvel ou fim que guia o agente²⁶⁷.

Pela teoria objetiva, por exemplo, a tentativa de criar partido político já era tipificada como crime político ante a redação do artigo 37 do Decreto-lei n° 314, de 13 de março de 1967, reiterado no artigo 37 do Decreto-lei n° 510²⁶⁸, de 20 de março de 1969, no artigo 43 do Decreto-lei n° 898, de 29 de setembro de 1969²⁶⁹ e outras legislações posteriores. Constava no tipo penal que

reorganizar ou tentar reorganizar de fato ou de direito, ainda que sob falso nome ou forma simulada, partido político ou associação, dissolvidos por força de disposição legal, ou que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional, ou de fazê-lo funcionar, nas mesmas condições, quando legalmente suspenso²⁶⁹.

Assim, a mera tentativa de criar partido político, que pela redação do Ato Institucional n° 2/1964 não era permitido, já objetivamente configurava uma conduta que atentava contra a existência do Estado²⁷⁰.

Pela teoria subjetiva, por exemplo, o sequestro do Embaixador americano Charles Elbrick²⁷¹, em setembro de 1969; do embaixador alemão Von Holleben²⁷², em junho de 1970; do embaixador suíço Giovanni Bucher²⁷³, em dezembro de 1970 são exemplo de crimes comuns (sequestro ou cárcere privado) que, ante finalidade do agente, podem ser classificados como crimes políticos.

Entretanto, para o Supremo Tribunal Federal não basta a motivação política ou a lesão contra as condições de existência do Estado. Aplica-se a teoria mista ou eclética que combina o motivo do agente com o bem jurídico tutelado. No voto do Ministro Mauricio Correa:

²⁶⁷ GOLÇALVES DA SILVA. Carlos Augusto Canedo. **Crimes Políticos**. Belo Horizonte: Del Rey Editora. 1993. p. 57-58.

²⁶⁸ Art. 37. Reorganizar ou tentar reorganizar de fato ou de direito, ainda que sob falso nome ou forma simulada, partido político ou associação, dissolvidos por força de disposição legal, ou que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional, ou fazê-lo funcionar, nas mesmas condições, quando legalmente suspenso. Pena: reclusão, de 2 a 5 anos.

²⁶⁹ Art. 43. Reorganizar ou tentar reorganizar de fato ou de direito, ainda que sob falso nome ou forma simulada, partido político ou associação, dissolvidos por força de disposição legal ou de decisão judicial, ou que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional, ou fazê-lo funcionar, nas mesmas condições, quando legalmente suspenso. Pena: reclusão, de 2 a 5 anos.

²⁷⁰ Este exemplo de condenação foi retirado da versão digital da obra Brasil: Nunca Mais, <http://bnmdigital.mpf.mp.br/DocReader/docmulti.aspx?bib=bnm&pesq=crime+politico&pesquisa=Pesquisar> Acesso em 27 out. 2013.

²⁷¹ Este foi trocado por 15 presos. Informações obtidas em: GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 94 e seguintes.

²⁷² Este foi trocado por 40 presos políticos. Informações obtidas em: GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

²⁷³ Este foi trocado por 70 presos políticos. Informações obtidas em: GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

Portanto, não basta que o delito tenha motivação e objetivo políticos; é necessário que o ato como delitivo exponha a lesão (I) a integridade territorial e a soberania nacional; ou (II) o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito, ou finalmente, (III) a pessoa dos chefes dos Poderes da União (...)²⁷⁴.

Assim, para o STF é necessário que haja a combinação entre o bem tutelado e a motivação do agente para que seja qualificado como crime político.

Definido o crime político, outra questão importante é a conexão entre crimes comuns e crimes políticos. Neste tópico, tal como leciona Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano²⁷⁵, há crimes puramente políticos, cujo caráter político é evidente e, outros, relativamente políticos ou mistos, onde há tipos penais comuns combinados com tipos penais políticos. Para tanto, a doutrina criou a figura dos delitos conexos e dos complexos. Na conexão há a pluralidade de crimes que, ante as características de cada, é possível distinguir os crimes políticos dos comuns. Nos complexos, há a pluralidade de crimes comuns e políticos, entretanto, não é possível separar os elementos de um e de outro.

Assim, para solucionar tal questão, a doutrina criou inúmeras correntes para distinguir os crimes políticos dos comuns. Para tanto, cito o voto do Ministro Gilmar Mendes no Pedido de Extradicação 1085, o conhecido caso Cesare Batisti, que de forma didática resumiu as principais correntes aplicáveis:

Questão difícil diz respeito à aplicação da extradição aos delitos conexos e complexos, também denominados delitos mistos ou delitos políticos relativos, como abordado acima. Também sobre esse ponto a doutrina possui explicações distintas e divergentes. Pelo denominado sistema da separação, a identificação de delitos conexos, porém distintos (ou separáveis) torna viável a extradição pelo delito comum. O sistema do fim e do motivo, por seu turno, admite a extradição quando presentes infrações ao direito comum com motivação política, e, por outro lado, nega a extradição se a finalidade da infração for eminentemente política. O sistema da causalidade estabelece que os delitos mistos só podem ser afastados da extradição quando forem praticados por atos de verdadeira insurreição ou representarem a consequência de um motim. O sistema da predominância ou do fato principal, como a própria denominação indica, baseia-se na predominância da infração - a política ou a de direito comum - de forma que, preponderando o viés político, a extradição poderá ser afastada. Por último, o sistema de atrocidade dos meios permite a extradição se o crime político relativo constituir infração gravíssima ou hedionda, com emprego de violência (Cfr.: RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: RT; 1981. p. 90)²⁷⁶.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, quando há crime político e comum, adotou sistema da preponderância, tal como já consta no parágrafo 1º do artigo 77 da Lei nº 6815, de 19 de agosto de 1980. Determina tal artigo que não se concederá a extradição quando o fato

²⁷⁴ STF. 2º Turma. Habeas Corpus 73.451. Relator Ministro Maurício Correa. p. 15.

²⁷⁵ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **A extradição no Direito Internacional e no Direito Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

²⁷⁶ STF. Pedido de Extradicação 1.085. Relator Ministro Gilmar Mendes. p. 455.

constituir crime político. Entretanto, este não impede a extradição quando "o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal".

Assim, há vários critérios para determinar qual o crime é preponderante. Tal como mencionou o Ministro Moreira Alves no seu voto no Pedido de Extradicação 399:

Para aferir o valor preponderante - que é o que caracterizará o fato criminoso como delito político ou como delito comum -, é mister, sem dúvida alguma, que examinem todas as circunstâncias desse fato, embora se possa traçar princípios gerais que norteiam o juiz.

Na Suíça, por exemplo - e a cito pela vinculação histórica de nosso sistema jurídico a esse propósito -, já em 13 de julho de 1908, no affaire Wassilief, o Tribunal Federal assim resumia três princípios gerais, estabelecidos em sua jurisprudência, como necessários à caracterização da predominância do caráter político do fato criminoso:

(...)

- 1) O ato deve ter sido cometido com a finalidade de realizar um atentado contra a organização política ou social do Estado.
- 2) O ato deve estar em relação direta com o fim a que se propõe o dito partido, de modificar a organização política ou social do Estado; essa relação deve ser ainda clara e límpida.
- 3) Mesmo quando o objetivo final visado é um fim político no sentido estrito da palavra, o elemento de direito comum pode superá-lo no que diz respeito ao caráter do delito, em razão da atrocidade do meio empregado para atingir o alvo visado²⁷⁷.

Dessa forma, para um crime ser caracterizado como político, deve-se verificar o bem jurídico que se objetiva lesar ou expor a lesão (bem jurídico tutelado). Para tanto, o fim do crime é lesar ou expor a lesão as condições de existência do Estado (critério objetivo). Ainda, deve-se verificar o fim perseguido pelo agente, isto é, se a finalidade do agente quando pratica a conduta é efetivamente afrontar o sistema estatal, pois, acredita que ha condições melhores para a população do estado que está sendo afrontado (critério subjetivo). Quando há conexão entre crimes comuns e crimes políticos, deve-se analisar os meios empregados para se atingir o objetivo. Dessa forma, os fins não justificam os meios. Estes devem ser razoáveis e proporcionais para a finalidade que se objetiva atingir. Afinal, o criminoso político é muito mais um idealista, um revoltado com o "*status quo*" do que um assassino, um criminoso cruel. Portanto, a ele não lhe é permitido tudo fazer, pois, os meios eleitos para a prática da conduta humana não podem ser tão graves a ponto de obscurecer o brilhantismo e altruísmo do caráter político de delito. Afinal, faz parte do jogo democrático ter a divergência de opiniões. Isto é

²⁷⁷ STF. Pedido de Extradicação nº399. Ministro Moreira Alves. Tradução do autor.

saudável e necessário na vida em sociedade^{278 279}. Mas, não faz parte das regras do jogo, os que, em nome de uma luta socialmente aceitável²⁸⁰, praticam crimes que, ante a gravidade dos meios, assemelham-se muito mais a crimes comuns do que a crimes cujo fim principal são melhores condições de vida.

Assim, definidos os crimes políticos, cumpre verificar se os atos perpetrados pelos defensores do regime podem ser qualificados como tal. Conforme informações obtidas no sítio da Comissão de Anistia, até a presente data, foi revelado um relatório parcial onde já se apurou os seguintes dados estatísticos: de 1964 a 1967, verificou-se a ocorrência de 27 mortos e 403 denúncias de torturas. Ainda, conforme informações do grupo que investiga a Operação Condor, em março de 2013, apresentou-se um relatório com uma lista de 17 brasileiros desaparecidas em Argentina, Chile e Bolívia.

A primeira característica para que uma conduta seja considerada como crime político reside no critério objetivo de afronta à própria existência do Estado. Dessa forma, a *prima facie*, já se verifica que os que em nome do Estado praticaram crimes para a sua manutenção de forma alguma podem ser considerados como perpetradores de crimes políticos, eis que atuavam sob a justificativa de manter o estado indene de atos terroristas e subversivos. Ademais, também não há o critério subjetivo, isto é, o fim do agente de afrontar o Estado. Como já afirmado, os agentes praticaram crimes de tortura, sequestro, cárcere privado, homicídio e outros tendo como vítimas os que eram contra a Ditadura. Por último, aplicando-se o critério da preponderância, não se pode defender que os crimes mencionados podem ser

²⁷⁸ Neste sentido, cite-se Hannah Arendt: "O motivo pelo qual talvez seja prudente julgar do julgamento político de cientistas enquanto cientistas não é, em primeiro lugar, a sua falta de "caráter" - o fato de não terem recusado a criar armas atômicas - nem a sua ingenuidade - o fato de não terem compreendido que, uma vez criadas tais armas, eles seriam os últimos a serem consultados quanto ao seu emprego -, mas precisamente o fato de que habitam um mundo no qual as palavras perderem o seu poder. E tudo que os homens fazem, sabem ou experimentam só tem sentido na medida em que pode ser discutido. Haverá talvez verdades que ficam além da linguagem e que podem ser de grande relevância par o homem no singular, isto é, para o homem que, seja o que for, não é um ser político. Mas, os homens no plural, isto é, os homens que vivem e se movem e agem neste mundo, só podem experimentar o significado das coisas por poderem falar e ser inteligíveis entre si e consigo mesmos." **A Condição Humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Uniersitária, 2009. p. 12.

²⁷⁹ Nestes termos a Constituição Federal determina no artigo 5º, inciso XVI, "todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente".

²⁸⁰ Apenas uma observação a ser refletida: a Constituição de 1988 (e outras anteriores, tal como a de 1969) nega a extradição para os condenados que cometeram crimes políticos em face de outro Estado. Mas, não descriminaliza a conduta que afronta a manutenção do nosso Estado. Ao contrário, a própria Constituição de 1988, determina no artigo 5º, inciso XLIV, que "constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático". Considerando que a República Federativa do Brasil, tal como consta no artigo 4º da Constituição Federal rege-se nas sus relações internacionais pelo princípio da não-intervenção, não estaríamos de forme indireta intervindo na manutenção de outro Estado ao conceder asilo político?

considerados como razoáveis e proporcionais aos fins almejados. Portanto, sob nenhum enfoque pode-se concluir que os agentes do Estado praticaram crimes políticos.

Dessa forma, se não são crimes políticos em si mesmos, cumpre analisar a possibilidade de tais crimes serem considerados conexos com os efetivos crimes políticos praticados pelos contrários ao regime. Para tanto, cumpre analisar os institutos de Direito Penal e Direito Processual Penal para verificar os casos de conexão de crimes.

2. Crimes Conexos: aspectos de direito material e direito processual

A doutrina afirma que há conexão quando estamos diante de uma pluralidade de crimes. Estes podem ser praticados pelo mesmo agente ou por diversos. Ademais, pode-se ter a convergência de vontades ou desígnios ou não.

Assim, analisando o Código Penal, verifica-se que há três tipos de crimes conexos tratados nos artigos 69 (concurso material), 70 (concurso formal) e 71 (crime continuado), especificamente no Capítulo III que trata da aplicação da pena. São eles:

Concurso material

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

§ 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.

§ 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

Concurso formal

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As

penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

c) Crime continuado

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

A análise da redação dos mencionados dispositivos demonstra que a conexão de crimes no Código Penal é tratado como um critério para se apurar a pena do condenado. No concurso material, por exemplo, as penas devem ser somadas, pois, o acusado, mediante mais de uma ação ou omissão, praticou mais de um crime. No concurso formal, ao se afirmar que se aplica a pena do crime mais grave com um aumento de um sexto até a metade, trata-se de uma opção do legislador para fixar a pena. Mesmo critério foi utilizado no crime continuado onde, em que pese o réu tenha praticado vários crimes, aplica-se a pena do mais grave com um aumento de um sexto a dois terços. Assim, a conexão material de crimes revela critérios de fixação de pena e, por tais motivos, constam no capítulo que trata da aplicação da pena.

Ademais, nas conexões de direito material há apenas um só agente que comete uma ou mais condutas típicas e anti-jurídicas. Portanto, nestes exemplos de conexões, todas as condutas foram perpetradas pelo mesmo agente. Não se trata, necessariamente, de apenas uma

única ação ou omissão, tal como ocorre com o concurso formal. Mas, sim, trata-se sempre do mesmo agente criminoso que pode praticar uma ou mais ações ou omissões que ocasionam mais de um crime.

Portanto, já se verifica a primeira impossibilidade de se ter conexão de direito material entre os que praticaram crimes políticos ou de opinião e os que, em nome do Estado, praticaram crimes para defendê-lo. Há, sim, conexão de direito material, quando, por exemplo, o agente pratica um ou mais crimes como, por exemplo, entra "em entendimento ou negociação com governo ou grupo estrangeiro, ou seus agentes, para provocar guerra ou atos de hostilidade contra o Brasil", tal como determina o artigo 8º, e "alicia indivíduos de outro país para invasão do território nacional," artigo 10, ambos da Lei nº 7.170/1983. Trata-se de concurso material. Mas, supondo que o mesmo agente faz tal conduta de forma reiterada, isto é, ele negociou com o governo de Cuba, da antiga URSS e outros países para que estes provocassem guerra ou atos de hostilidade contra o Brasil. Da mesma forma, reiteradamente este agente alicia pessoas de outros países para que promovam a invasão do Brasil. Assim, temos concurso material e crime continuado.

Entretanto, de forma alguma pode-se imaginar a conexão material de crimes entre o que praticou a conduta supra descrita, isto é, entrou "em entendimento ou negociação com governo ou grupo estrangeiro, ou seus agentes, para provocar guerra ou atos de hostilidade contra o Brasil" e o agente estatal que obteve tais informações mediante constrangimento com o emprego de violência que causou sofrimento físico e mental. Da mesma forma, não há conexão entre a conduta do primeiro agente que aliciou "indivíduos de outro país para invasão do território nacional" e o que, ao invés de efetuar uma prisão com todos os requisitos legais, simplesmente manteve aquele em cárcere privado, detenção ilegal e, até a presente data, o corpo não foi encontrado. Em todos os casos são agentes diferentes, com desígnios diferentes e as condutas afrontam bem jurídicos diferentes.

Verifica-se, portanto, que os concursos de direito material sempre tratam do mesmo agente. Logo, de forma alguma poder-se-ia concluir que há concurso entre um suposto subversivo ao regime e os agentes de estado: a conexão material existe entre os crimes praticados por cada um de forma isolada sem se analisar as condutas reciprocamente. Assim, há conexão entre os crimes praticados pelo suposto subversivo. Da mesma forma, há conexão entre os crimes praticados pelo agente estatal, tais como tortura, abuso de autoridade, desaparecimento forçado, homicídio e outros. Mas, de forma alguma haveria conexão de direito material entre o subversivo e o agente estatal.

Portanto, a única interpretação possível para a expressão "cometeram crimes políticos ou conexos com estes" ocorre quando o mesmo agente subversivo que foi anistiado por crime político praticou, também, crime comum conexo ao crime político e, dessa forma, ter-se-ia a anistia para ambos os crimes. Entretanto, esta interpretação, calcada em critérios técnicos, não é efetivamente possível uma vez que a redação original do artigo 1º sofreu veto²⁸¹ do então Presidente General Figueiredo que suprimiu do fim da redação do artigo a seguinte expressão: e outros diplomas legais. Na redação do mencionado artigo aprovada pelo Congresso Nacional constava:

Artigo 1º - É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 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 e outros diplomas legais (vetado esta última parte).
§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. (sem grifos no original)

Constou na Mensagem de Veto nº267²⁸², remetida ao Congresso Nacional, que

mantida na lei a expressão ora vetada, admissível seria entender que o perdão, para aquelas pessoas, desprezaria o pressuposto político da sanção, chegando ao extremo privilégio de alcançar todo e qualquer ilícito porventura cometido, independentemente de sua natureza e motivação.

Portanto, não como aplicar qualquer regra de conexão material no presente caso.

Analisadas as conexões de direito material, passemos a analisar as conexões decorrentes da aplicação da lei processual penal. Para tanto, valho-me do trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, proferida nos autos de ADPF 153, que citou de forma sintética a matéria ao se reportar a Pierpaolo Cruz Botini e Igor Tamasauskas. Assim, há:

(...) (ii) conexão intersubjetiva por simultaneidade: duas ou mais infrações praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, sem o acordo mútuo de vontades, conhecida como "autoria colateral" (CPP, art. 76, I, primeira parte); (iii) conexão intersubjetiva por concurso: duas ou mais infrações praticadas por várias pessoas em concurso, mediante acordo mútuo, embora diverso o tempo e local

²⁸¹ Consta no artigo 81, inciso IV, da mencionada Constituição, que "compete privativamente ao Presidente da República vetar projetos de lei".

Ainda, é da competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa das leis que concedam anistia relativa a crimes políticos, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, nos termos do artigo 57, VI, da mesma Constituição. Quando não se trata de crimes políticos, a Constituição atribui a competência à União, através do Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República.

²⁸² Mensagem de veto obtida no site

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vet267-L6683-79.pdf/ . Acesso em: 01 nov. 2013.

(CPP, 76, I, segunda parte); (iv) conexão objetiva: duas ou mais infrações praticadas, quando uma delas busca facilitar ou ocultar a prática da outra (CPP, art. 76, II); (v) conexão probatória: quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influírem na prova de outra infração (CPP, art. 76, III); e (vi) conexão intersubjetiva por reciprocidade: duas ou mais infrações praticadas, por várias pessoas, umas contra as outras (CPP, art. 76, I, última parte)²⁸³.

Passemos a análise de cada modalidade inclusive para verificar as possibilidades efetivas de conexão processual entre crime comum e crime político praticados por agentes diferentes.

As regras de conexão e continência processual encontram-se nos artigos 76 a 82 do Código de Processo Penal. Verifica-se, primeiramente, que tais artigos constituem o Capítulo V do Título V que trata da competência. Portanto, a conexão no direito processual engloba uma série de regras que fixam a competência para a instauração e processamento da ação penal. Crimes conexos, neste caso, são crimes que devem ser analisados na mesma relação de direito processual. Entretanto, isto de forma alguma significa concluir que ao se absolver um denunciado pela prática de um crime o outro processualmente conexo necessariamente será absolvido. Afinal, o que se reúne é a instrução processual, mas, são a relação de subsidiariedade de um crime em relação ao outro. Assim, consta no artigo 76 do CPP:

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Assim, o artigo 76, inciso I, primeira parte, do CPP trata da conexão intersubjetiva por simultaneidade, isto é, "duas ou mais infrações praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, sem o acordo mútuo de vontades." Cita a doutrina que o exemplo mais tradicional deste tipo de conexão são os crimes praticados em estádio de futebol onde os torcedores de um time, sem a unidade de vontades entre si, começam a praticar inúmeros crimes, dentre eles, dano, lesão corporal etc.

Na segunda parte deste mesmo inciso, isto é, "duas ou mais infrações praticadas por várias pessoas em concurso, mediante acordo mútuo, embora diverso o tempo e local", temos a conexão intersubjetiva por concurso. Há, neste caso, o concurso de pessoas em vários crimes.

²⁸³ STF. ADPF 153. Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski. p. 111.

Na última parte do artigo 76 do CPC, temos a conexão intersubjetiva por reciprocidade, isto é, duas ou mais pessoas praticando crimes umas contra as outras. Na lição de Julio Fabbrini Mirabete, "há uma causa comum e direta que vincula as infrações, citando-se como exemplo, agressões entre componentes entre dois grupos de pessoas em um baile."²⁸⁴

A conexão prevista no inciso II do mencionado artigo, denominada lógica, teleológica ou material, ocorre quando há várias infrações e umas foram praticadas com o fim facilitar ou ocultar a prática das demais.

Por último, a conexão probatória ou instrumental, prevista no artigo 76, III, do CPP, ocorre "quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influírem na prova de outra infração". Cite-se o exemplo do agente que oculta o cadáver (CP art.211) para que não seja acusado de homicídio (CP art. 121) ou, ainda, o uso de documento falso e posterior estelionato. Para que haja a ocultação de cadáver é necessário que tenha ocorrido um crime de homicídio prévio. Logo, para fins de facilitar a apuração dos fatos, os dois crimes são analisados na mesma relação processual.

Mas, analisemos as conexões nos denominados crimes políticos e de opinião, principalmente os que constam na Lei nº7.170/1983, com os crimes comuns.

Desde já se exclui a conexão intersubjetiva por concurso, pois exige a prática de infrações por duas ou mais pessoas com acordo mútuo e, não há como afirmar o acordo de vontade entre o preso político torturado e o torturador, por exemplo. Também não há, a prima facie, como aplicar a conexão objetiva

Entendo, também, que não é possível aplicar a conexão prevista no inciso II, isto é, lógica, teleológica ou material, pois, não há como defender que as infrações praticadas pelos subversivos foram praticadas com o fim facilitar ou ocultar a prática dos crimes dos agentes estatais e vice-versa. Ao contrário, as ações destes tinham a suposta finalidade de barrar as ações dos primeiros.

Também, exclui-se a conexão intersubjetiva por simultaneidade, eis que, os crimes, normalmente, não foram praticados, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas. Normalmente, o abuso de autoridade, a tortura, a lesão corporal, o homicídio e a ocultação de cadáver etc eram ações posteriores às supostas ações subversivas.

Assim, afastadas de plano a conexão intersubjetiva por concurso, lógica, teleológica ou material e a intersubjetiva por simultaneidade, resta analisar a probatória e a intersubjetiva por reciprocidade. Em que pese posições diversas, tal como a que consta no voto do eminente

²⁸⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 189.

Ministro Ricardo Lewandowski, na ADPF n° 153, e dos autores Pierpaolo Cruz Botini e Igor Tamasauskas, entendendo que também não há como se aplicar a probatória. Nesta, a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influi na prova de outra. Não entendo que seja possível a influência entre infrações que tutelam bens jurídicos diversos.

Assim, não é porque houve uma possível prática de ato terrorista ou contrário ao regime que este influirá nos crimes praticados pelos agentes estatais. Ao contrário, se o primeiro age em desacordo com a legalidade, ao último, em hipótese alguma lhe é autorizado a agir da mesma forma na prática de suas funções. Assim, se pessoas com fortes indícios de que praticou crimes contra a segurança nacional, ordem política e social é detida ou é convidada a prestar depoimento em alguma Delegacia, DOI-CODI ou qualquer outro lugar, e as suas declarações são prestadas sob sessão de tortura, não entendo que as circunstâncias dos crimes praticados pelo torturado influam nos crimes praticados pelo demais.

Afinal, a lei penal que é aplicada ao suposto subversivo tutela a segurança nacional, a ordem política e social. A lei penal que é aplicada ao torturador tutela a integridade física, a liberdade e a própria Administração Pública que deve ser formada por servidores que respeitam as leis. Portanto, as circunstâncias dos crimes são totalmente diferentes. Ademais, nem sempre há um crime prévio praticado pelo subversivo. Afinal, não se tem, ainda, dados estatísticos, mas deve-se questionar quantos foram vítimas de falsas imputações de crimes contrários ao regime. Neste caso, nem se teria o crime prévio para justificar na psique do agente a prática do outro crime.

Por último, poder-se-ia questionar que a conexão intersubjetiva por reciprocidade é possível de ser aplicada, pois, são várias infrações praticadas por várias pessoas umas contra as outras. Respeitando-se, também, posições diversas já mencionadas, entendo que nem este tipo de conexão justificaria a reunião de processos, pois, as os critérios de tempo, lugar e cometimento da infração já demonstra que não há condutas praticadas por várias pessoas umas contra as outras. Há, sim, condutas que supostamente foram perpetradas, em uma fase anterior que ocasionou que o seu ator fosse qualificado como subversivo ou perigoso ao Estado (em que pese ainda nem condenado, muitas vezes).²⁸⁵ Em uma segunda fase, os agentes do Estado, com o fim de investigar os fatos, obter informações etc, praticaram crimes no exercício de suas funções. Logo, também não se aplica este tipo de conexão.

Mas, de qualquer forma, as conexões processuais são regras que fixam a competência para a instauração e processamento da ação penal. Crimes conexos, neste caso, são crimes que

²⁸⁵ Apenas para refletir, não estaríamos vivendo uma fase de Direito Penal de autor ao invés de ação?

devem ser analisados na mesma relação de direito processual. Entretanto, isto de forma alguma significa concluir que ao se absolver um denunciado pela prática de um crime o outro processualmente conexo necessariamente será absolvido. Afinal, o que se reúne é a instrução processual, pois, não há relação de subsidiariedade de um crime em relação ao outro.

Também, deve-se mencionar que se um crime foi anistiado, isto não significa dizer que o outro também o será sem que tenha havido qualquer tipo de apuração dos fatos e da responsabilidade penal. As conexões processuais são regras que alteram a fixação da competência que, a princípio, é determinada pelo local do crime, tal como consta no artigo 69 e seguintes do Código de Processo Penal. Mas, não são regras que criam imunidades penais sem ao menos se apurar os fatos através da instauração do inquérito policial. Até porque para se saber se uma conduta foi devidamente anistiada, ela deve ser investigada para que se conclua pela tipicidade e antijuridicidade (ou não).

Nestes termos, cite-se o voto do Ministro Ricardo Lewnadowiski na ADPF n° 153 que concluiu:

A simples menção à conexão no texto legal contestado, à toda evidência, não tem o condão de estabelecer um vínculo de caráter material entre os crimes políticos cometidos pelos opositores do regime e os delitos comuns atribuídos aos agentes do Estado, para o fim de lhes conferir o mesmo tratamento jurídico.

Destarte, embora o legislador de 1979 tenha pretendido caracterizar, para efeito da anistia, a conexão material entre ilícitos de natureza distinta praticados por pessoas diferentes e em circunstâncias diversas, com o objetivo de ensejar a absorção das condutas delituosas comuns pelos crimes políticos, não é difícil constatar que tal desiderato, ao menos do ponto de vista técnico-jurídico, não logrou ser bem sucedido.²⁸⁶

Portanto, conclui-se que não há conexão de direito material entre crimes comuns e crimes políticos praticados por agentes diferentes. Da mesma forma, não há, nas regras processuais, as circunstâncias que autorizem a alteração da competência pela conexão entre os mesmos crimes. De qualquer forma, ressalta-se que o caráter processualista da conexão autoriza o julgamento do feito pelo mesmo juiz e na mesma relação jurídica processual, o que já evidencia a primeira impropriedade da interpretação que defende a anistia para ambos os lados: os opositores ao regime foram indiciados e denunciados pelos crimes que praticaram. Aos seus perseguidores, não houve, como regra geral, a apuração dos fatos através de procedimentos, tal como, inquérito policial ou processo administrativo. Logo, como aplicar a conexão processual se um dos processos foi devidamente instaurado e o outro nem existe.

²⁸⁶ STF. ADPF 153. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. p. 111 - 112.

Portanto, conclui-se que não como defender a alegada conexão - quer material, quer processual²⁸⁷.

5.4. LEI DE ANISTIA BRASILEIRA, ADPF n° 153 E O JULGAMENTO DO STF

5.4.1. Contexto

O Supremo Tribunal Federal, em 29 de abril de 2010, julgou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n°153, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e tendo como arguidos o Presidente da República e o Congresso Nacional.²⁸⁸

A OAB defendeu que não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 a interpretação difundida do parágrafo 1° do artigo 1° da Lei n° 6683/1979 segundo a qual qualquer crime comum conexo com crimes políticos ou praticados por motivação política estariam anistiados. Dessa forma, seria incabível anistiar os agentes do Estado que praticaram crimes comuns, tais como, tortura, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro, atentado violento ao pudor, homicídio e outros. Tais crimes não podem ser considerados como conexos a crimes políticos ou praticados por motivação política, pois, esta interpretação difundida afronta diversos preceitos fundamentais, dentre eles, o da isonomia, "(i) o dever do Poder Público de não ocultar a verdade, (ii) os princípios democráticos e republicano; (iii) o princípio da dignidade da pessoa humana"²⁸⁹.

Assim, requereu a arguente que o STF, ao dar a interpretação conforme a Constituição, declare que a interpretação possível da Lei da Anistia, especificamente da anistia dos crimes conexos aos políticos, não se estenda aos crimes praticados por agentes estatais encarregados da repressão dos supostos subversivos políticos. Afinal, não é possível defender que os agentes públicos que mataram, torturaram e praticaram outros crimes podem ser considerados anistiados uma vez que, de forma alguma, pode-se defender que praticaram crime político ou crime comum conexo a político.

²⁸⁷ Esta também foi a conclusão do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF n° 153.

²⁸⁸ Ainda, constaram, como interessados a Associação Juizes para a Democracia, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional, a Associação Brasileira de Anistiados Políticos e a Associação Democrática e Nacionalista de Militares.

²⁸⁹ STF. Tribunal Pleno. ADPF 153, Relator Ministro Eros Grau. p. 6.

A inicial foi protocolada em 21/10/2008 e distribuída ao Relator Ministro Eros Grau. Este determinou que as autoridades responsáveis pelo ato prestassem informações. Foram intimadas a AGU, o Senado Federal e a Câmara de Deputados. A Advocacia Geral da União manifestou-se desfavorável ao acolhimento do pedido. Entretanto, o Ministério da Justiça, a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República e a Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil adotaram posição diversa e defenderam a procedência da ação.

Após, várias Associações pleitearam o seu ingresso na qualidade de "*amicus curiae*", dentre elas, Associação Juízes para a Democracia, Centro pela Justiça e o Direito Internacional, Associação Brasileira de Anistiados Políticos e a Associação Democrática e Nacionalista de Militares. O Ministério Público Federal, através do Procurador Geral da República, manifestou-se pela inadmissibilidade do pedido.

O julgamento do pedido iniciou-se na sessão do dia 28/04/2010 e terminou em 29/04/2010. O Ministro Joaquim Barbosa não votou, pois, estava licenciado e o Ministro Dias Toffoli declarou-se suspeito. As preliminares alegadas foram rejeitadas por maioria. Neste tópico foi vencido o Ministro Marco Aurélio que defendia a falta de interesse de agir. O mérito do pedido não foi acolhido por maioria, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Ministro Ayres Britto, que entendiam que cabia acolher em parte o pedido. Entretanto, sete Ministros votaram contra o reconhecimento do pedido: o Relator Ministro Eros Grau, as Ministras Carmen Lúcia e Ellen Gracie, os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Celso de Mello e Gilmar Mendes.

Ressalte-se que quando a ação foi submetida a julgamento, já havia na Corte Interamericana de Direitos Humanos o caso Gomes Lund e outros versus Brasil, decidido em 24 de novembro de 2010. Portanto, não aguardar o julgamento da Corte Interamericana poderia ocasionar (como efetivamente ocorreu) a divergência de julgamentos entre esta e o STF.²⁹⁰ Assim, passa-se à análise dos fundamentos de fato e de direito dos votos dos Ministros.

²⁹⁰ Tal como anotado pelo autor André de Carvalho Ramos no artigo Crimes da Ditadura Militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: **Crimes da Ditadura Militar**: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Luiz Flavio Gomes, Valério de Oliveira Mazzuoli (organizadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 182.

5.4.2 Julgamento no STF - argumentos da posição majoritária favorável à recepção da lei de anistia pela constituição federal de 1988

a) Voto do Relator Ministro Eros Grau

O relator, Ministro Eros Grau, não acolheu o pedido da requerente. Menciona o Relator que "todo e qualquer texto normativo é obscuro até o momento da interpretação." Assim, o intérprete produz a norma analisando os texto (a lei) e a realidade. Dessa forma, o intérprete não é um mero declarante da norma jurídica, mas, sim, um concretizador de seu conteúdo. Para o Ministro, "interpretar/aplicar é dar concreção (=concretizar) ao direito." Dessa forma, se para interpretar a lei é necessário conhecer o seu texto e a realidade jurídica, o Relator analisou o contexto histórico e político da aprovação da lei de anistia.

O Relator alega que não se pode acolher o argumento da OAB no tocante à afronta os preceitos fundamentais contidos nos princípios da isonomia em matéria de segurança, o direito que todos tem de receber informações de órgão públicos, os princípios democrático e republicano. Afirma a OAB que, a lei aprovada pelo Congresso Nacional deve ser interpretada tal como foi pleiteado uma vez que, à época, o Congresso não era diretamente e livremente eleito pelo povo. Havia senadores escolhidos pelo Executivo e a sanção da lei deu-se através de um Presidente militar. Por tais motivos, houve uma autoanistia que não é passível de ser defendida em regimes democráticos.

Argumentou o Relator, primeiramente, que se fossemos questionar a falta de legitimidade da lei de anistia, deveria ser questionada a legitimidade de todas as leis aprovadas à época, pois, todas advieram do mesmo Congresso com a alegada carência de representatividade. Ademais, a ab-rogação da lei significa fazer com que todos - defensores do regime e seus opositores - retornem ao *status quo ante*, inclusive com a necessidade de devolução dos valores de indenização.

A OAB argumentou, também, a violação ao preceito fundamental da "dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro, que não pode ser negociada," uma vez que houve um acordo para a transição ao regime democrático e que os negociadores não poderiam desprezar o mencionado preceito fundamental. Nos termos da OAB, "a dignidade das pessoas e do povo foi usada como moeda de troca em um acordo político."

O Relator refuta tal argumento defendendo que a lei de anistia decorreu de um acordo político com ampla participação da sociedade civil brasileira. Nas palavras do Ministro, a

"ruptura da aliança entre os militares e a burguesia deu-se com a crise do petróleo de 1974, mas a formidável luta pela anistia (...) é expressiva da página mais vibrante da resistência e atividade democrática da nossa história." Houve a participação da sociedade civil de diversas formas: através do Comitê Brasileiro pela Anistia, do MDB, da OAB, dos sindicatos e confederações de trabalhadores, da CNBB, nas ruas, nas passeatas, nos comícios e atos públicos e de diversas outras formas. Em suma, a luta pela anistia foi a luta da sociedade civil que queria o fim do regime autoritário. Portanto, defende o relator que toda esta luta social não pode ser desconsiderada.

Ainda, efetivamente não é possível interpretar a lei considerando os institutos de direito penal e processo penal, pois, não há como defender a conexão (material e processual) entre os crimes praticados pelos subversivos ao regime e os crimes que os agentes estatais praticaram contra aqueles para a manutenção do mesmo regime. Entretanto, defende o Relator que a interpretação que deve ser aplicada é a histórica. A Lei nº 6683/1979 não foi a primeira a conceder anistia. Desde o Decreto nº 3.102, janeiro de 1916, há normas concessoras de anistia. Assim, a

chamada lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Tenho que a expressão ignora, no contexto da Lei nº 6683/1979, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal(...) O Arguente tem razão: o legislador procurou estender a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção.

Nesta linha, cita o Relator inúmeros julgados da Suprema Corte defendendo a interpretação "ampla e generosa" de leis de anistia, sob pena de "frustrar seus propósitos político-jurídicos".

Ainda, defende o Relator que a lei de anistia não uma lei dotada de generalidade e abstração. Nestas, o "significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos." Ao contrário, trata-se de uma "lei-medida." Estas,

disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas. Consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial." Assim, "as leis-medida configuram ato administrativo completável por agente da Administração, mas trazendo em si mesmas o resultado específico pretendido, ao qual se dirigem. Daí por que são leis apenas em sentido formal, não o sendo, contudo em sentido material. Cuida-se, então, de lei não-norma.

Logo, "o que se impõe deixarmos bem vincado é a inarredável necessidade de, no caso de lei medida, interpreta-se em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual". Por último, conclui o Relator que "a Lei nº 6683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada". Assim, a Lei de Anistia, tal como aprovada, foi fruto do acordo entre a sociedade à época e, portanto, interpretações diversas não podem ser realizadas considerando fatos atuais.

Além disso, não cabe ao Poder Judiciário dar uma redação diversa ao texto legal. Pode, através da interpretação, produzir normas distintas. Mas, não pode criar uma nova lei de anistia. Se a lei aprovada deve ser revista, tal atribuição é do Poder Legislativo, espaço de diálogo político entre os diversos representantes da sociedade. Dessa forma, são citados exemplo do Chile, Argentina e Uruguai onde a lei de anistia foi revista pelo Poder Legislativo.

No tocante à Emenda Constitucional nº26/1985, que convocou a Assembléia Nacional Constituinte e cuja redação do artigo 4º reitera a anistia da Lei nº 6683/1979, o Relator afirma que a anistia foi novamente ratificada na citada emenda que já foi inserida na nova ordem constitucional de 1988. Portanto, a lei de anistia é constitucional, conforme a Constituição de 1988, uma vez que consta na Emenda Constitucional que determinou a convocação da Assembléia Nacional Constituinte. Dessa forma, poder constituído e poder constituinte não se diferenciam. Em que pese o brilhante e extenso voto do Ministro Eros Grau, há algumas ressalvas a serem feitas.

Primeiramente, a Lei de Anistia, tal como foi aprovada, não decorreu de um amplo debate da sociedade civil. Ao contrário, conforme já constou em outro capítulo deste trabalho, a mencionada lei, cujo projeto foi originário do Executivo, teve que ser aprovada exatamente nos termos que este Poder impôs, pois, caso contrário, seria vetada. A capa do Jornal Folha de São Paulo do dia 22 de agosto de 1979, mencionava que "o projeto da anistia é intocável"²⁹¹.

Portanto, em um primeiro momento foi dado a abertura de diálogo à sociedade civil, através do Comitê Brasileiro pela Anistia, do MDB, da OAB, dos sindicatos e confederações de trabalhadores, da CNBB. Bem como as pessoas foram às ruas participar de passeatas, comícios e atos públicos em prol de uma "anistia ampla, geral e irrestrita", ressaltando-se que, em momento algum esta bandeira englobava os que praticaram crimes em nome da

²⁹¹ Primeira Página: Folha de São Paulo. 6 ed. São Paulo: Publifolha 2006. p. 151.

defesa do regime. Ainda, presos políticos efetivamente fizeram greve de fome em prol da aprovação da lei. Quando o Executivo percebeu que estava diante de uma efetiva abertura de diálogo, enviou o recado: como tinha o poder de veto, ou se aceitava o que tinha sido imposto, ou não se teria qualquer anistia.

Dessa forma, se a interpretação deve ser feita considerando-se o contexto histórico e político da época, tal como defendeu o Ministro Relator, entendo que desde já a norma carece de legitimidade. A *prima facie* já se poderia questionar a composição do Parlamento à época que, dividido em dois partidos - ARENA e MDB - sofreu uma manobra política com a Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril de 1977. Esta determinou que parte dos senadores seriam escolhidos pelo sufrágio do colégio eleitoral.²⁹² Assim, em que pese à época houvesse uma Casa de Leis, onde teoricamente impera o livre debate, no caso da Lei de Anistia, quem tinha a prerrogativa de propor a anistia política já tinha reiterado que também poderia vetá-la, se não viesse tal como apoiada pela situação que detinha o poder. Assim, ante tal circunstância, é melhor ter o pouco do que nada ter, pois, como bem ressaltou o Ministro, presos estavam em greve de fome, exilados queriam voltar para o país, pais queriam que seus filhos voltassem para casa e filhos queriam ter de volta os seus pais.

Quais as consequências para o país se à época fosse defendida posição diversa? Se a sociedade civil desarmada se unisse em prol de uma legislação que efetivamente defendia? O regime se tornaria mais autoritário, ante a necessidade de reprimir os focos de oposição, os militares iriam ceder à pressão da sociedade civil ou a sociedade corria o risco de ser vítima de outro golpe - quer pelos militares da chamada linha dura ou por qualquer outro grupo²⁹³? Não há como se ter a resposta das consequências das opções que não foram feitas no passado. Apenas pode-se defender que havia grande probabilidade do regime recrudescer para acabar com os denominados movimentos de oposição ao projeto de lei e retardar ainda mais a abertura política. Dessa forma, como a sociedade tinha mais a perder do que a ganhar, aceitou-se o que foi proposto à época²⁹⁴.

²⁹² Consta no artigo 41, parágrafo 2º, que "na renovação do terço e, para o preenchimento de uma das vagas, na renovação por dois terços, a eleição far-se-á pelo voto direto e secreto, segundo o princípio majoritário. O preenchimento da outra vaga na renovação por dois terços, far-se-á mediante eleição, pelo sufrágio do colégio eleitoral constituído, nos termos do § 2º do artigo 13, para a eleição do Governador de Estado, conforme disposto em lei".

²⁹³ Esta última opção é pouco provável, pois os focos de resistência armada não ofereciam grandes riscos ao regime militar e como se disse, eram meros focos e não uma organização nacional.

²⁹⁴ Conforme consta no voto da Ministra Cármen Lúcia na ADPF 153, se não fosse a lei de anistia, não haveria eleições dos governadores, em 1982, a escolha do Presidente Tancredo Neves, a campanha para "diretas já", a Constituição de 1988.

O Relator defende que efetivamente uma interpretação penal e processual penal do artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei nº 6683/1979 não conduz à conclusão que todos - opositores e defensores do regime - foram abarcados pelo perdão. No tocante à tal tópico, isto é a aplicação dos institutos de Direito Penal e Processual Penal para interpretar a norma, não há reparos a serem feitos. Tal como já foi abordado em outro capítulo, efetivamente não há como se defender, através de uma aplicação técnica de institutos de direito penal e processual penal, a interpretação que foi divulgada.

Entretanto, como bem ressaltou o parecer do Professor Dalmo de Abreu Dallari, citado no voto do Relator, anistia "ampla, geral e irrestrita" não significa "anistia recíproca." Ampla para atingir todos os atos de manifestação de oposição ao regime. Geral para todas as vítimas dos atos de exceção e irrestrita, isto é, sem discriminações ou restrições. Mas, de forma alguma, cogitou-se que a anistia seria recíproca, isto é, além de abranger os que cometeram crimes políticos, também incluiria os agentes estatais que cometeram crimes. A pretensa reciprocidade do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei nº 6683/1979 é muito mais uma crença que foi difundida que a anistia foi recíproca, ao invés, efetivamente, uma conclusão que decorre de interpretação de institutos de direito penal e processual penal. Assim, o Relator utiliza o método histórico de interpretação das leis para defender o que foi difundido à época. Por tais motivos, fez-se uma longa pesquisa de todas as leis de anistia desde 1916.

Com a devida *venia*, não é porque nossos antepassados erraram que a sociedade está destinada a persistir no erro. Ao contrário, é a análise das ações e consequências do passado que faz com que o homem aja de forma diversa para ter consequências diversas. Portanto, mesmo as interpretações históricas são mutáveis, pois, como bem afirmou o Relator, a sociedade muda. E talvez tivesse sido necessário 30 anos de democracia para que a sociedade pudesse se libertar das amarras que advieram da transição e pleitear por reformas. Afinal, como já foi mencionado em outro capítulo, não houve a ruptura de regimes, os integrantes do antigo participam do novo. Além disso, partindo-se desta premissa de interpretação histórica, teríamos que analisar o contexto político e jurídico da criação de cada lei de anistia citada para verificar se o paradigma condiz com o da lei de 1979 e efetivamente se possa ter a mesma conclusão do Relator.

No tocante ao argumento que não cabe ao Poder Judiciário criar lei e, sim, somente interpretá-la e, portanto, qualquer conteúdo normativo diverso do que foi difundido deve advir do legislativo, deve-se fazer algumas ressalvas. Primeiro que, em nenhum momento, a inicial da OAB pretendeu a produção legislativa pelo Poder Judiciário. Apenas se requereu uma interpretação conforme a Constituição, uma vez que o que foi difundido não tem substrato do

Direito Penal, no Direito Processual Penal e na nova ordem constitucional. Ressalve-se, ainda que não tem substrato nos tratados e convenções de Direitos Humanos e na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme posição da própria OAB e de alguns autores²⁹⁵.

Ademais, os próprios exemplos citados pelo Relator revelam que os países vizinhos reconheceram, através de decisões judiciais, a inconstitucionalidade ou, em alguns casos, a inconvenção das leis de anistia internas em face de legislação e jurisprudência internacional de proteção do homem. Logo, o Poder Legislativo em tais países pode ter criado, posteriormente, uma lei com disposição diversa em relação à lei de auto-anistia. Mas, o Poder Judiciário não se absteve de julgar, tal como mencionado nos próprios exemplos citados pelo Relator de casos ocorridos no Chile e no Uruguai.

Outro tópico que convém assinalar é a falta de preocupação com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e com os Tratados Internacionais de Proteção do Homem. Quanto a este último tópico, o relator citou que a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura (1984), em vigor no Brasil desde 1987; a Lei n° 9455/1977, que defini o crime de tortura, a Constituição Federal, cujo artigo 5°, inciso XLIII, que determina a impossibilidade de se conceder graça e anistia ao crime de tortura são posteriores à Lei de Anistia brasileira. Tal como assinalado pelo autor André de Carvalho Ramos,

quanto ao costume internacional de punição a crimes de lesa-humanidade (e sua imprescritibilidade), houve uma transcrição da opinião jurídica de Nilo Batista, que sustenta que não é cabível costume internacional penal²⁹⁶.

Por último, quanto à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Relator ressalva que o Brasil somente se submete à sua jurisdição para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

Verifica-se, portanto, que foi uma abordagem *en passant*, em que pese a riqueza do tema. Primeiro porque o Relator resumiu-se a analisar o crime de tortura. Entretanto, os crimes praticados pelos defensores do regime engloba uma lista muito mais extensa:²⁹⁷ abuso de autoridade, lesão corporal, sequestro e cárcere privado, homicídio, ocultação de cadáver etc. Segundo porque os tratados de proteção do ser humano são bem mais extensos e não se

²⁹⁵ Dentre eles cite-se os seguintes autores: Flavia Piovesan, André de Carvalho Ramos, Marlon Alberto Weichert, Inês Virgínia do Prado Soares e outros.

²⁹⁶ RAMOS, André de Carvalho. Crimes da Ditadura Militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: **Crimes da Ditadura Militar**: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Luiz Flavio Gomes, Valério de Oliveira Mazzuoli (organizadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 183.

²⁹⁷ Como bem ressaltou o Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto na ADPF n° 153.

resumem somente ao Tratado da ONU de Combate à Tortura. Ainda, há a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1945), os Princípios do Tribunal de Nuremberg (1946), o *jus cogens*²⁹⁸ etc. Ademais, em que pese o Brasil somente se submeta à Corte Interamericana de Direitos Humanos para fatos ocorridos após 10 de dezembro de 1998, há alguns crimes cuja execução se perpetua no tempo, tal como, o sequestro e cárcere privado, a ocultação de cadáver, o dever de investigar para apurar os fatos e outros, posição que foi adotada pela Corte em inúmeros outros casos²⁹⁹. Portanto, como são crimes permanentes cuja execução se prolonga no tempo, enquanto não localizada a vítima ou o corpo dela, o crime se está em andamento. Dessa forma, ainda que iniciada a execução antes de 10 de dezembro de 1998, ante a permanência do crime, a Corte Interamericana tem jurisdição para se pronunciar.

b) Voto da Ministra Cármen Lúcia

Apresentado o voto do Relator e superados os debates quanto às preliminares, coube à Ministra Cármen Lúcia proferir o seu voto.

A Ministra destaca, como preliminar de mérito, que qualquer decisão a ser proferida pela Corte no caso em análise trata apenas dos efeitos penais da Lei de Anistia. Assim, o direito à verdade e o direito à indenização são mantidos. Afinal, todo povo tem direito de conhecer a sua história.

No tocante à aprovação da Lei de Anistia, a Ministra concorda com o voto do Relator ao afirmar que houve a participação da sociedade civil. Portanto, não se pode falar em falta de legitimidade da norma. Além disso, a lei de anistia sedimentou as bases para que o processo de redemocratização tivesse o seu curso. Após a sua aprovação, houve a eleição direta para governador, em 1982; a eleição de Tancredo Neves; a campanha para diretas já e a Constituição de 1988. Todo este processo foi alavancado pela Lei de Anistia que teve a conotação de reconciliação e pacificação nacional.

Assim, a Ministra defende que, em que pese decorrido 30 anos de vigência da uma lei, é possível mudar a interpretação. Entretanto, faz-se a ressalva que como se trata de norma penal, somente pode retroagir para beneficiar o réu. Afinal, em matéria criminal, não existe

²⁹⁸ Sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem, os Princípios de Nuremberg e o *jus cogens*, vide comentários ao voto do Ministro Cezar Peluzo.

²⁹⁹ Esta foi a posição da Corte nos casos: *Blake versus Guatemala*, *Radilla Pacheco versus México* e outros.

revisão criminal *pro societate*³⁰⁰ e não é cabível quando se trata de mudança de interpretação de lei.

Ressalva-se, também, que a Lei de Anistia, quando surgiu, não foi comemorada. Mas, era o que se conseguiu obter à época para que o país iniciasse o seu processo de saída do regime ditatorial. A anistia não foi irrestrita, como queria a sociedade e como se defendeu após a sua aprovação. Ao contrário, ela tinha várias restrições como bem ponderou o Ministro Sepúlveda Pertence que, à época, teve a atribuição de redigir um parecer sobre o projeto de lei para ser submetido à OAB. Também, em que pese à falta de técnica penal no conceito de crime comum conexo ao crime político, se não houvesse tal interpretação, não teria como o país concretizar a "*abertura lenta, gradual e segura.*" Conclui a Ministra que qualquer interpretação diversa da que foi sedimentada deve ocorrer através do Legislativo, tal como defendeu o Relator. Por último, a Ministra ressalva que tal decisão não afeta o direito à verdade das vítimas e nem o direito da sociedade conhecer a sua história. Também não exclui o direito a justa reparação.

Verifica-se, portanto, que a Ministra Cármen Lúcia seguiu a linha do Ministro Eros Grau. Com a única ressalva que, em que pese haja o argumento da participação social, em vários tópicos a Ministra fundamenta que o que se obteve era o possível à época e não o desejável. Tal como já foi assinalado nas observações ao voto do Relator Eros Grau, a construção do projeto de lei de anistia não teve a participação popular tal como defendida. Neste tópico a Ministra tem razão ao apontar que o que se obteve foi o possível, não o desejável. Da mesma forma, não se sabe quais teriam sido as consequências se este projeto não tivesse sido aprovado com a redação apoiada pelo Executivo. As consequências da sua aprovação é hoje por nós conhecida. Como ela bem ressaltou, a Lei de Anistia sedimentou as bases para que a abertura fosse concretizada. Pode ser que os detentores do poder sentiram-se confortáveis e seguros para fazer a abertura ao terem uma lei que os isentava de culpa. Dessa forma, a sua não aprovação poderia ter ocasionado a duração mais longa do regime ditatorial.

Como já afirmado outrora, as consequências de escolhas não concretizadas são meras possibilidades, pois, não há como saber o que teria ocorrido de uma ação não praticada. Mas, por outro lado, se já decorreu mais de trinta anos de sua aprovação e, atualmente, vive-se um regime democrático, não seria o momento propício para rever o que foi possível à época para se ter o ideal hoje? Teria a sociedade brasileira que agir com certa lealdade ao que foi aprovado e efetivamente deixar de punir os crimes praticados pelos agentes estatais? Esta

³⁰⁰ Somente a defesa pode postular revisão criminal para beneficiar o réu.

cultura de violência³⁰¹ e impunidade³⁰² dos agentes estatais não decorre, em parte, da falta de ruptura com o que nos foi oferecido?

Além disso, verifica-se no voto da Ministra que não houve qualquer menção da compatibilidade da lei de anistia com as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e nem dos Tratados de Direitos Humanos.

c) Voto da Ministra Ellen Gracie

O voto da ministra Ellen Gracie é bem conciso e segue a fundamentação do Relator. Alega que se for considerada a não recepção da Lei de Anistia pela Constituição de 1988, traria consequências para os efetivos anistiados políticos que se beneficiaram com a lei. No tocante à interpretação conforme para que sejam excluídos os crimes comuns praticados pelos agentes estatais, a Ministra defende a posição do Relator. Alega que não há transição de um regime autoritário para o democrático sem concessões de ambos os lados. Assim, a lei da anistia é a lei do esquecimento, lei necessária para a pacificação social, lei decorrente de um pacto conciliatório. Ressalva que a busca pela verdade está obstaculizada pelas Leis nº8.159/1991 e nº 11.111/2005, ambas objetos da ADI nº 4077, que não se confundem com a lei em análise. Logo, o acesso a documentos é objeto de outra ação.

Em que pese à posição da Ministra, defende-se neste trabalho conclusão diametralmente oposta, isto é, a necessidade de lembrar o passado. Anistiar não é meramente esquecer. É importante saber o que aconteceu, como aconteceu e quem participou, em suma, reconstituir os fatos. Para tanto, é preciso lembrar.

Ainda, tal como a Ministra Cármen Lúcia, não houve qualquer menção da compatibilidade da lei de anistia com as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e nem dos Tratados de Direitos Humanos.

³⁰¹ Cite-se, exemplificativamente, o Caso Amarildo, auxiliar de pedreiro, morador da Comunidade da Rocinha e desaparecido desde 14 de julho de 2013, após adentrar na Unidade de Polícia Pacificadora da Rocinha. Até a presente data o seu corpo não foi encontrado e as investigações objetivam apurar o que ocorreu.

³⁰² Observação realizada pela Professora Flavia Piovesan no artigo Lei de Anistia: Sistema Interamericano e o Caso Brasileiro. In: **Crimes da Ditadura Militar**: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Luiz Flavio Gomes, Valério de Oliveira Mazzuoli (organizadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 74.

d) Voto do Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio seguiu a fundamentação do Relator e não trouxe inovação. Tal como as Ministras Ellen Gracie e Cármen Lúcia, não tratou da legislação internacional de proteção dos Direitos humanos e nem da decisões da Corte Interamericana de Justiça.

e) Voto do Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello defendeu que o Brasil é signatários de vários tratados que abominam a tortura: a Convenção contra a Tortura da ONU (1984), a Convenção Interamericana contra a Tortura (1985) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Entretanto, todos estes tratados são posteriores aos fatos praticados e a lei de anistia. A tipificação do crime de tortura surgiu com a Lei n° 9455/1997. Assim, a lei penal não pode retroagir, salvo para beneficiar o réu. Portanto, os tratados mencionados não poderiam ser aplicados para fatos anteriores à sua vigência. Da mesma forma, a lei de anistia que já concedeu o perdão, não poderia ser revista, pois, os seus efeitos se concretizaram.

O Ministro menciona os inúmeros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Barrios Altos versus Peru, em 2001; Loayza Tamayo versus Peru, em 1998, Almonacid Arellano versus Chile, 2006) que reconheceram a incompatibilidade de leis de auto-anistia com os tratados de direitos humanos. Entretanto, ressalva o Ministro que a nossa lei, ante o caráter bilateral, não pode ser caracterizada como uma lei de auto-anistia. Trata-se meramente de uma lei de anistia decorrente da vontade popular e de "mão dupla", pois, anistiou os dois lados - os agentes da repressão e os contrários ao regime. Portanto, os precedentes da Corte não se aplicam ao nosso caso.

Ressalva, também, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, caso a lei de anistia seja considerada inválida, pois, o prazo mais longo é vinte anos. Ademais, argumenta que não se pode pleitear a aplicação da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, pois, (a) não foi ratificada pelo Brasil, (b) em matéria criminal, somente lei em sentido estrito pode tratar do tema. Assim, uma convenção não ratificada não gera obrigação ao Brasil e, ainda que se alegue o direito internacional costumeiro, como não é lei em sentido estrito, não é aplicável em matéria criminal.

Por último, ressalta que o não acolhimento do pedido, não obsta a busca da verdade, dos fatos efetivamente ocorridos.

Sobre tais argumentos, deixo para analisá-los juntamente com a análise feita no voto do Ministro Cezar Peluso para evitar que o trabalho torne-se repetitivo.

f) Voto do Ministro Cezar Peluso

O Ministro Cezar Peluso, Presidente da Corte à época, defendeu que efetivamente não se pode atribuir à lei a interpretação de crimes conexos advindos do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Ressaltou que a conexão que consta no artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei nº 6683/1979 tem um sentido metajurídico, o que não é novidade no direito brasileiro. Tal como citou o Relator, o Ministro Cezar Peluso ressaltou que inúmeras outras leis que concederam anistia com o mesmo significado do que foi aplicado pela lei em análise, isto é, o perdão dos crimes comuns conexos. Defende o Ministro que os crimes praticados pelos contrários ao regime e os que atuavam na sua defesa, "situam-se na mesma moldura histórica e política, atende ao imperativo constitucional da igualdade, pois teriam de receber, como receberam, tratamento normativo igual". Ademais, a interpretação de leis que concedem anistia é sempre ampla e expansiva para que seja generosa. Quando foi aprovada, não havia restrição para a concessão da anistia a todos os tipos de crimes. Esta limitação somente surgiu com a Constituição de 1988.

Ressalta, também, que não se trata de autoanistia, tal como consta nas decisões dos tribunais internacionais, pois, não foi concedida através de ato institucional ou qualquer outro tipo de ato unilateral. Ao contrário, foi concedida através de lei, originária do Congresso, com a participação da sociedade civil.

Mas, ainda que o pedido fosse acolhido, o Ministro entende que não haveria qualquer aplicabilidade prática, pois, todos os crimes, sem exceção, estariam prescritos, e todas as ações cíveis, exceto as declaratórias, também. Dessa forma, ainda que se acolha o pedido do autor, não haveria como instaurar inquérito policial e nem ação penal para apurar os fatos, eis que todos foram atingidos pela prescrição. Ainda, se o Estado, à época, não instaurou o procedimento investigatório, deveria tê-lo feito, se entendia que a norma era inconstitucional. Logo, se não o fez, não cabe fazê-lo atualmente, quando decorridos mais de trinta anos da sua promulgação, o que já gerou a prescrição penal.

Por último, afirma que, ainda que a nossa lei de anistia seja revogada por outra lei, isto não ocasionaria a autorização para o estado realizar a persecução criminal, pois, a lei mais gravosa, em matéria criminal, não retroage. Somente as leis penais benéficas podem retroagir.

Primeiramente, defende o Ministro que a interpretação que se atribuiu à lei, isto é, que todos os crimes estão anistiados - políticos e comuns conexos - está correta, eis que é metajurídica.

Entretanto, em que pese a argumentação do Presidente da Corte, entendo que não é porque as leis anteriores tiveram esta redação sem qualquer técnica que se pode defender uma interpretação sem fundamento legal³⁰³. Prosseguindo na fundamentação, o mesmo Ministro afirma, quando questionado pelo Ministro Ayres Britto, que se havia alguma inconstitucionalidade na lei analisada poderia ter sido reconhecida e o Estado ter iniciado a persecução criminal. Entretanto, esquece o Ministro que a lei de anistia obtida foi a possível (não a desejável) e que não se vivia época de total liberdade para que fosse deixada de aplicar em caso de reconhecimento de inconstitucionalidade³⁰⁴.

Ademais, fundamenta o Ministro que não havia obstáculo de ordem constitucional ou legal para a aprovação da lei de anistia. O Ministro se refere ao artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal onde estão elencados alguns crimes insuscetíveis de anistia, isto é, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crime hediondo. Como a Carta é de 1988 e na anterior (1969) não havia qualquer impedimento, concluiu o Ministro que a vedação somente surge após 1988. Entretanto, esquece-se que já havia um obstáculo de ordem legal para aprovação da lei decorrente da aplicação do Direito Internacional.

Em 1979, o Brasil já era signatário dos seguintes Tratados: (a) Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1968) - 27 de março de 1968 e (b) Convenção sobre a eliminação do crime de genocídio (1948), 06 maio de 1952. Havia outros tratados ainda não ratificados pelo Brasil.³⁰⁵ Ainda, já estava em vigor a

³⁰³ Poder-se-ia argumentar que, o legislador, pessoa leiga em matéria jurídica, nem sempre redige a lei aplicando o conhecimento técnico necessário. Afinal, são representantes do povo, originários de diferentes substratos sociais e, portanto, constituem a diversidade da população brasileira. Por tais motivos, justifica-se textos normativos sem o uso adequado do vocabulário específico. Entretanto, não se deve esquecer que o Ministro da Justiça, Petrônio Portella, era advogado, assim, como o Presidente da ARENA, Senador José Sarney, e o Deputado Nelson Marchesan, líder da maioria na Câmara. Estes e os Senadores Jarbas Passarinho e Ernani Satyro reuniram-se para analisar quais as propostas de emendas seriam aceitas no projeto de lei de anistia que seria votado no Congresso. Informações obtidas no site ³⁰³ FOLHA DE SÃO PAULO. 11 ago. 1979. A ARENA selecionará as emendas à anistia. Citado por GRECO, Heloisa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. Tese. 2003. 269f. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/VGRO-5SKS2D/1/tese.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

³⁰⁴ A título de exemplo, cite-se a promulgação da Lei nº5.941/1973, conhecida como Lei Fleury, que altera dispositivos do Código de Processo Penal, cuja aprovação decorreu de possível persecução criminal em face de Sérgio Fleury, Delegado do DOPS de São Paulo.

³⁰⁵ Há inúmeros tratados de direitos humanos. Entretanto, verifica-se que a grande maioria foi ratificado pelo Brasil após a vigência da Constituição de 1988. Cite-se exemplificativamente: (1) Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, ratificada pelo Brasil em 15 de abril de 1952; (2) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966). Ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968; (3) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). O Brasil aderiu ao Pacto em 24 de janeiro de 1992. (4) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966).

Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948, e o Estatuto do Tribunal de Nuremberg, ratificada pela Organização das Nações Unidas, em 11/12/1946³⁰⁶, através da Resolução número 95 da Assembléia Geral.

A Declaração da ONU dos Direitos do Homem e do Cidadão não é um tratado, uma vez que não seguiu o procedimento de criação de tratados, inclusive, não houve a ratificação dos estados. A sua aprovação decorreu da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948, através de resolução. Entretanto, em que pese a Declaração não tenha a força vinculante decorrente da natureza dos tratados, a sua força normativa é originária do *jus cogens*. A Declaração é o texto primário, a interpretação mínima necessária do que sejam os direitos do homem e suas liberdades. Por tais motivos, na sua criação já se optou pela Declaração Universal, ao invés de Declaração Internacional, para que não houvesse dúvidas quanto ao seu espectro de incidência. A universalidade é abrangente, não gera exclusões e cria nas pessoas a sensação de inclusão, isto é, o universal é, ao mesmo tempo, de todos e de cada um. A internacionalidade pode gerar a noção de que só pertence a alguns, de que são direitos além das fronteiras territoriais do estado. Os direitos podem ser universais, mas, o seu respeito e implementação devem ocorrer no plano local, por isso a importância de se criar a cultura de que todos são protegidos por normas internacionais e universais.

Assim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é a "ética universal em relação à conduta dos Estados no que tange à proteção internacional dos direitos humanos"³⁰⁷. Trata-

O Brasil aderiu ao Pacto em 24 de janeiro de 1992. (5) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Ratificada pelo Brasil em 1º de Fevereiro 1984. (5.a) Emenda ao artigo 20, parágrafo 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. O Brasil aceitou a emenda em 05 de março de 1997. (5.b) Protocolo Opcional à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Ratificado pelo Brasil em 28 de Junho de 2002. (6) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes. Ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989 (6.1) Protocolo Opcional à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes. Ratificado pelo Brasil em 12 de janeiro de 2007. (7) Convenção sobre os Direitos da Criança. Ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990. (7.1) Emenda ao artigo 43 (2) da Convenção sobre os Direitos da Criança. O Brasil aceitou a emenda em 26 de fevereiro de 1998. (7.2) Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o envolvimento das crianças em conflitos armados. Ratificada pelo Brasil em 27 de janeiro de 2004. 7.3) Protocolo Opcional à Convenção dos Direitos da Criança sobre a Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil. Aprovado pelo Decreto nº 5.007, de março de 2004. (8) Acordo de estabelecimento do Fundo para o Desenvolvimento dos Povos Indígenas da América Latina e Caribe. Ratificado pelo Brasil em 17 de junho de 1998. (9) Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Ratificada pelo Brasil, promulgada no Senado Federal em 09 de julho de 2008, com status de Emenda Constitucional. Aguarda a sanção presidencial e o depósito da ratificação na ONU. (10.1) Protocolo Opcional à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Idem a 10. 10. 2) Convenção internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado. Assinada pelo Brasil em 06 de Fevereiro de 2007.

³⁰⁶ Nota-se que tais princípios são anteriores à Ditadura no Brasil (1964 a 1985).

³⁰⁷ Mazzuoli, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 907.

se de norma imperativa de Direito Internacional geral ou *jus cogens* cujas determinações são obrigatórias porque não podem ser revogadas por ato de vontade das partes.

Sobre este tema a doutrina se divide em (a) os que inserem o *jus cogens* como fonte de direito internacional, ao lado dos tratados, costumes e princípios de direito internacional, e (b) os que defendem que se trata de um atributo, uma qualidade, que certas normas de direito internacional adquirem e que as torna obrigatórias³⁰⁸. Em ambos os casos, a imperatividade não é decorrente da obrigatoriedade de sua observância, pois, todas as normas de direito internacional são obrigatórias. Mas, sim, porque não podem os Estados revogá-las através de mecanismos internacionais ou internos. Assim, não podem os Estados celebrar tratados que violem o *jus cogens*, pois, em que pese aquele seja a manifestação de vontade das partes, este não pode ser revogado por tratados. No âmbito interno de cada Estado, estes não podem produzir fatos³⁰⁹ (lei em sentido genérico, inclusive a constituição, ato administrativo, decisão judicial etc) que o viole. Logo, *jus cogens* somente pode ser revogado por outro *jus cogens*. Consta no artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados:

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.

A Declaração é defendida, por alguns autores³¹⁰, como parte integrante da Carta da ONU³¹¹. Dessa forma, as suas disposições tem força vinculante aos estados que não podem criar normas internas incompatíveis com a ela. Outros autores defendem que a Declaração

³⁰⁸ Observação feita pelo autor Valério de Oliveira Mazzuoli que, por sinal, defende que *jus cogens* é fonte de direito internacional superior às demais.

³⁰⁹ Sobre o conceito de fato, vide a obra de Andre de Carvalho Ramos. Responsabilidade internacional por violação de Direitos Humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.131 - 137.

³¹⁰ Dentre eles: Mazzuoli, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 907.

³¹¹ Valério Mazzuoli defende que a Declaração integra a Carta da ONU principalmente nos artigos 55 e 56 que determinam: COOPERAÇÃO INTERNACIONAL ECONÔMICA E SOCIAL. *Artigo 55*. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo raça, sexo, língua ou religião. *Artigo 56* Para a realização dos propósitos enumerados no Artigo 55, todos os Membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente.

Universal dos Direitos é direito costumeiro internacional ou princípio de direito internacional e, portanto, deve ser respeitada por todos os Estados, não apenas os signatários da Declaração³¹².

Seja qual for à posição que se adote, todas são unânimes em afirmar o caráter imperativo da Declaração. Neste tópico já reside à primeira impropriedade do voto do Ministro Cezar Peluzo. A nossa Constituição de 1969 não tinha qualquer vedação à concessão de anistia. Mas, nas normas internacionais, as quais o Brasil se vinculava, havia. Não podia o país, ainda que sob o pretexto de unificação pacífica, ter adotado a postura que se adotou com a lei aprovada. Verifica-se que no regime ditatorial foram violados inúmeros dispositivos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Cidadão, dentre eles:

Artigo II - Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo III - Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo V - Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo VII - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo IX - Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo XIX - Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Artigo XXI - 1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Artigo XVIII - Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Além disso, quando a lei de anistia foi aprovada, em 1979, já havia a expressa punição dos crimes contra a humanidade, pois, o Estatuto do Tribunal de Nuremberg a as suas

³¹² Sobre este tema, vide PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 138 - 150.

decisões compõem os Princípios de Nuremberg que também são reconhecidos como *ius cogens*. Os Princípios determinam que são puníveis como crimes, segundo as leis internacionais, os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade. Estes últimos referem-se a:

O assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação e qualquer outro ato desumano contra a população civil, antes ou durante a guerra, ou a perseguição por motivos religiosos, raciais, ou políticos, quando estes atos de perseguição tem conexão com qualquer crime contra a paz ou qualquer crime de guerra, violadores ou não da lei nacional onde o crime foi praticado³¹³.

Ainda, a Comissão de Direito Internacional da ONU definiu, em 1950, que os crimes contra a humanidade se distinguem em duas categorias: a) o assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação e qualquer outro ato desumano contra a população civil. Nestes, os crimes contra a humanidade podem ser perpetrados antes e durante uma guerra e b) a perseguição pode ser por motivos religiosos, raciais, ou políticos. Tais crimes podem ser cometido contra qualquer população civil, ainda que contra a população do próprio país do perpetrador³¹⁴.

O desaparecimento de pessoas, a tortura, o homicídio, as detenções ilegais, as lesões corporais e outros crimes praticados por agentes estatais violaram expressamente a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e os Princípios de Nuremberg. A sua observância era obrigatória pelo estado brasileiro, pois, ainda que não fossem tratados, eram regras *jus cogens*.

Ademais, o estado não pode invocar norma interna para não cumprir um tratado, tal como determina o artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.³¹⁵ O simples fatos do Brasil se negar a instaurar procedimento para investigar os fatos já configura violação de inúmeros tratados internacionais.

Quanto ao argumento que não se trata de autoanistia, pois não foi concedida através de ato institucional ou qualquer tipo de ato unilateral, entendo que algumas ressalvas devem ser feitas. Primeira e que já consta nos comentários dos demais votos, a falta de participação popular na composição e aprovação da lei de anistia. Obteve-se o possível e não o desejável. Segundo, as decisões das cortes internacionais não fazem a distinção sobre a forma como a

³¹³ STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. **International Human Rights in Context: Law, politics, morals**. New York: Oxford University Press, 2000. p.116-117.

³¹⁴ ONU, Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II. Obtido no site <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/yearbooks.htm>. Acesso em 17 fev. 2011.

³¹⁵ Artigo 27 - Direito Interno e Observância de Tratados - Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

anistia é concedida - se através de lei (teoricamente que decorre da participação popular) ou ato administrativo unilateral criado e aprovado pelos detentores de poder.

No caso *Barrios Altos versus Peru*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos invalidou as leis de anistias peruanas. Considerou a Corte que tais leis ferem o direito internacional e especificamente inúmeros artigos da Convenção Americana de Direitos do Homem, dentre eles, 1³¹⁶, 2³¹⁷, 8³¹⁸, e 25³¹⁹. Da mesma forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou no caso: *Almonacid Arellano versus Chile*; *La Cantuta versus Peru*, *Caso Araguaia versus Brasil*.³²⁰ A Corte não faz distinção se a anistia foi concedida através de lei ou ato unilateral do executivo. Em ambos os casos, há o reconhecimento da incompatibilidade com os tratados de direitos fundamentais.

Há, também, decisões reconhecendo a incompatibilidade de leis de autoanistia em

³¹⁶ Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos - 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

³¹⁷ Artigo 2. 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.

³¹⁸ Artigo 8. Garantias judiciais - 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

³¹⁹ Artigo 25. Proteção judicial - 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

³²⁰ Tais decisões serão tratadas em capítulos próprios.

relação à legislação e jurisprudência internacional no sistema global da ONU. Cite-se, por exemplo, a decisão proferida pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, de 10 de dezembro de 1998, no caso *Acusação versus Anto Furundija*, que reconheceu a invalidade de leis de anistia frente ao direito internacional.

No tocante à alegação de que todas as ações, cíveis e criminais, salvo as ações cíveis declaratórias, estariam prescritas, algumas ressalvas devem ser feitas.

A prescrição é causa de extinção da punibilidade, nos termos do artigo 107, inciso IV, do Código Penal. O maior prazo prescricional in abstracto é vinte anos, nos termos do artigo 109, I, do Código Penal. O mesmo diploma determina, no artigo 111, quais os termos iniciais de contagem da prescrição:

Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

- I - do dia em que o crime se consumou;
- II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;
- III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;
- IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.
- V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

Os agentes estatais praticaram vários crimes: sequestro e cárcere privado, homicídio, lesão corporal, ocultação de cadáver, estupro, abuso de autoridade entre outros. Analisando apenas sob o prisma da legislação interna, pode-se argumentar que os crimes permanentes, tal como o sequestro e cárcere privado, em que a vítima (viva ou morta) até a presente data não apareceu, não pode ser atingido pela prescrição, eis que esta somente começa a contar do dia que cessou a permanência. Portanto, o argumento de que todos os crimes - sem exceção - estariam prescritos, não é verdadeiro. Esta análise deve ser feita caso a caso. Adotando este enfoque, a Justiça Federal do Pará, Subseção Marabá, através de decisão da Juíza Federal Nair Conrado Pimenta de Castro, recebeu a denúncia em face do Coronel Curió Rodrigues de Moura e Major Lício Augusto Maciel³²¹.

Sob a ótica de direito internacional, não há prescrição em casos de crimes contra a humanidade. A Resolução n° 3.074³²², de 3 de dezembro de 1973, da Assembléia Geral da ONU determinou a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a

³²¹ Justiça Federal. Seção do Pará. Subseção Marabá. 2ª Vara. Autos n.º 4334-29.2012.04.01.3901.

³²² Tradução livre. Principles of international cooperation in detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity. "1. War crimes and crimes against humanity, wherever they are committed, shall be subject to investigation and the persons against whom there is evidence that they have committed such crimes shall be subject to tracing, arrest, trial and, if found guilty, to punishment".

humanidade:

1. Os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, onde for ou qualquer que seja a data em que tenham sido cometidos, serão objeto de uma investigação, e as pessoas contras as quais existam provas de culpabilidade na execução de tais crimes serão procuradas, detidas,, processadas e, em caso de serem consideradas culpadas, punidas³²³.

Ademais, a falta de investigação e apuração dos fatos, o que também é um ato permanente, já ocasiona o contrário, o Brasil tem a obrigação internacional de cumprir os tratados e é direito da vítima ter a elucidação dos fatos, saber a verdade, ter a justa reparação que é não apenas econômica, mas, principalmente moral ao se saber que o estado está adotando medidas para punir os infratores e evitar que tais atos se repitam.

Da mesma forma, não há como defender a prescrição das ações cíveis de forma genérica e abstrata. Primeiro, porque esta matéria não foi aventada na inicial da ADPF. Segundo, porque, ainda que tivesse sido, não se trata de assunto de ordem constitucional, mas, sim, aplicação de legislação federal cuja competência é do Superior Tribunal de Justiça. Assim, o Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros julgados, já definiu que a ofensa a direitos fundamentais não se aplicam os prazos do Decreto nº20.910/1932 e do Código Civil, pois, tais pretensões são imprescritíveis o que gera o dever do Estado de indenizar³²⁴. Mas, ainda que caso efetivamente estivessem prescritas, o Estado brasileiro não estaria pagando indenizações para as vítimas da violência estatal, direito inclusive que foi ressaltado como devido em inúmeros votos nesta ação. Afinal, a prescrição pode ser renunciada³²⁵ e, em inúmeras leis, a grande maioria de iniciativa do executivo, verifica-se vontade de não acabar com a discussão sobre o tema. Citem-se: Lei nº 6683/1979, na Emenda Constitucional nº 26/1985 e no ADCT artigos 8º e 9º, Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002 e Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011.

Ainda, o último argumento, de que, ainda que a nossa lei seja revogada por outra, esta última não seria aplicável, pois a lei penal não retroage, salvo para beneficiar o réu, tal argumento perde suporte ante as fundamentações apresentadas sob a ótica do direito internacional.

³²³ Há a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade - 1968, não ratificada pelo Brasil.

³²⁴ STJ, REsp. 529804/PR, 2.ª T., Min. Fux, DJ 24.05.2004, p. 172 e REsp 379414/PR, j. 25.11.2002, rel. Min. José Delgado, DJ 17.02.2003, p. 225. Por todos: "Em casos em que se postula a defesa de direitos fundamentais, indenização por danos morais decorrentes de atos de tortura por motivo político ou de qualquer outra espécie, não há que prevalecer a imposição quinquenal prescritiva".

³²⁵ Código Civil - Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

f) Voto do Ministro Gilmar Mendes

Tal como consta em outros votos, o Ministro Gilmar Mandes defende que a lei de anistia foi o pacto social que se conseguiu para que o país realizasse a transição para democracia. "A anistia ampla e geral representa o resultado de um compromisso constitucional que tornou possível a própria fundação e construção da ordem constitucional de 1988", nas palavras do Ministro. Ademais, "o fortalecimento da Democracia enquanto regime se dá na sua capacidade de resolver os conflitos. E um dos instrumentos de fortalecimento desse ideário é exatamente a formação de uma Constituição pactuada, que proceda à superação de determinado momento crítico." Dessa forma, questiona-se se o Juiz Baltazar Garzón ao determinar a investigação dos crimes perpetrados durante a Ditadura franquista, não teria ele atuado contra o pacto da transição entre o regime autoritário e a democracia. Ressalta, ainda, que talvez deva ser mitigada a noção de poder constituinte originário e derivado, uma vez que, no nosso caso, por exemplo, não houve a ruptura entre regimes.

A nova ordem constitucional não é a ruptura entre os regimes, mas, sim, é uma "Constituição compromisso", que surgiu ante o pacto de forças plurais e antagônicas. Logo, revisar a lei de anistia é romper com este pacto de forma unilateral, sem considerar que foi um período em que ambos os lados, os favoráveis e os contrários ao regime, praticaram crimes. Neste tópico, o Ministro faz a ressalva que não havia equilíbrio de forças entre as partes³²⁶. Ademais, se ambos os lados praticaram crimes, não se pode, através de uma análise jurídica, considerar que um dos lados, ante o objetivo moral da finalidade da ação, praticou atos aceitáveis. O fim ideológico não autoriza a prática do crime.

Dessa forma, em que pese o brilhante voto que se ateve ao caráter político da lei de anistia, ao mencionar que representou um grande passo para a redemocratização do país, deixou o Ministro de abordar os fundamentos de Direito Internacional enunciados na inicial da OAB.

³²⁶ Conforme consta na obra de Elio Gaspari, no ano de 1969, ante o ataque dos contrários ao regime, morreram quinze policiais e quatro cidadãos. Ainda, morreram dezenove militantes de esquerda e as denúncias de tortura eram 1027. Em 1970, morreram 17 pessoas em decorrência dos ataques dos militantes. Em contrapartida, morreram 30 militantes e 1206 denúncias de tortura. Em 1971, os terroristas matam 21 pessoas. Há 30 militantes mortos e 788 denúncias de tortura. Em 1972, há um morto pelos terroristas. Do outro lado, há 58 militantes mortos. Neste mesmo ano, a Anistia Internacional divulga um relatório com 472 torturadores e 1081 torturados. Em 1973, as organizações terroristas executam 5 pessoas. Em dezembro deste mesmo ano foi dissolvida a guerrilha do Araguaia. GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 470-475.

- RESUMO E ANÁLISE CRÍTICA DOS ARGUMENTOS DA POSIÇÃO MAJORITÁRIA

Os votos dos Ministros Eros Grau, Carmen Lúcia, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso e Gilmar Mendes, que não acolheram o pedido do autor, resumem-se nos seguintes argumentos:

- a) a aprovação da lei de anistia, na qualidade de lei, decorreu da ampla participação da sociedade civil. Não é ato normativo unilateral dos detentores de poder que se concederam perdão (autoanistia), mas, sim, apelo da população brasileira que pleiteava por uma anistia ampla, geral e irrestrita. Ademais, não se pode argumentar que o Legislativo constituído por parlamentares não eleitos não representava o povo brasileiro, pois, caso contrário, todas as leis advindas do período ditatorial careceriam de legitimidade e todas teriam que ser excluídas do ordenamento;
- b) acolher o pedido do autor significa romper com o pacto de abertura política lenta, gradual e segura que deu as bases para a redemocratização do país. Ademais, a anistia teve "mão-dupla", isto é, ambos os lados foram perdoados;
- c) ao conceito de crimes conexos que consta no parágrafo 1º da Lei não se aplica o significado das conexões de Direito Penal e Processual Penal. O conceito é metajurídico ou decorrente de uma ordem histórica de concessões de anistias;
- d) acolher o pedido do autor não ocasiona consequências práticas, pois, as penas de todos os crimes praticados pelos agentes estatais estão prescritas, bem como as ações cíveis, salvo as declaratórias;
- e) as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos não são paradigmas para o caso da lei de anistia brasileira, pois, estas tratam de autoanistias. Mas, a lei brasileira é lei e não ato unilateral dos detentores do Poder que se concederam perdão;
- f) à época não havia impedimentos - constitucionais e legais - para conceder a anistia; O Brasil é signatário de inúmeras convenções sobre tortura. Entretanto, todas são posteriores aos fatos praticados durante a Ditadura Militar. A lei penal não pode retroagir, salvo em benefício do réu;
- g) a lei de anistia deve ser alterada por outra lei. Entretanto, ressalva-se que nem neste caso pode-se revogar a anistia, investigar e punir os agentes estatais, pois, a lei penal não pode retroagir, salvo para beneficiar o réu;

h) foi ressalvado que não acolher o pedido não significa vedar o direito de acesso às informações, objeto de outra ação judicial.

Contudo, este trabalho não compartilha com estas teses por causa dos seguintes argumentos:

a) a aprovação da lei de anistia, na qualidade de lei, decorreu da ampla participação da sociedade civil. Não é ato normativo unilateral dos detentores de poder que se concederam perdão (autoanistia), mas, sim, apelo da população brasileira que pleiteava por uma anistia ampla, geral e irrestrita. Ademais, não se pode argumentar que o Legislativo constituído por parlamentares não eleitos não representava o povo brasileiro, pois, caso contrário, todas as leis advindas do período ditatorial careceriam de legitimidade e todas teriam que ser excluídas do ordenamento.

A Lei de Anistia, tal como foi aprovada, não decorreu de um amplo debate da sociedade civil. Ao contrário, a mencionada lei, cujo projeto foi originário do Executivo, teve que ser aprovada exatamente nos termos que este Poder impôs, pois, caso contrário, seria vetada. Em um primeiro momento foi dada a abertura de diálogo à sociedade civil, através do Comitê Brasileiro pela Anistia, do MDB, da OAB, dos sindicatos e confederações de trabalhadores, da CNBB. Bem como as pessoas foram às ruas participar de passeatas, comícios e atos públicos em prol de uma "*anistia ampla, geral e irrestrita*", ressalvando-se que, em momento algum esta bandeira englobava os que praticaram crimes em nome da defesa do regime. Ainda, presos políticos efetivamente fizeram greve de fome em prol da aprovação da lei. Quando o Executivo percebeu que estava diante de uma efetiva abertura de diálogo, enviou o recado: como tinha o poder de veto, ou se aceitava o que tinha sido imposto, ou não se teria qualquer anistia.

Dessa forma, se a interpretação deve ser feita considerando-se o contexto histórico e político da época, tal como se defendeu em vários votos, pode-se concluir que desde já a norma carece de legitimidade. *A prima facie* já se poderia questionar a composição do Parlamento à época que, dividido em dois partidos - ARENA e MDB - sofreu uma manobra política com a Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril de 1977.³²⁷ Assim, em que pese à

³²⁷ Esta determinou que parte dos senadores seriam escolhidos pelo sufrágio do colégio eleitoral Consta no artigo 41, parágrafo 2º, que "na renovação do terço e, para o preenchimento de uma das vagas, na renovação por dois terços, a eleição far-se-á pelo voto direto e secreto, segundo o princípio majoritário. O preenchimento da

época houvesse uma Casa de Leis, onde teoricamente impera o livre debate, no caso da Lei de Anistia, quem tinha a prerrogativa de propor a anistia política já tinha reiterado que também poderia vetá-la, se não viesse tal como apoiada pela situação que detinha o poder.

b) acolher o pedido do autor significa romper com o pacto de abertura política lenta, gradual e segura que deu as bases para a redemocratização do país. Ademais, a anistia teve "mão-dupla", isto é, ambos os lados foram perdoados.

A lei de anistia teve um duplo enfoque: criou os primeiros alicerces para que o país sofresse um processo de transição, tal como proposto pelos detentores de poder, isto é, lenta, gradual e segura. Assim, foi uma lei politicamente importante no processo de redemocratização. Mas, também, a lei teve um viés jurídico penal: a concessão de perdão aos opositores e defensores do regime. Neste tópico, verifica-se que a suposta isonomia que foi difundida não existe: aos opositores do regime, concedeu-se uma anistia restrita, "mesquinha e discriminatória"³²⁸. Aos defensores, total e prévia sem ao menos verificar a responsabilidade individual.

Não se questiona a importância política da lei no processo de redemocratização. Pode ser que sem ela, os detentores de poder não tivessem a segurança necessária da certeza da impunidade para que a transição fosse iniciada. Entretanto, não se pode defender a existência de acordo entre sociedade civil e detentores de poder. Estes fizeram a anistia nos termos que lhe beneficiasse. Ademais, não é porque nossos antepassados erraram que a sociedade está destinada a persistir no erro. Ao contrário, é a análise das ações e consequências do passado que faz com que o homem aja de forma diversa para ter consequências diversas.

c) ao conceito de crimes conexos que consta no parágrafo 1º da Lei não se aplica o significado das conexões de Direito Penal e Processual Penal. O conceito é metajurídico ou decorrente de uma ordem histórica de concessões de anistias.

Quanto à aplicação dos institutos de conexão processuais e materiais, os Ministros tem razão ao defender que não há como se aplicá-los e concluir que houve a anistia recíproca, tal

outra vaga na renovação por dois terços, far-se-á mediante eleição, pelo sufrágio do colégio eleitoral constituído, nos termos do § 2º do artigo 13, para a eleição do Governador de Estado, conforme disposto em lei".

³²⁸ Palavras do Deputado Edison Khair, conforme já consta no capítulo sobre o Contexto Político e Jurídico da Aprovação da Lei de Anistia Brasileira, obtida em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,leia-o-que-os-politicos-disseram-quando-a-anistia-foi-aprovada,423049,0.htm/>> . Acesso em: 20 jan. 2011.

como defendida.³²⁹ Entretanto, não se pode defender que o conceito é metajurídico ou decorrente de uma ordem histórica de concessões de anistias.

Anistia "*ampla, geral e irrestrita*" não significa "*anistia recíproca*". De forma alguma, cogitou-se que a anistia seria recíproca, isto é, além de abranger os que cometeram crimes políticos, também incluiria os agentes estatais que cometeram crimes. A pretensa reciprocidade do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei nº 6683/1979 é muito mais uma crença que foi difundida que a anistia foi recíproca, ao invés, efetivamente, uma conclusão que decorre de interpretação de institutos de direito penal e processual penal. Assim, para fundamentar uma posição que não tem respaldo na legislação, utilizou-se o método histórico de interpretação das leis para defender o que foi difundido à época. Mas, para aplicar tal método e a equiparação que a lei de 1979 foi feita com as leis anteriores desde 1916, seria necessário analisar o contexto político e jurídico da criação de cada lei de anistia citada para verificar se o paradigma é defensável.

d) acolher o pedido do autor não ocasiona consequências práticas, pois, as penas de todos os crimes praticados pelos agentes estatais estão prescritas, bem como as ações cíveis, salvo as declaratórias.

A prescrição é causa de extinção da punibilidade, nos termos do artigo 107, inciso IV, do Código Penal. O maior prazo prescricional in abstracto é vinte anos, nos termos do artigo 109, I, do Código Penal. Os agentes estatais praticaram vários crimes: sequestro e cárcere privado, homicídio, lesão corporal, ocultação de cadáver, estupro, abuso de autoridade entre outros. Analisando apenas sob o prisma da legislação interna, pode-se argumentar que os crimes permanentes, tal como o sequestro e cárcere privado, em que a vítima (viva ou morta) até a presente data não tenha aparecido, não pode ser atingido pela prescrição, eis que esta somente começa a contar do dia que cessou a permanência. Portanto, o argumento de que todos os crimes - sem exceção - estariam prescritos, não é verdadeiro. Esta análise deve ser feita caso a caso, tal como já ocorreu na decisão de recebimento de denúncia oferecida em face de Sebastião Curió Rodrigues de Moura, proferida pela Juíza Federal Nair Conrado Pimenta de Castro, Seção do Pará, Subseção Marabá, proferida nos autos n.º 1162-79.2012.4.01.3901, EM 29 DE AGOSTO DE 2012³³⁰.

³²⁹ Sobre as conexões de Direito Penal e Processo Penal, vide o capítulo deste trabalho denominado Lei de Anistia Brasileira - divergências interpretativas.

³³⁰ O inteiro teor da decisão segue nos anexos do presente trabalho.

Sob a ótica de direito internacional, não há prescrição em casos de crimes contra a humanidade. A Resolução nº 3.074³³¹, de 3 de dezembro de 1973, da Assembleia Geral da ONU determinou a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, bem como o jus cogens.

Da mesma forma, não há como defender a prescrição das ações cíveis de forma genérica e abstrata. Primeiro, porque esta matéria não foi aventada na inicial da ADPF. Segundo, porque, ainda que tivesse sido, não se trata de assunto de ordem constitucional, mas, sim, aplicação de legislação federal, cuja competência é do Superior Tribunal de Justiça que, em inúmeros julgados, já definiu que a ofensa a direitos fundamentais não se aplicam os prazos do Decreto nº 20.910/1932 e do Código Civil, pois, tais pretensões são imprescritíveis o que gera o dever do Estado de indenizar³³². Mas, ainda que efetivamente estivessem prescritas, o Estado brasileiro não estaria pagando indenizações para as vítimas da violência estatal, direito inclusive que foi ressaltado como devido em inúmeros votos nesta ação. Afinal, a prescrição pode ser renunciada³³³ e, em inúmeras leis, a grande maioria de iniciativa do Executivo, verifica-se vontade de não acabar com a discussão sobre o tema. Citem-se: Lei nº 6683/1979, na Emenda Constitucional nº 26/1985 e no ADCT artigos 8º e 9º, Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002 e Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011.

e) as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos não são paradigmas para o caso da lei de anistia brasileira, pois, estas tratam de autoanistias. Mas, a lei brasileira é lei e não ato unilateral dos detentores do Poder que se concederam perdão.

Quanto ao argumento que não se trata de autoanistia, pois não foi concedida através de ato institucional ou qualquer tipo de ato unilateral, entendo que algumas ressalvas devem ser feitas. Primeira, a falta de participação popular na composição e aprovação da lei de anistia. Obteve-se o possível e não o desejável. Segundo, as decisões das cortes internacionais não

³³¹ Tradução livre. Principles of international cooperation in detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity. "1. War crimes and crimes against humanity, wherever they are committed, shall be subject to investigation and the persons against whom there is evidence that they have committed such crimes shall be subject to tracing, arrest, trial and, if found guilty, to punishment".

³³² STJ, REsp. 529804/PR, 2.ª T., Min. Fux, DJ 24.05.2004, p. 172 e REsp 379414/PR, j. 25.11.2002, rel. Min. José Delgado, DJ 17.02.2003, p. 225. Por todos: "Em casos em que se postula a defesa de direitos fundamentais, indenização por danos morais decorrentes de atos de tortura por motivo político ou de qualquer outra espécie, não há que prevalecer a imposição quinquenal prescritiva".

³³³ Código Civil - Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

fazem a distinção sobre a forma como a anistia é concedida - se através de lei (teoricamente que decorre da participação popular) ou ato administrativo unilateral criado e aprovado pelos detentores de poder.

No caso *Barrios Altos versus Peru*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos invalidou as leis de anistias peruanas. Considerou a Corte que tais leis ferem o direito internacional e especificamente inúmeros artigos da Convenção Americana de Direitos do Homem, dentre eles, 1³³⁴, 2³³⁵, 8³³⁶, e 25³³⁷. Da mesma forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou no caso: *Almonacid Arellano versus Chile*; *La Cantuta versus Peru*, *Caso Araguaia versus Brasil*.³³⁸ A Corte não faz distinção se a anistia foi concedida através de lei ou ato unilateral do executivo. Em ambos os casos, há o reconhecimento da incompatibilidade com os tratados de direitos fundamentais.

³³⁴ Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos - 1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

³³⁵ Artigo 2. 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.

³³⁶ Artigo 8. Garantias judiciais - 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

³³⁷ Artigo 25. Proteção judicial - 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

³³⁸ Tais decisões serão tratadas em capítulos próprios.

Há, também, decisões reconhecendo a incompatibilidade de leis de autoanistia em relação à legislação e jurisprudência internacional no sistema global da ONU. Cite-se, por exemplo, a decisão proferida pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, de 10 de dezembro de 1998, no caso *Acusação versus Anto Furundija*, que reconheceu a invalidade de leis de anistia frente ao direito internacional.

f) à época não havia impedimentos - constitucionais e legais - para conceder a anistia. O Brasil é signatário de inúmeras convenções sobre tortura. Entretanto, todas são posteriores aos fatos praticados durante a Ditadura Militar. A lei penal não pode retroagir, salvo em benefício do réu.

Em 1979, o Brasil já era signatário dos seguintes Tratados: (a) Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1968) - 27 de março de 1968 e (b) Convenção sobre a eliminação do crime de genocídio (1948), 06 maio de 1952. Ainda, já estava em vigor a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948, e o Estatuto do Tribunal de Nuremberg, ratificada pela Organização das Nações Unidas, em 11/12/1946³³⁹, através da Resolução número 95 da Assembléia Geral.

A Declaração da ONU dos Direitos do Homem e do Cidadão não é um tratado, uma vez que não seguiu o procedimento de criação de tratados, inclusive, não houve a ratificação dos estados. A sua aprovação decorreu da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948, através de resolução. Entretanto, em que pese a Declaração não tenha a força vinculante decorrente da natureza dos tratados, a sua força normativa é originária do *jus cogens*. A Declaração é o texto primário, a interpretação mínima necessária do que sejam os direitos do homem e suas liberdades. A universalidade é abrangente, não gera exclusões e cria nas pessoas a sensação de inclusão, isto é, o universal é, ao mesmo tempo, de todos e de cada um.

Assim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é a "ética universal em relação à conduta dos Estados no que tange à proteção internacional dos direitos humanos".³⁴⁰ Trata-se de norma imperativa de Direito Internacional geral ou *jus cogens* cujas determinações são obrigatórias porque não podem ser revogadas por ato de vontade das partes.

Portanto, a nossa Constituição de 1969 não tinha qualquer vedação à concessão de

³³⁹ Nota-se que tais princípios são anteriores à Ditadura no Brasil (1964 a 1985).

³⁴⁰ Mazzuoli, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 907.

anistia. Mas, nas normas internacionais, as quais o Brasil se vinculava, havia. Não podia o país, ainda que sob o pretexto de unificação pacífica, ter adotado a postura que se adotou com a lei aprovada. Verifica-se que no regime ditatorial foram violados inúmeros dispositivos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Cidadão, dentre eles:

Artigo II - Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo III - Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo V - Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo VII - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo IX - Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo XIX - Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Artigo XXI - 1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país. 3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Artigo XVIII - Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Além disso, quando a lei de anistia foi aprovada, em 1979, já havia a expressa punição dos crimes contra a humanidade, pois, o Estatuto do Tribunal de Nuremberg e as suas decisões compõem os Princípios de Nuremberg, que também são reconhecidos como *ius cogens*. Os Princípios determinam que são puníveis como crimes, segundo as leis internacionais, os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade. Estes últimos referem-se a:

O assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação e qualquer outro ato desumano contra a população civil, antes ou durante a guerra, ou a perseguição por motivos religiosos, raciais, ou políticos, quando estes atos de perseguição tem conexão com qualquer crime contra a paz ou qualquer crime de guerra, violadores

ou não da lei nacional onde o crime foi praticado³⁴¹.

Ainda, a Comissão de Direito Internacional da ONU definiu, em 1950, que os crimes contra a humanidade se distinguem em duas categorias: a) o assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação e qualquer outro ato desumano contra a população civil. Nestes, os crimes contra a humanidade podem ser perpetrados antes e durante uma guerra e b) a perseguição pode ser por motivos religiosos, raciais, ou políticos. Tais crimes podem ser cometido contra qualquer população civil, ainda que contra a população do próprio país do perpetrador³⁴².

O desaparecimento de pessoas, a tortura, o homicídio, as detenções ilegais, as lesões corporais e outros crimes praticados por agentes estatais violaram expressamente a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e os Princípios de Nuremberg. A sua observância era obrigatória pelo estado brasileiro, pois, ainda que não fossem tratados, eram regras jus cogens.

Ademais, o estado não pode invocar norma interna para não cumprir um tratado, tal como determina o artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.³⁴³ O simples fatos do Brasil se negar a instaurar procedimento para investigar os fatos já configura violação de inúmeros tratados internacionais.

g) a lei de anistia deve ser alterada por outro lei. Entretanto, ressalva-se que nem neste caso pode-se revogar a anistia, investigar e punir os agentes estatais, pois, a lei penal não pode retroagir, salvo para beneficiar o réu.

No tocante ao argumento que não cabe ao Poder Judiciário criar lei e, sim, somente interpretá-la e, portanto, qualquer conteúdo normativo diverso do que foi difundido deve advir do legislativo, deve-se fazer algumas ressalvas. Primeiro que, em nenhum momento, a inicial da OAB pretendeu a produção legislativa pelo Poder Judiciário. Apenas se requereu uma interpretação conforme a Constituição, uma vez que o que foi difundido não tem substrato do Direito Penal, no Direito Processual Penal e na nova ordem constitucional. Ressalve-se, ainda que não tem substrato nos tratados e convenções de Direitos Humanos e na jurisprudência da

³⁴¹ STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. **International Human Rights in Context: Law, politics, morals**. New York: Oxford University Press, 2000. p. 116-117.

³⁴² ONU, Yearbook of the Internacional Law Comission, 1950, vol. II. Obtido no site <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/yearbooks.htm>. Acesso em: 17 fev. 2011.

³⁴³ Artigo 27 - Direito Interno e Observância de Tratados - Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme posição da própria OAB e de alguns autores³⁴⁴. Ademais, os próprios exemplos citados pelo Relator revelam que os países vizinhos reconheceram, através de decisões judiciais, a inconstitucionalidade ou, em alguns casos, a inconveniência das leis de anistia internas em face de legislação e jurisprudência internacional de proteção do homem. Logo, o Poder Legislativo em tais países pode ter criado, posteriormente, uma lei com disposição diversa em relação à lei de auto-anistia. Mas, o Poder Judiciário não se absteve de julgar, tal como mencionado nos próprios exemplos citados pelo Relator de casos ocorridos no Chile e no Uruguai.

5.4.3 Julgamento no STF - argumentos da posição minoritária contrária à recepção da lei de anistia pela constituição federal de 1988

h) Voto do Ministro Ayres Britto

O Ministro iniciou o seu voto defendendo que

no indivíduo, o perdão é virtude.(...) a anistia é um perdão, mas é um perdão coletivo. (...) E para a coletividade perdoar certos infratores, é preciso que o faça por modo claro, assumido, autêntico, não incidindo jamais em tergiversação redacional, em prestidigitação normativa, para não dizer em hipocrisia normativa.

Assim, defende o Ministro que a anistia (perdão coletivo) somente pode ser considerada quando clara, indene de dúvida, e tal requisito não consta na lei analisada. Não se pode concluir que os agentes estatais que praticaram crimes conexos aos políticos também foram anistiados, eis que não há interpretação que embase tal conexão. O método histórico de interpretação não é para se aplicar de início eis que, primeiramente, aplica-se o literal, lógico, teleológico e o sistemático. Portanto, não se pode concluir que a a anistia foi ampla, geral e irrestrita para incluir os que praticaram crimes terríveis, como tortura, homicídio, estupro em na defesa do regime. Ante tal fundamentação, o pedido foi julgado parcialmente procedente para que seja excluído do texto qualquer interpretação que signifique estender anistia aos crimes previstos no inciso XLVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, isto é, homicídio, tortura, estupro e crimes hediondos.

³⁴⁴ Dentre eles, cita-se os seguintes autores: Flavia Piovesan, André de Carvalho Ramos, Marlon Alberto Weichert, Inês Virgínia do Prado Soares e outros.

Verifica-se, portanto, que o Ministro não analisou os tratados de proteção dos direitos do homem e nem as decisões da Corte Interamericana de Justiça para fundamentar a sua decisão. Utilizou como paradigma a Constituição Federal que veda a concessão de anistia para determinados crimes. Com razões diferentes, o Ministro concluiu o mesmo que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, isto é, que para determinados crimes não há anistia.³⁴⁵ Entretanto, não se pode concluir se esta posição do Ministro seria a mesma se da lei de anistia fosse possível deduzir uma interpretação tecnicamente sustentável aplicando-se os institutos de direito penal e processo penal.

i) Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro esclarece que a lei de anistia não foi fruto de “*um contexto de concessões mútuas*”. Ao contrário, o regime tinha perdido as suas bases econômicas de sustentação ante a crise do petróleo, em 1973, que ocasionou o aumento do preço do produto, o endividamento do país, o controle de preços e salários, a recessão e o aumento de desemprego. Ademais, aliados aos problemas econômicos, a sociedade civil clamava por mudanças no regime. A sociedade internacional denunciava os abusos cometidos pelo regime e demandava soluções. Ante tal contexto, o General Geisel anuncia uma abertura lenta e gradual e uma de suas primeiras medidas foi o envio do projeto de lei de anistia. Após, segue-se a convocação da assembléia constituinte.

A lei de anistia caracteriza-se pela falta de técnica na sua redação. Como bem ressaltou o Ministro, através da sua interpretação, não é possível concluir nenhuma hipótese de conexão de direito material ou de direito processual. Para tanto, inicia o Ministro relatando as inúmeras hipóteses de conexão de direito material e processual. Após, ressalta que o crime de tortura somente foi formalmente tipificado com a Lei nº 9455/1997. Entretanto, mesmo antes da lei, a sua prática já era condenável, inclusive durante o regime ditatorial. Ressalta, também, os inúmeros outros diplomas legais, tais como, a lei que tipifica os casos de abuso de autoridade, os Códigos Penais Militares de 1944 e 1971 e inúmeros dispositivos do Código Penal em que é possível subsumir a conduta dos agentes de estado que, na suposta defesa de seu regime, praticaram crimes. Ainda que se cogitasse que o país vivia uma guerra interna, “mesmo assim

³⁴⁵ Esta conclusão é do autor André de Carvalho. Crimes da Ditadura Militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: **Crimes da Ditadura Militar**: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Luiz Flavio Gomes, Valério de Oliveira Mazzuoli (organizadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 183.

os agentes estatais estariam obrigados a respeitar os compromissos internacionais concernentes ao direito humanitário, assumidos pelo Brasil desde o início do século passado”.

Após, o Ministro aborda o conceito de crime político, bem como a conexão destes com crimes comuns.³⁴⁶ Ressalta que o conceito de crime político foi criada pelo Supremo nos inúmeros casos de julgamento de pedido de extradição. Há o crime político próprio, absoluto ou puro, isto é, ações cujo objetivo é alterar a personalidade do estado, afetar a ordem político e social; e o relativo ou misto, que causa uma lesão jurídica de índole comum, em que pese a motivação seja política. Assim, quando há conexão entre crimes políticos próprios ou impróprios, deve-se adotar o critério da preponderância da finalidade política e o da atrocidade dos meios. Assim, deve ser analisado caso por caso (*case by case approach*) para verificar se é crime político ou crime comum.

Ainda, cita o ministro a Observação Geral nº 31 do Comitê de Direitos Humanos da ONU ao ressaltar a obrigação do Brasil em investigar e punir os responsáveis pelas violações dos direitos humanos consagrados no Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos. Citou, também, alguns casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, dentre eles os casos Goiburu e outros, Ximenes Lopes, Baldeon Garcia, Massacre de Pueblo Bello e Massacre Mapiripan. Assim, os estados partes da Convenção Americana sobre sobre Direitos Humanos “têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, obrigação que nasce a partir do momento da ratificação de seu texto,” sob pena do Brasil ser responsabilizado internacionalmente.

Dessa forma, o Ministro julgou parcialmente procedente para dar ao parágrafo 1º do artigo 1º da Lei nº 6683/1979 interpretação conforme para que os agentes do Estado não sejam considerado automaticamente anistiados, pois, cabe ao juiz, na sistemática de cada caso (*case by case approach*), utilizando-se os critérios da preponderância da finalidade e da atrocidades dos meios, concluir se há crime político ou comum e, neste último caso, determinar a persecução criminal.

O Ministro Lewandowski foi o único que adotou uma posição coerente com a fundamentação de Direito Internacional. Primeiramente, ele ressalta, tal como já abordado em outro tópico, a falta de participação social na aprovação da lei de anistia. Como ele bem ressalta, a lei não foi fruto de "*um contexto de concessões mútuas*". Tal como já analisado em outro capítulo e mencionado nos comentários do voto da Ministra Carmen Lúcia, a lei de anistia aprovada foi a possível e não a ideal. Efetivamente, em um primeiro momento, houve

³⁴⁶ Sobre este tópico, vide outro capítulo desta obra que aborda o conceito de crime político na visão do STF, os elementos para que seja caracterizado como tal e a conexão com os crimes comuns.

a tentativa de abertura de diálogo com a população civil. Entretanto, quando o Executivo percebeu que estava perdendo o controle da situação, anunciou que o projeto de lei de anistia deveria ser aprovado tal como enviado ou, caso contrário, seria vetado. Assim, era melhor ter algo do que nada, pois, como bem ressaltou o Relator, havia sido criado na população a expectativa em torno da lei, presos em greve de fome aguardavam a sua aprovação.

Neste sentido, manifestou-se o Ministro Sepúlveda Pertence, à época o Conselheiro da OAB e autor do relatório sobre o projeto de lei, aprovado pelo Conselho Federal da OAB. Recentemente o Ministro concedeu entrevista à Revista Carta Maior, onde afirmou que, juntamente com o Raphael de Almeida e o Senador Teotônio Vilela, procuraram identificar emendas ao projeto de lei cuja aprovação fosse viável e aumentasse o rol de anistiados políticos. Afirmou o Ministro Sepúlveda que a anistia recíproca que supostamente constava no parágrafo 1º da lei era inegociável e, diante disso, tentavam encontrar formas de tornar a anistia mais ampla aos supostos terroristas ante as restrições do parágrafo 2º.³⁴⁷ Era um momento de início de abertura que somente se concretizaria se fosse nos termos dos que detinham o poder: "*lenta, gradual e segura.*" Assim, era moeda inegociável a segurança para a abertura que se traduzia, entre outras necessidades, na impossibilidade dos defensores serem responsabilizados por atos cometidos na defesa do regime até porque, nas palavras do Ministro, "a violência da repressão política foi tolerada - quando não estimulada, em certos períodos, pelos altos escalões do Poder"³⁴⁸. Portanto, todos deveriam ser responsabilizados pelos crimes cometidos, não apenas os executores das ordens.

Como ressaltou o Ministro a prática da tortura é condenável há muito tempo, muito antes das Convenções da ONU (1984) e da OEA (1985) de combate à tortura. Nem estado de guerra justifica a prática da tortura porque, primeiro, nada a justifica, como afirmou o Ministro Ayres Britto e, ademais, o Brasil assumiu compromisso de direito humanitário, em 04/02/1914, quando através do Decreto nº 10.719 ratificou a Convenção de Haia sobre Guerra Terrestre (1907)³⁴⁹.

No tocante às decisões da Corte Interamericana, ao contrário dos demais Ministros que tentaram descaracterizar o paradigma ao afirmar que a Corte faz a ressalva entre anistia e autoanistia, a primeira, como decorre de acordo, é compatível com as convenções; a segunda, ato unilateral, não, o Ministro não faz qualquer ressalva, pois, efetivamente, a Corte não faz

³⁴⁷ Informações obtidas no site <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/PNDH-3-e-fiel-a-Constituicao-diz-Sepulveda-Pertence/4/15254/>>. Acesso em: 7 nov. 2013.

³⁴⁸ Parecer da OAB número 415/GP, de 15 de agosto de 1979, enviado pelo Presidente da OAB ao Senador Luiz Viana Filho.

³⁴⁹ Promulgado através do Decreto nº 10.719, de 04/02/1914.

exceções. Todas as leis de anistia são incompatíveis com os tratados de direitos fundamentais, pois, obstam o dever de investigar dos Estados, o dever de processar e punir e o direito das vítimas em ter informações e justiça.

Assim, ante tal linha de raciocínio, entende o Ministro que cada caso deve ser apurado e investigado (*case by case approach*) adotando-se os parâmetros do STF sobre o conceito de crime político. Deve-se fazer a efetiva distinção entre os crimes políticos e os comuns para que, neste último caso, a anistia não seja aplicada. Portanto, o Ministro Ricardo Lewandowski foi o único que efetivamente utilizou-se da fundamentação de Direito Internacional para julgar o caso.

- RESUMO E ANÁLISE CRÍTICA DOS ARGUMENTOS DA POSIÇÃO MINORITÁRIA

Os votos dos Ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandowski, que acolheram o pedido do autor, resumem-se nos seguintes argumentos:

a) A anistia (perdão coletivo) somente pode ser considerada quando clara, indene de dúvida, e tal requisito não consta na lei brasileira de 1979. Ademais, não houve a aprovação de uma lei de anistia tal como era defendida pela sociedade civil, mas, sim, a lei determinada pelo Executivo. A lei não foi fruto de "*um contexto de concessões mútuas*".

Tal argumento, tal como já constou no primeiro capítulo deste trabalho, está correto. A aprovação da lei concedendo a anistia recíproca não foi uma demanda da sociedade civil, mas, sim, uma imposição dos militares que objetivavam fazer a transição "lenta, gradual e segura." Portanto, ao contrário do que foi defendido pelo Relator Ministro Eros Grau, não se trata de fruto de uma composição social, mas, sim, de uma imposição estatal.

b) Não se pode concluir que os agentes estatais que praticaram crimes conexos aos políticos também foram anistiados, eis que não há interpretação que embase tal conexão. Não é possível concluir nenhuma hipótese de conexão de direito material ou de direito processual.

Tal como já foi analisado neste trabalho no tópico sobre as divergências interpretativas, não há como se defender uma interpretação técnica sobre o alcance da lei de anistia aos agentes que defenderam o regime. Não há como aplicar as regras de conexão material ou processual e concluir que efetivamente há conexão entre o crime praticado pelo denominado subversivo político e o agente estatal.

c) Como ressaltou o Ministro Lewandowski, a prática da tortura é condenável há muito tempo, muito antes das Convenções da ONU (1984) e da OEA (1985) de combate à tortura. Nem estado de guerra justifica a prática da tortura porque, primeiro, nada a justifica, como afirmou o Ministro Ayres Britto e, ademais, o Brasil assumiu compromisso de direito humanitário, em 04/02/1914, quando através do Decreto nº 10.719 ratificou a Convenção de Haia sobre Guerra Terrestre (1907).

O crime de tortura somente foi formalmente tipificado no ordenamento interno com a Lei nº 9455/1997. Entretanto, mesmo antes desta, a sua prática já era condenável, inclusive durante o regime ditatorial. Ressalta, também, os inúmeros outros diplomas legais, tais como, a lei que tipifica os casos de abuso de autoridade, os Códigos Penais Militares de 1944 e 1971 e inúmeros dispositivos do Código Penal em que é possível subsumir a conduta dos agentes de estado que, na suposta defesa de seu regime, praticaram crimes. Ainda que se cogitasse que o país vivia uma guerra interna, “mesmo assim os agentes estatais estariam obrigados a respeitar os compromissos internacionais concernentes ao direito humanitário, assumidos pelo Brasil desde o início do século passado”.

d) Todas as leis de anistia que perdoam crimes contra a humanidade, de genocídio e de guerra são incompatíveis com os tratados de direitos fundamentais, pois, obstam o dever de investigar dos Estados, o dever de processar e punir e o direito das vítimas em ter informações e justiça. Assim, as Cortes internacionais não fazem a distinção quando se trata de lei de anistia, o que teoricamente decorre da aprovação do congresso e possui apoio popular, das anistias concedidas através de decretos do executivo. Todas são ineficazes perante o ordenamento jurídico internacional pela simples razão que determinados crimes não são perdoáveis, tais como os crimes contra a humanidade, os de guerra e o de genocídio.

5.5. JULGAMENTO DA ADPF Nº153 PELO STF VERSUS JULGAMENTO DO CASO GOMES LUND PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: RESULTADOS OPOSTOS OU COMPATIBILIZAÇÃO POSSÍVEL - CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Analisou-se em outro capítulo que o resultado do julgamento da ADPF nº 153 pelo Supremo Tribunal Federal, apenas há alguns poucos meses antes do julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos do caso Gomes Lund, foi aparentemente oposto a este. O Supremo Tribunal Federal, em que pese a decisão ainda não tenha transitado em julgado, concluiu que a Lei nº 6683/1979 é compatível com a Constituição Federal. Portanto, a interpretação que se defende, isto é, o perdão de torturados e torturadores está correta, pois, foi este exatamente o objetivo da lei. Ainda, que seja impossível chegar a esta conclusão através de interpretação técnica utilizando-se os institutos de direito penal e processo penal, diante da análise histórica de todas as anistias concedidas no Brasil durante períodos de transição de regimes, concluiu-se que o objetivo da lei e do legislador foi efetivamente anistiar a todos. Assim, sob a bandeira de "anistia ampla, geral e irrestrita", que surgiu dos Comitês Brasileiros de Anistias para se referir aos perseguidos políticos e, nunca, aos agentes estatais, difundiu-se a idéia do perdão recíproco, não defendido pela sociedade civil.

Ademais, defendeu o Supremo Tribunal Federal, principalmente através do voto do Ministro Gilmar Mendes, que a lei de anistia lançou as primeiras pilastras para que fosse possível o início do processo de redemocratização. Sem a lei de anistia, não se teria tido a abertura política "*lenta, gradual e segura*" e hoje não se poderia estar discutindo livremente a presente matéria. Portanto, romper com a lei de anistia, isto é, dar-lhe outra interpretação, é acabar com o acordo político que foi feito entre as gerações passadas e as futuras. Assim, o Supremo Tribunal Federal, com a composição que havia à época, defendeu a constitucionalidade da lei.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao contrário, ao julgar o Caso Gomes Lund versus Brasil, tal como já foi analisado em outro capítulo, entendeu que os estados não podem se utilizar de leis internas para impedir a investigação, apuração dos fatos e responsabilização dos culpados que violaram direitos fundamentais. Qualquer medida interna obstrutiva de reconstrução histórica, investigação dos fatos e penalização dos responsáveis é incompatível com a ordem jurídica internacional, pois, viola inúmeros tratados e, principalmente, o jus cogens. Crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de genocídio

nunca podem ser perdoados, pois, os estados não podem alegar normas internas para deixar de cumprir as internacionais, uma vez que todos tem a obrigação de compatibilizar o seu ordenamento jurídico sob o enfoque internacional.

Dessa forma, teor da decisão da Corte Interamericana já era esperado uma vez que seguiu a sua linha de entendimento já proferida em outras decisões. Novidade foi a decisão do STF, que ainda não tinha se manifestado sobre o caso. Portanto, poder-se-ia questionar por quais preferiu o STF julgar a ADPF sem aguardar o julgamento do caso *Gomes Lund* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos? O julgamento da ADPF ocorreu em 24 de abril de 2010; o da Corte Interamericana, em 24 de novembro de 2010. Não teria sido mais prudente aguardar o julgamento pela Corte Interamericana até para que se evitasse decisões conflitantes? Não deveria a Corte nacional ter sobrestado o feito até o julgamento pela interamericana? Eis algumas questões a refletir, pois, o resultado do julgamento proferido pelo STF e o da Corte Interamericana possui uma aparente conflituosidade e resta analisar como compatibilizar os dois sistemas normativos.

Primeiramente, e isto é óbvio, não pode o Brasil, sob a justificativa de soberania interna desconsiderar e deixar de aplicar a decisão internacional. Participar de uma comunidade internacional tem os seus ônus e bônus. Assim, os estados, quando optam por inserir-se num sistema jurídico internacional, têm plena consciência que terão direitos e obrigações. Estes devem ser respeitados, tanto quanto aqueles podem ser exercidos. Não se pode defender que, para se exercer os direitos, os estados se sintam livres e, ao cumprir as obrigações, retoricamente apresentem argumentos para desrespeitá-los, tal como a ofensa à própria soberania. Afinal, a *ratio* do direito internacional protetivo do ser humano é efetivamente a limitação da soberania interna. Após, a Segunda Guerra, quando as atrocidades foram reveladas ao mundo, concluiu-se que a forma como os estados tratam os seus nacionais não é uma questão interna *corporis* e, sim, ultrapassa as fronteiras físicas e políticas, para que, sob uma ótica internacional a ser respeitada por todos, fosse defendido um grau protetivo mínimo, um piso de direitos e garantias a todos os homens. Portanto, os tratados de direitos fundamentais limitam o exercício interno de poder, inclusive o poder constituinte originário.

Dessa forma, pode-se concluir que tratados são ratificados para serem respeitados. Não podem os estados, ratificá-los e simplesmente não cumpri-los. Primeiro, porque é uma questão de boa-fé, isto é, as pessoas celebram contratos para respeitá-los e, da mesma forma, os estados celebram tratados. Assim, como consta no Código Civil as causas de nulidade contratual, tais como, erro ou ignorância, dolo, coação; na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados consta erro, dolo, corrupção e coação de representante de Estado. Tal como

contratos, tratados existem para serem respeitados, pois, a sua celebração gera uma expectativa - de fato e de direito - perante os demais membros da comunidade internacional, bem como perante os indivíduos.

Segundo, porque é uma questão de princípio geral de direito internacional, isto é, estados celebram tratados para cumpri-los, ainda que o conteúdo seja conflitante com as normas de direito interno. O artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados determina que "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado". Assim, o "estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados," nos termos do artigo 46 da mesma Convenção. Esta regra apresenta a exceção, no mesmo artigo, quando "a violação é manifesta e se refere a norma de seu direito interno de importância fundamental", isto é, "objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé." Logo, normas internas que conflitam com os tratados não podem ser aplicadas. Elas devem ser revogadas obedecendo-se o procedimento legislativo interno ou, ao se adotar os métodos de interpretação, devem consideradas sem aplicabilidade (quer sob a justificativa de que não possuem validade, eficácia, nulidade etc).

Importante assinalar, ainda, tal como ocorre no Direito Civil, quais objetos são passíveis de celebração de tratados, isto é, quais matérias podem ser regulamentadas pela disposição de vontade dos estados partes celebrantes. Verifica-se, assim, que a competência para regulamentar uma determinada matéria através de tratados não é livre, como se houvesse, na esfera internacional, um "*poder constituinte limitado*", uma vez que, como prescreve o artigo 53 da Convenção de Viena sobre Tratados³⁵⁰, as normas do tratado possuem como limite as normas imperativas de direito internacional geral ou *jus cogens*. Assim, é nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral", isto 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".

³⁵⁰ Determina o artigo 53 da Convenção de Viena: "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.

O *jus cogens* limita o poder legislativo internacional como se aquele fosse o poder originário limitante dos demais. Mas, não apenas isso, o *jus cogens* exerce limitações dentro dos estados, uma vez que estes não podem, em seu âmbito interno, como decorrência do exercício da soberana, ferir tais normas. Tal como já foi abordado em outro tópico, algumas regras internacionais, tal como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em que pese não sejam tratados, possuem força coercitiva aos estados, por inúmeros motivos, são regras *jus cogens*³⁵¹.

Assim, o sistema internacional é limitado pelos tratados de proteção dos direitos humanos e, também, por normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*). O sistema jurídico interno, até então representado pela figura piramidal, adquire novo contorno uma vez que, fontes normativas internacionais devem informá-lo e conformá-lo. As suas fronteiras passam a ser a Constituição, os tratados de direitos humanos e o *jus cogens*. O poder do estado, que internamente somente tinha os seus limites dentro da própria ordem constitucional, adquire novas fronteiras com o padrão protetivo internacional. Tem-se a internalização ou constitucionalização do direito internacional. Ademais, em que pese a proteção seja global, a sua aplicação é local. Portanto, esse diálogo de fontes é importante para que mais forte se torne a efetividade de proteção dos direitos do homem³⁵².

Essa abertura de fontes normativas ocasiona, também, uma nova ótica de controle. Até então a Constituição dos estados era o seu ápice, a ponta da pirâmide, o fundamento de validade de todas as normas que lhe seguiam, inclusive as próprias normas constitucionais decorrentes do poder constituinte derivado. O sistema normativo dos estados tem como pilastra a sua constituição, fundamento de validade das demais normas. Estas somente são válidas se compatíveis com a lei maior. As incompatíveis, não devem nem ser criadas e, caso isto ocorra, devem ser excluídas do sistema normativo. Assim, as constituições são as pilastras de todo o sistema normativo e, também, o filtro que seleciona as normas que lhe integram e as que devem ser excluídas. Mas, também, a constituição representa a lente que o intérprete deve utilizar ao aplicar (interpretar) a lei para que se obtenha um texto compatível com a lei maior e que este dê a máxima efetividade de concretização dos valores e princípios constitucionais.

³⁵¹ Vide tópico sobre comentários aos votos da ADPF n° 153, especificamente os comentários ao voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso.

³⁵² Há autores, tal como Flávia Piovesan, que defendem a internacionalização dos direitos humanos e humanização do direito internacional. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Entretanto, o novo sistema inclui não apenas as constituições internas, mas, também, as normas internacionais de direitos humanos e as normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*). As fontes internas e as internacionais não devem atuar em conflito e nem sob o critério de superioridade, mas, sim, conjuntamente para que se dê a máxima efetividade de proteção do homem. Afinal, o direito internacional representa o piso protetivo mínimo a que todos os estados estão vinculados. Não é o teto da garantia, até porque nem haveria como se estabelecer o teto máximo que pode, a todo o instante, ser superado, dependendo do grau de desenvolvimento dos estados, da maturidade da democracia, das políticas públicas adotadas, da capacidade orçamentária entre outros fatores³⁵³. Mas, sim, a garantia mínima, o ponto de partida. Portanto, normas internas mais benéficas de forma alguma podem ser consideradas revogadas pelas internacionais, pois, o critério a ser adotado não é a superioridade das fontes (interna e internacional), mas, sim, a superioridade da proteção dada pela norma, quer nacional, quer internacional³⁵⁴.

Assim, verificada a existência de novas fontes, surge, por outro lado, novas formas de controle, pois, a constituição interna deixa de ser o único paradigma para se aliar aos tratados de direitos fundamentais e às normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*). Logo, a norma que conflita com a constituição interna do estado é inconstitucional e a norma que conflita com a convenção ou tratado que tutela os direitos humanos, inconvenção.

Aquela deve ser excluída do sistema jurídico interno ante a sua incompatibilidade com a constituição; a última também deve ser excluída do sistema jurídico interno, ante a sua incompatibilidade com os tratados de direitos humanos e *jus cogens*. Surge, assim, ao lado do controle de constitucionalidade, o de convencionalidade que deve ser exercido por executivo, legislativo e judiciário em seu âmbito interno. Afinal, a aplicabilidade de normas protetivas de direito humanos ocorre na esfera local.

O controle de convencionalidade, tal como ressaltado por Valerio Mazzuoli é um tema novo na nossa doutrina. Resumidamente, Mazzuoli afirma que há três correntes que conceituam de forma diversa o controle de convencionalidade. Uma delas, integrada

³⁵³ Inclusive, no tocante a tal tópico, isto é, a superação do grau protetivo mínimo que é garantido pelo sistema internacional pelos sistemas nacionais, deve-se que englobam os direitos civis e políticos, bem como os econômicos, sociais e culturais. Não basta o estado tutelar de forma mais efetiva as liberdades individuais e aumentar as assimetrias econômicas e culturais. Sobre este tema, vide sobre este tema o capítulo 2 da obra de PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁵⁴ Nas palavras de André de Carvalho Ramos, "a primazia da norma mais favorável". RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos. In: RAMOS A. de C. **Processo internacional de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 146 e seguintes.

principalmente por Andre de Carvalho Ramos³⁵⁵, aborda, a responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos, quando as normas internacionais de proteção do homem são confrontadas pelas internas. Assim, cabe ao Poder Legislativo fazer um controle prévio da convencionalidade da norma que vai ser legislada para evitar conflitos com os tratados, sob pena do país ser responsabilizado internacionalmente. Outra corrente, representada pela Flavia Piovesan³⁵⁶, denomina controle de convencionalidade a análise da compatibilidade das normas internas em face de convenções e tratados internacionais realizada pelos mecanismos internacionais, tal como, a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por último, Valerio Mazuolli³⁵⁷ ineditamente conceitua o controle de convencionalidade a análise da compatibilidade da norma interna em face de tratados e convenções de proteção dos direitos humanos realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, esta corte deveria, com fulcro no artigo 5º, parágrafos 2º e 3º, da Constituição Federal fazer o controle de convencionalidade, isto é, a compatibilidade da norma interna em face de um tratado ou convenção de direito humanos, quer aprovado conforme o rito especial que consta no parágrafo 3º (formalmente constitucional) ou não (materialmente constitucional). Ainda, Mazzuoli faz a distinção entre o controle de constitucionalidade, cujo parâmetro é a constituição; o controle de convencionalidade, pautado na compatibilidade da lei interna em face de tratados de direitos humanos; e supralegalidade, compatibilidade da lei em face de tratados comuns.

Todas as correntes tem uma única finalidade: impedir a incompatibilidade de leis³⁵⁸ e decisões internas em face de tratados ratificados pelos estados partes - comuns ou os que versam sobre direitos humanos. Dessa forma, não apenas o poder legislativo, mas, sim, todos os poderes, dentro de suas atribuições, estão impedidos de atuar de forma incompatível com os tratados, pois, todos geram responsabilidade perante a comunidade internacional.³⁵⁹

³⁵⁵ Sobre este tema vide: RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos. **Revista do CEJ**, n. 29. jun. 2005. p. 53-63.

³⁵⁶ Sobre este tema vide: PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. p. 388-409. In: **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Armin Von Bogdandy, Flavia Piovesan, Mariela Morales Antoniazzi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

³⁵⁷ Sobre este tema vide: MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais. 2013.

³⁵⁸ O termo lei aqui possui sentido genérico para se referir a todas as formas de atos normativos.

³⁵⁹ Neste sentido, vide o Caso Myrna Chang versus Guatemala. CIDH. sentença de 25 de novembro de 2003. Consta no voto do Juiz Sergio Garcia Ramírez: "Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros

Portanto, não se exclui a teoria de André de Carvalho Ramos, pois, como ele mesmo afirma, "os atos normativos internos (leis, atos administrativos e mesmo decisões judiciais) são expressões da vontade de um Estado, que devem ser compatíveis com seus engagements internacionais anteriores, sob pena de ser o Estado responsabilizado internacionalmente"³⁶⁰. Assim, efetivamente a produção legislativa demanda a verificação da compatibilidade com a ordem internacional, posição inclusive já adotada e referendada pela Corte Interamericana como já foi analisado em outro capítulo.

Da mesma forma, não se nega a teoria de Valerio Mazzuoli que defende o controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Ao STF cabe fazer o controle da compatibilidade das normas internas em face dos tratados de direitos humanos, quer se denomine esta atividade de controle de constitucionalidade, quer de controle de convencionalidade. Entretanto, esta competência do STF não deve atribuir para si a competência da Corte Interamericana, a quem o Brasil também se sujeita, sob pena de termos decisões conflitantes sobre a mesma matéria. Afinal, considerando o pequeno grau de incorporação dos tratados de direitos fundamentais e das decisões da Corte Interamericana como fundamento das decisões proferidas pelo STF, não seria difícil, tal como ocorreu no caso *Gomes Lund versus Brasil*, de termos decisões conflitantes sobre a mesma matéria julgada. E, tal como ocorreu no caso *Gomes Lund*, ficaria a problemática de compatibilizar duas decisões opostas, bem como a responsabilização internacional do Brasil.

Portanto, ao atribuir ao STF a competência de fazer o controle de compatibilidade das leis em face dos tratados internacionais, deve-se, ao mesmo tempo, ressaltar que o paradigma não é mais somente a jurisprudência interna, mas, principalmente, a internacional e, no caso de conflito, deve-se adotar a primazia da jurisprudência mais favorável ao homem. Assim, submetido um caso ao STF onde se discute a compatibilidade de uma lei interna em face do tratado de proteção dos direitos humanos, cabe ao STF verificar o seu histórico jurisprudencial, o da Corte Interamericana e aplicar ao caso o paradigma mais favorável.

Dessa forma, estar-se-ia dando efetividade às normas e decisões internacionais, o que evitaria a responsabilização internacional; aumentaria o grau de incorporação das normas e

de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional".

Ainda, "el origen de la responsabilidad internacional del Estado puede residir en cualquier acto u omisión de cualesquiera de los poderes o agentes del Estado (sea del Ejecutivo, o del Legislativo, o del Judicial)" Voto concorrente do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade no caso *A Última Tentação de Cristo* (Olmedo Bustos e outros), sentença de 5 de fevereiro de 2001.

³⁶⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 132.

jurisprudência internacional ao sistema nacional; bem como poderia ocorrer um efetivo diálogo entre cortes internas e internacionais. Afinal, cada uma teria que analisar o repertório jurisprudencial de ambas para conhecê-lo, aplicar o mais favorável, e, por consequência, a proteção do ser humano obteria cada vez mais uma tutela mais ampla e mais efetiva. Dessa forma, as decisões da Corte Interamericana seriam conhecidas pelo STF e, por outro lado, a Corte teria que conhecer as decisões do STF, até para saber se está ocorrendo algum tipo de violação a um caso submetido à sua análise, e, como cada uma teria que utilizar o parâmetro da mais benéfica, a primazia da jurisprudência mais favorável³⁶¹, o grau protetivo mínimo a cada decisão poderia ser renovado e superado. Logo, não basta atribuir a competência ao STF sem ao mesmo tempo realizar toda uma mudança de paradigma.

Sobre a possibilidade dos membros do poder judiciário interno de um estado fazer o controle de convencionalidade, a Corte já se manifestou no Caso Almonacid Arellano versus Chile, quando mencionou expressamente:

O Tribunal está ciente de que os juízes e os tribunais estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas, quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana, **seus juízes, como parte do aparelho do Estado, também estão sujeitos a ela, o que os obriga a velar para que a sua eficácia não seja diminuída pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e finalidade, e que, desde o início, carecem de eficácia jurídica.** Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas jurídicas internas aplicadas aos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nessa tarefa, **o Judiciário deve ter em conta não só o tratado, mas também a sua interpretação que do mesmo fez pela Corte Interamericana, o intérprete última da Convenção Americana**³⁶².

Entretanto, o presente trabalho, até para conseguir compatibilizar a decisão da Corte Interamericana no caso Gomes Lund com a decisão do STF na ADPF n° 153, adota a posição de Flavia Piovesan que defende o controle da convencionalidade da legislação interna pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, nos termos do artigo 33 da Convenção

³⁶¹ Nas palavras de André de Carvalho Ramos, "a primazia da norma mais favorável". RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos. In: RAMOS A. de C. **Processo internacional de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.146 e seguintes.

³⁶² Tradução livre e sem grifos no original. CIDH Caso Almonacid Arellano versus Chile. sentença de 26 de setembro de 2006. Consta no original: "124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

Americana sobre Direitos Humanos, a Comissão e a Corte "são competentes para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes nesta Convenção".

O termo controle de convencionalidade surgiu na Corte Interamericana pela primeira vez, conforme a lição de Victor Bazán³⁶³, no julgamento do caso "*Myrna Mack Chang versus Guatemala*"³⁶⁴, proferida em 23 de novembro de 2003. Myrna Chang, antropóloga, foi assassinada em 11 de setembro de 1990, na cidade da Guatemala, por agentes militares, como consequência de uma operação militar de inteligência, cuja investigação não foi realizada devidamente pelo Estado, que objetivava não punir os responsáveis. Neste, o Juiz Sergio García Ramírez defendeu, em seu voto concorrente, que perante a comunidade internacional, o estado é uno. Logo, ainda que a legislação interna estabeleça regras de forma diversa, estas são irrelevantes para responsabilizar o estado internacionalmente, pois, a divisão de competências e atribuições internas não pode ser usada como desculpa para não considerar o estado como um ente só, uma única personalidade internacional, e deixar de submetê-lo à jurisdição da Corte e ao controle de convencionalidade³⁶⁵.

Posteriormente, no caso *Tibi versus Equador*, cuja sentença foi proferida em 7 de setembro de 2004, o mesmo Juiz Sergio Garcia Ramirez compara, em seu voto concorrente, o controle de convencionalidade ao de constitucionalidade, realizado internamente pelos tribunais nacionais. Assim, mencionou o Magistrado que estes últimos analisam os casos que lhe são submetidos conforme as "regras, princípios e valores da lei fundamental". A Corte Interamericana, por sua vez, os analisa conforme "os princípios e valores dos tratados em que se funda a sua competência contenciosa. Dito de outra forma, se os tribunais constitucionais controlam a constitucionalidade, o tribunal internacional de direitos humanos decide sobre a convencionalidade destes atos." Ainda, através do controle de convencionalidade, "o tribunal interamericano pretende conformar essa atividade (a atividade do poder público) ao

³⁶³ BAZÁN, Victor. O Controle de Convencionalidade e a Necessidade de Intensificar um Adequado Diálogo Jurisprudencial. In: **Revista de Direito Público**. Ano VIII, nº 41. Setembro-outubro de 2011. p. 222.

³⁶⁴ Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala*. Sentença 25 de novembro de 2003.

³⁶⁵ Consta no voto: "27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional".

ordenamento acolhido pela convenção fundadora da jurisdição interamericana e aceitado pelos estados partes no exercício de sua soberania"³⁶⁶.

Da mesma forma, no Caso Lopez Álvarez versus Honduras, cuja sentença foi proferida em 1º de fevereiro de 2006, consta no voto do Juiz Garcia Ramirez que a Corte faz o controle de convencionalidade quando analisa a compatibilidade entre a conduta do estado e a disposições da Convenção³⁶⁷. Ainda, no caso Vargas Areco versus Paraguai, sentença de 26 de setembro de 2006, consta que a finalidade da Corte Interamericana não é atuar como se fosse uma terceira ou quarta instância a julgar a causa. O seu fim, tal como as cortes constitucionais internas, é verificar a compatibilidade da lei, do ato administrativo, da decisão judicial com as normas da Convenção, isto é, fazer o controle de convencionalidade, pois, pode surgir a responsabilidade internacional do estado pelo descumprimento de obrigações internacionais³⁶⁸.

³⁶⁶ Tradução livre de trecho do voto concorrente do Juiz Sergio Garcia Ramirez na sentença do caso Tibi versus equador, proferida em 7 de setembro de 2004. Originalmente consta: "3. En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados - disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía".

³⁶⁷ Consta, na mencionada decisão: "30. Al analizar la complejidad del asunto, la Corte que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención --es decir, el órgano que practica el "control de convencionalidad"-- debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes".

³⁶⁸ Consta na mencionada decisão: "6.La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el "control de convencionalidad" fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende --jamás lo ha hecho--, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos. 7.Valga, para estos fines, el cotejo con la misión de un tribunal de constitucionalidad, que tampoco podría absorber el conocimiento de la contienda civil o penal, en sus casos, sino sólo examinar la conformidad del proceso y de las decisiones correspondientes con la Constitución nacional. Otro tanto ocurre con la Corte Interamericana. Esta sólo puede confrontar los hechos internos --leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo-- con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza. No emprende, pues, una nueva etapa --instancia-- del juicio ordinario. Este comienza, se desarrolla y concluye en

O Caso *Barrios Altos versus Peru* foi o primeiro que a Corte reconheceu a falta de validade de uma lei de anistia interna em face dos tratados internacionais e do jus cogens. Não consta expressamente na sentença o termo controle de convencionalidade, mas a Corte ressaltou expressamente que as leis de anistias podem, no plano interno até serem consideradas constitucionais, mas, no internacional, violam a normativa de proteção dos direitos humanos uma vez que impedem a apuração dos fatos, a punição dos responsáveis e o conhecimento da verdade. Assim, valores como a verdade e a justiça, protegidos pelo ordenamento internacional, não podem ser disponibilizados pelas legislações internas. Portanto, a lei fez o controle de convencionalidade das leis de anistias peruanas Lei n°26479 e n° 26492, ambas de 1995, e concluiu pela falta de compatibilidade com o ordenamento jurídico internacional, bem como a falta de validade.

No Caso *Almonacid Arellano versus Chile*, a Corte Interamericana concluiu que a aplicação do decreto de anistia pelos tribunais e juízes chilenos viola a Convenção Interamericana. Primeiro porque o estado é internacionalmente responsável por ações ou omissões originárias de qualquer de seus poderes - executivo, legislativo e judiciário. Decisões judiciais que aplicam o decreto de anistia e, conseqüentemente, deixam de apurar os fatos, os responsáveis e puni-los, viola os tratados internacionais. Logo, ao se deparar com uma lei interna, deve o magistrado antes de aplicá-la verificar a sua constitucionalidade, conforme a constituição do estado, e fazer o controle de convencionalidade, conforme os tratados de direitos fundamentais. Portanto, a lei que até então tinha apenas um controle difuso - o de constitucionalidade - com a ratificação dos tratados pelo estado, submete-se ao controle difuso de convencionalidade.

Assim, consta no voto que os juízes de cada estado estão submetidos ao denominado "*império da lei interna*". Mas, também se submetem ao império da lei internacional, isto é, quando um país ratifica um tratado, os membros do poder judiciário deste país também se submetem a esta legislação internacional, incorporada ao ordenamento interno. Dessa forma, quando a lei é aplicada, deve-se verificar a compatibilidade em face da lei maior, mas, também, em face dos tratados ratificados. Logo, o Poder Judiciário interno deve fazer o controle de convencionalidade antes de aplicar a norma para verificar a sua compatibilidade com as obrigações internacionais assumidas pelo estado e, para tanto, deve adotar como

el ámbito de la jurisdicción interna. Por ello, el juez internacional, al igual que el constitucional, no sustituye al juez de la causa en la apreciación de hechos y pruebas y la emisión de absoluciones o condenas".

padrão as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, guardiã da Convenção Americana e de outros tratados de direitos humanos.

Feitas tais considerações, passa-se à análise do possível conflito entre a decisão da Corte Interamericana no Caso Gomes Lund e a decisão do STF na ADPF n° 153, especificamente no que tange à aplicação da lei de anistia brasileira.

Importante ressaltar que o conflito é aparente, pois, tal como já ressaltado, não há conflito processual entre o julgamento da Corte Interamericana e do STF, pois possuem competências diversas. Este último deve analisar a compatibilidade de normas em face da Constituição Federal, lei maior interna. Logo, o STF concluiu que não há incompatibilidade entre a Constituição Federal e a lei de anistia. A Corte Interamericana, como ela mesmo já afirmou em inúmeros julgados, não é uma terceira ou quarta instância cujo objetivo é revisar as decisões internas, mas, sim, a sua jurisdição é verificar a compatibilidade de atos internos dos estados (leis, atos administrativos, decisões judiciais) em face dos tratados de proteção do homem ratificados pelos estados e dos jus cogens. Portanto, não há conflito de competência ou de atribuições, pois, são diversas.

Da mesma forma, não há hierarquia entre o STF e a Corte Interamericana. Como esta mesmo ressaltou, ela não é a terceira ou quarta instância revisora de decisões internas, mas, sim a garantidora da aplicação dos tratados de direitos humanos ratificados pelos estados. Há, portanto, competências diversas a serem respeitadas.

Dessa forma, quando a Corte Interamericana reconheceu no caso Gomes Lund a invalidade da lei de anistia brasileira e ordenou ao estado brasileiro que apure os fatos, instaure o procedimento criminal e puna os responsáveis, ela agiu conforme a sua atribuição, isto é, interpretar e aplicar as normas protetivas de direitos humanos. Esta decisão deve ser respeitada pelo estado brasileiro, sob pena de ser responsabilizado internacionalmente. Não há conflito entre a decisão do STF e a da Corte. Portanto, como houve uma condenação pela Corte a que o Brasil se submete, a decisão deve ser cumprida. Dessa forma, internamente, deve o estado brasileiro, através da atuação do Executivo, Legislativo Judiciário e Ministério Público, unir esforços para a implementação da decisão.

Primeiramente, Ministério Público e Polícia Federal e Civil devem atuar em conjunto na investigação dos fatos. Deve ocorrer a instauração de inquéritos e de procedimentos administrativos investigatórios. Ademais, deve ocorrer, a título sugestivo, a elaboração de um procedimento de investigação sobre os fatos para que se dê mais eficiência e agilidade e, se possível, a criação de um grupo especializado. Afinal, estas pessoas terão que lidar com fatos que ocorreram há mais de trinta anos o que dificulta o trabalho.

Ao Executivo, cumpre fornecer recursos - estrutura, econômicos e pessoal - para possibilitar o trabalho. Não é um trabalho fácil e rápido. Afinal, estima-se, conforme relatório da Comissão de Anistia, que cinquenta mil pessoas foram detidas nos primeiros meses da Ditadura e vinte mil foram submetidos a tortura. Há trezentos e cinquenta e quatro mortos e desaparecidos políticos³⁶⁹. Aliado ao número de pessoas, acrescenta-se o fator tempo que muitas vezes impede a reconstituição fiel dos fatos, o óbito de testemunhas, a deterioração do material a ser submetido a perícia (exame de DNA, por exemplo) entre outros fatores. Ademais, a investigação do ocorrido deve ser objeto de política pública efetivamente apoiada pelo Executivo e deve ter a efetiva participação das Forças Armadas. Enquanto os membros destas quedarem silentes como, por exemplo, negando-se a fornecer documentos e informações, não haverá reconstituição fiel dos fatos.

Tal como já afirmou Juan Méndez³⁷⁰, não se trata de revanchismo, pois, não se pode pressupor que a obrigação estatal de apurar a verdade e punir os responsáveis representa revanche a quem outrora estava no poder e cometeu crimes. Ao contrário, o objetivo é demonstrar a todos que algumas condutas são sempre puníveis, independentemente a situação que se encontre o país, porque elas violam valores que a sociedade não renuncia. Logo, todos, independentemente quem sejam, serão punidos caso pratiquem tais condutas porque a sociedade democrática não permite a existência de pessoas acima da lei, principalmente no presente caso em que as condutas violaram a humanidade em si.

³⁶⁹ **Direito à Memória e à Verdade. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos.** Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. 2007. p. 30.

³⁷⁰ MÉNDEZ, Juan. Responsabilización por los abusos del pasado. In: **Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.** Editora Lorena González Volio. p. 75 - 104.

6 CONCLUSÃO

Todos podem sofrer algum tipo de perseguição, quer decorrente de etnia, raça, posições políticas, entre outros, tal como ponderou a autora Martha Minow³⁷¹. Portanto, quando o sistema jurídico interno não consegue defender o seu povo e, o que pode ser pior, o estado aproveita-se de sua superioridade para perseguir pessoas, resta ao Direito Internacional protegê-los. Assim, o Direito Internacional que antes era eminentemente entre estados e respeitava-se a soberania de cada um, sofreu, após a II Guerra um processo de humanização. Verifica-se, portanto, a mudança de paradigma. O Direito Internacional que era estatocêntrico, passa a ser antropocêntrico³⁷². O homem torna-se o centro das atenções. A forma como os estados tratam os seus nacionais, deixa de ser um problema dentro das fronteiras de cada país e passa a ser uma preocupação da comunidade internacional. Afinal, foi dentro do próprio limite territorial que o estado nazista iniciou a sua política de sonegação de direitos a determinadas parcelas da população e a posterior dizimação.

Ante este novo paradigma, o conceito de soberania deve ser revisto. Primeiro, porque efetivamente há muito tempo as barreiras físicas foram ultrapassadas. A circulação de informações de forma rápida através da internet, de mercadorias através do comércio eletrônico, as práticas criminosas entre outros não reconhecem fronteiras físicas. Ainda, os desastres ambientais, exemplos típicos de fatos transfronteiriços, podem se originar em um estado e causar consequências em outro sem que o homem (ou o estado) possa impedir. Assim, faticamente as fronteiras foram relativizadas.

Juridicamente, a soberania deixa de ter uma noção ilimitada com o fim da II Guerra, quando se observou que o Direito Internacional exerce limitações no exercício de poder dos estados. Assim, estes não podem legislar de forma a deixar de aplicar convenção ou tratado ratificado. Da mesma forma, não podem, sob qualquer hipótese, quer no plano nacional, bem como no internacional, violar a norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*). Algumas normas são inderrogáveis, quer através do estabelecimento de um tratado em sentido contrário, quer através de exercício interno de soberania.

Neste sentido, os crimes de guerra, de genocídio e contra a humanidade demandam a

³⁷¹ MINOW, Martha. **Between vengeance and forgiveness**. Facing history after genocide and mass violence. Boston: Beacon Press. 1998. A autora menciona nas páginas 1 e 3 as estatísticas de pessoas vítimas de crime contra a humanidade, de guerra e genocídio.

³⁷² TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A Humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 121.

investigação e a punição em todas as circunstâncias. Não podem os estados, sob o argumento de transição de um regime autoritário ao democrático, permitir que tais crimes sejam objeto de perdão através de leis, decretos etc. Isso porque os estados não podem transigir sobre algo que não lhes pertence. Punir tais crimes é garantir a manutenção da espécie humana, necessidade de todos, um direito que pertence ao ser humanos coletivamente e individualmente. Supostas leis de pacificação que impedem a apuração dos fatos (direito à verdade), o processamento e punição dos responsáveis (direito à justiça) e a indenização de forma plena e total dos perseguidos (direito à reparação) violam direito internacional inderrogável.

Assim, as Cortes Internacionais de competência criminal e cível já reconheceram que os que cometem crimes contra a humanidade sempre devem ser punidos. Especificamente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que o Estado do Peru nos casos Barrios Altos e La Cantuta, bem como o Chile, caso Almonacid Arellano, o Uruguai, Caso Gelmann, e o Brasil, Caso Gomes Lund, violaram as normas internacionais ao aprovarem leis de anistia internas que impediram o processamento e punição dos responsáveis por assassinato, sequestro, desaparecimento e tortura de pessoas contrárias ao regime. Ao anistiar tais criminosos, os estados violam diversos dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, tais como, o direito à vida, à integridade pessoal, a não ser submetido à tortura, à liberdade pessoal, liberdade de expressão, proteção judicial e outros. Ademais, violam dispositivos de outros tratados, tais como, a Convenção de Combate à Tortura, a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e outras.

Portanto, se por um lado a soberania passa a ser limitada pelos tratados internacionais de proteção do homem e pelo jus cogens, por outro lado, o estado passa a se submeter a um novo tipo de controle: o decorrente das cortes internacionais e das comissões criadas pelos respectivos tratados. Assim, sentença da Corte Interamericana, por exemplo, não é uma sentença estrangeira que, nos termos do artigo 109, inciso I, alínea j, da Constituição Federal precisa de homologação do Superior Tribunal de Justiça. Mas, sim, é uma decisão que decorre de uma estrutura jurídica a que o Brasil faz parte e, portanto, deve respeito e obediência. Da mesma forma, a jurisprudência da Corte deve ser analisada, ensinada nas escolas de direito e aplicadas pelo Poder Judiciário nacional.

Dentro deste contexto, foi analisada a aprovação da Lei de anistia brasileira - Lei nº 6683/1979. A bandeira da "*anistia ampla, geral e irrestrita*" surgiu da sociedade civil, especificamente dos Comitês Brasileiros de Anistia, e representou um caminho sem retorno

no processo de redemocratização do país. A sociedade queria a anistia ampla, para atingir todos os atos de exceção; geral, para todas as vítimas de tais atos e irrestrita, sem discriminações ou restrições, referindo-se aos que foram perseguidos políticos. Em momento algum a sociedade defendeu a anistia recíproca, isto é, a que perdoava torturados e torturadores, assassinos e vítimas. A inclusão dos agentes estatais que praticaram crimes em nome da defesa do estado foi defendida, ainda que não expressamente, pelos detentores do poder que colocaram tal requisito como condição para a "*abertura lenta, gradual e segura*". Mas, resta questionar: lenta, gradual e segura para quem? Assim, juristas importantes defenderam (e defendem) que a anistia efetivamente foi recíproca, decorrente de um pacto social que viabilizou a abertura política do país e que adotar postura diferente, mais de trinta anos após a redemocratização, é romper com o pacto de gerações e adotar uma atitude revanchista. Alegam, ainda, que ambos os lados cometeram crimes e, portanto, não é isonômico perdoar uns em detrimento de outros.

Entretanto, tal como já analisado, a lei de anistia, tal como aprovada, não foi fruto da vontade popular, mas, sim imposição do executivo. Ademais, não se pode perdoar o imperdoável, principalmente quando o perdão vem de quem não pode concedê-lo. E não se pode perdoar condutas humanas que, pelos tratados internacionais e jus cogens, fogem da esfera do perdão, pois, os crimes contra a humanidade, que afrontam a própria existência do ser humano, não são passíveis de leis de anistia. Por último, não se questiona aqui que crimes foram cometidos por ambos os lados. Mas, se defende que o estado, de forma alguma, pode autorizar, através de ações ou omissões, a prática de crimes pelos seus agentes. A tortura, as prisões ilegais, os assassinatos, os desaparecimentos forçados não podem, em nenhuma hipótese, ser praticados ou incentivados como uma conduta reiterada dos agentes estatais. Ao contrário o estado deve, sempre, investigar os fatos e punir os responsáveis, pois, ninguém pode se considerar acima da lei e ninguém pode acreditar que a lei não vale para todos. Ademais, desde quando o processo penal imparcialmente conduzido e com respeito à ampla defesa e ao contraditório tem a conotação revanchista?

Assim, este trabalho conclui que a nossa lei de anistia não é fruto de pacto social e que não há pacto de respeitabilidade entre as gerações. Conclui, também, que o estado brasileiro ao manter a aplicação da mencionada lei viola tratados internacionais e jus cogens, tal como já foi decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund versus Brasil. Por último, tal decisão deve ser respeitada, eis que proferida por uma corte internacional a que o país se submete e dentro das suas atribuições e fazer o controle de convencionalidade. Não se trata de decisão estrangeira, mas, sim, decisão proferida por uma

corde a qual o país se vincula.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. 144 p.

ANISTIA INTERNACIONAL. O Estado dos direitos humanos no mundo. **Informe 2010**. Porto Alegre: Algo Mais Artes Gráficas, 2010. Disponível em: <http://thereport.amnesty.org/> .

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Anti-semitismo. Imperialismo. Totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. 7. Reimp. São Paulo: Companhia das Letras. 1989. 562 p.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2009. 388 p.

ARNS, Paulo Evaristo. **Brasil: nunca mais**. São Paulo: Vozes, 2003. 312 p.

ASSOCIAÇÃO DOS DOCENTES DA USP. O Controle Ideológico na USP: 1964 a 1978. Originalmente impresso sob o título: O Livro Negro da USP - O controle ideológico na Universidade. São paulo: Adusp, 2004

BASTOS, Lucia Helena Arantes Ferreira. **Anistia**. As leis internacionais e o caso brasileiro. Curitiba: Juruá, 2009.

BAZÁN, Victor. O Controle de Convencionalidade e a Necessidade de Intensificar um Adequado Diálogo Jurisprudencial. In: **Revista de Direito Público**. v. VIII, nº 41. p. 218 - 235. set/out. 2011

BRASIL. Procuradoria Geral da República. Ordem dos advogados do Brasil. **ADPF nº153**. Relator: Ministro Eros Grau. Parecer do Procurador Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos. 2010.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos. **Direito à memória e à verdade**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria especial dos direitos humanos. **Brasil direitos humanos, 2008: a realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal**. Brasília: SEDH, 2008.

BUFF, Luci. Palestra na Conferência Internacional sobre o Direito à Verdade. Disponível em: <http://www.direitoaverdade.nevusp.org/index.php?view=video&id=39&option=com_jomtube&lang=p/t>. Acesso em: 18 mar. 2011.

BUFF, Luci. Tempo de Perdão. In: **Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado democrático Brasileiro**. Coordenadoras: Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Akemi Shimada. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 246.

CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTIÇA TRANSICIONAL. Parecer técnico sobre la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad, la imprescritibilidad de algunos delitos y la prohibición de amnistías. Nova York, septiembre, 2008.

COMISSÃO DE JUSTIÇA E PAZ. Arquidiocese de São Paulo. Disponível em: <http://www.desaparecidospoliticos.org.br/>> . Acesso em: 06 jan. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CIADH. Opinión consultiva sobre la expresión "Leyes". In: Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, serie A, n. 6, 1986.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CIADH Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de junio de 1999. Serie C No. 53. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_53_esp.pdf. Acesso em: 15 mar. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CIADH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 17 de noviembre de 1999. Serie C No. 60. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_60_esp.pdf. Acesso em: 15 mar. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CIADH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf/>. Acesso em: 10 mar. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CIADH. **Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador**. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35. Sentença Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf/> . Acesso em: 10 mar. 2011

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CIADH. **Caso Barrios Altos vs Peru**. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf/>. Acesso em: 15 mar. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CIADH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n. 154. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf/> . Acesso em: 15 mar. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CIADH. Caso La Cantuta Vs. Peru. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf/ . Acesso 15 mar. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CIADH. Caso Julia Gomes Lund versus Brasil.Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf., Acesso em: 15 mar. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CIADH. Caso Gelman versus versus Uruguai. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de fevereiro de 2011. Serie C 221. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf/> . Acesso em: 01 nov. 2013.

CUNHA, Luiz Cláudio. **Operação Condor**: o sequestro dos uruguaios. Editora L&PM. 2008. 472 p.

DERRIDA, Jacques. **On cosmopolitanism and forgiveness**. London: Routledge. 2007.

FERRI, Omar. **O Sequestro no Cone Sul**: o caso de Lílian e Universindo. Mercado Aberto Editora. <http://www.derechos.org/nizkor/brazil/libros/ferri/index.htm/>> . Acesso em: 17 fev. 2011.

FLORES, Joaquim herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009. 231 p.

FLORES, Joaquim Herrera. **Teria crítica dos direitos humanos**. Direitos Humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. 229 p.

FOLHA DE SÃO PAULO. Primeira Página: 6. ed. São Paulo: Publifolha, 2006.

FOLEY, Conor. **Combate à tortura**. Manual para magistrados e membros do ministério público. Human Rights Centre. University of Essex. 2003.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. 552 p.

GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Orgs.). **Crimes da Ditadura Militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

GRECO, Heloisa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. 2003. 559 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2013. 205 p.

HAYDEN, Patrick. **The philosophy of human rights**. United States: Paragon, 2001. 722 p.

HOLZMANN, Lorena; et al. **Universidade e Repressão: expurgos na UFRGS**. Editora LePM, 2008. 104 p.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. Chamber 1. The Prosecutor versus Jean Paul Akayesu. Disponível no site http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/akay001.htm#6_4/ . Acesso em 17 fev. 2011.

JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO. **Iranianos podem realizar uma revolução nos moldes da egípcia**. São Paulo. 21 fev. 2011. p. A18.

JORNAL ESTADÃO. Venturini: 'O grande mentor da anistia foi Figueiredo. 22 ago. 2009. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,venturini-o-grande-mentor-da-anistia-foi-figueiredo,423015,0.htm/> Acesso em: 20 jan. 2011.

JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO. **Edição de 22 de janeiro de 2010**. p. A3.

JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO. **Edição de 10 de março de 2011**. p. A5.

LAFER, Celso. A soberania e os direitos humanos. **Lua Nova – Revista de Cultura e Política**, n. 35. São Paulo: CEDEC, 1995. p. 137-148.

MANIFESTO de Juristas sobre o Alcance da Lei de Anistia. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/8283/leia+integra+de+manifesto+de+juristas+sobre+alcance+da+lei+da+anistia.shtml/> . Acesso em: 15 mar. 2011.

MARIANO, Nilson. **Nas Garras do Condor**. São Paulo: Editora Vozes, 2003. 328 p.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **O Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais. 2013. 208 p.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do 'diálogo das fontes'. **Revista Argumenta do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP**. n° 15. Jacarezinho. p. 77-114. 2011

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 592 p.

MEDEIROS, Ana Letícia Baraúna Duarte. **Direito internacional dos direitos humanos na América Latina**: uma reflexão filosófica da negação da alteridade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. 250 p.

MÉNDEZ, Juan E. Responsabilización por los abusos del pasado. Presente y futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez. Editora Lorena González Volio. **IDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos**. p. 75 - 104.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **O direito à memória**: uma análise de seu conteúdo e efetividade no contexto brasileiro. Tesis de Máster. 2009. Universidad Pablo de Olavide. Departamento de Derecho Público. Sevilha, Espanha, 2009.

MERLINO, Tatiana. OJEDA, Igor (Orgs.). **Direito à Memória e à Verdade**: luta, substantivo feminino. São Paulo: Editora Caros Amigos, 2010.

MINOW, Martha. **Between vengeance and forgiveness**. Facing history after genocide and mass violence. Boston: Beacon Press. 1998.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2003. 421 p.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2003. 784 p.

O DIREITO na História. Tribunal Regional Federal na 4ª Região, Coordenadoria de Documentação, n. 1, mar./out. 2008. Porto Alegre: TRF4a Região, 2008.

ONU. Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, feb. 2006. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/icty/statute.html>>. Acesso em: 17 fev. 2011.

ONU. Yearbook of the International Law Commission, 1950, v. II. Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/yearbooks.htm/> . Acesso em: 17 fev. 2011

PEREIRA, Anthony W. Sistemas Judiciais e repressão política no Brasil, Chile e Argentina. Tradução Leandro Moura. In: SANTOS, Cecília Macdowell; TELES, Edson; TELES, Janaína de Almeida (Org.). **Desarquivando a Ditadura: memória e justiça no Brasil**, v. 1. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores, 2009.

PERTENCE, Sepúlveda. PNDH 3 é fiel à Constituição. Revista Carta Maior. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/PNDH-3-e-fiel-a-Constituicao-diz-Sepulveda-Pertence/4/15254> . Acesso em: 01 nov. 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN Flávia; ANTONIAZZI Mariela Morales. **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 388-409.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e justiça internacional**. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva. p. 38-39. 2006.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 556 p.

PIOVESAN, Flávia; MAGNOLI, Demétrio. **A exceção brasileira**. O Estado de São Paulo. p. A2, 10 jan. 2008.

PIOVESAN, Flavia. **Lula não teve a coragem de enfrentar a tortura**. Disponível em: <<http://anistia.multiply.com/reviews/item/292/>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

RADIO LIBERTADORA: a palavra de Carlos Marighella. Organizadora Iara Xavier Pereira. Brasília: Ministério da Justiça. Comissão de Anistia, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 439 p.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos. **Revista do CEJ**, n. 29, p. 53- 63. jun. 2005

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **A Extradicação no Direito Internacional e no Direito Brasileiro**. Revista dos Tribunais, 3 ed. São Paulo, 1981. 264 p.

SABADELL, Ana Lúcia; SIMON, Jan Michel; DIMOULIS, Dimitri. **Justiça de Transição: Das anistias às comissões da verdade**. Revista dos tribunais, São Paulo, 2013. 424 p.

SANTOS, Roberto Lima. **Crimes da Ditadura Militar: Responsabilidade internacional do estado brasileiro por violação aos direitos humanos**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. 312 p.

SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. Direito à Memória e à Verdade. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. 2007.

SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The impacts of human rights trials in Latin America. **Journal of Peace Research**, Los Angeles, London, New Delhi and Singapore , v. 44, n. 4, p. 427-445. 2007.

SILVA, Carlos Augusto Canedo Gonçalves. **Crimes Políticos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. 152 p.

SILVA, de Plácido. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 1948 p.

SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). **Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 422 p.

SIKKING, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The impact of human rights trials in Latin America. Journal of Peace Research. Disponível em <http://jpr.sagepub.com/content/44/4/427.full.pdf+html>. Acesso em 15 de março de 2011.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. **International human rights in context**: Law, politics, morals. New York: Oxford University Press, 2000.

STF. ADPF n° 153. Relator Ministro Eros Grau. Julgamento dia 24 de abril de 2010.

TEIXEIRA, Carlos Eduardo. O Controle de Convencionalidade das Leis pelo Poder Judiciário. DPU n° 33, mai/jun. 2010. p. 7-36.

THE LEGALITY of the Nuremberg Trials, **Juridical Review**, April, 1946. Disponível em: <http://www.worldlingo.com/ma/enwiki/en/Nuremberg_Trials#Validity_of_the_court/>. Acesso em: 18 fev. 2011.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 436 p.

VENTURA, Deisy. Terrorismo de Estado. **Jornal Folha de São Paulo**. 19 nov. 2008.

ZALAUQUETT, José. Procesos de transición a la democracia y política de derechos humanos en América Latina. Presente y futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez. Editora Lorena González Volio. **IDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos**. p. 107 - 132.

ZAUERUCHA, Jorge. **FHC**, forças armadas e polícia: entre o autoritarismo e a democracia (1999 – 2002). São Paulo: Record, 2005. 285 p.