

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Felipe Fayer Mansoldo

**REFLEXÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE REVISÃO DA LEI DE ANISTIA
BRASILEIRA: UM ENFOQUE INTERNACIONALISTA**

**Juiz de Fora
2010**

Felipe Fayer Mansoldo

**REFLEXÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE REVISÃO DA LEI DE ANISTIA
BRASILEIRA: UM ENFOQUE INTERNACIONALISTA**

Monografia de conclusão de curso apresentada à faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, nas áreas de concentração em Direito Penal e Direito Internacional, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes.

Juiz de Fora

2010

Felipe Fayer Mansoldo

**REFLEXÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE REVISÃO DA LEI DE ANISTIA
BRASILEIRA: UM ENFOQUE INTERNACIONALISTA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: __ / __ / __

Componentes da banca examinadora:

Professor Doutor Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes (Orientador)

Professor Mestre Bruno Stigert de Sousa

Professora Letícia Fonseca Paiva Delgado

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a legitimidade da interpretação tradicional conferida à lei 6.683/79, que concedeu a anistia também aos encarregados da repressão aos opositores do regime militar. Será feito um estudo comparado, com o intuito de classificar as anistias concedidas no contexto de uma transição política para a democracia. Serão abordadas as noções de crimes contra a humanidade, preceitos cogentes de direito internacional e Justiça de Transição, bem como a jurisprudência interamericana sobre as leis de auto-anistia. Serão analisadas as controvérsias suscitadas por quem se opõe a uma revisão, bem como recente decisão do Supremo Tribunal Federal que procurou encerrar as discussões sobre a validade de nossa lei. Por fim, ficará demonstrado que o Brasil deve promover uma adequação hermenêutica com relação à abrangência da anistia concedida em 1979.

PALAVRAS-CHAVE: Auto-Anistia; Crimes contra a humanidade; Ditadura Militar; Justiça de Transição; Sistema interamericano de proteção aos direitos humanos; Tratados Internacionais; Preceitos cogentes de direito internacional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 ESPÉCIES DE LEIS DE ANISTIA E EXEMPLOS DE OUTROS PAÍSES.....	9
1.1 A tradicional classificação das leis de anistia.....	9
1.2 A classificação das leis de anistia sob um enfoque internacionalista.....	10
1.2.1 As anistias em branco.....	10
1.2.2 As anistias localmente legítimas com imunidade parcial.....	13
1.2.3 As anistias internacionalmente legítimas com imunidade parcial.....	15
1.2.4 As anistias localmente e internacionalmente legítimas com imunidade parcial.....	16
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO BRASILEIRO.....	17
2.1 A lei de anistia brasileira.....	17
2.2 A Justiça de Transição e seu desenvolvimento no Brasil pós-Ditadura.....	20
3 OS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO.....	23
3.1 O posicionamento dos tratados que versem sobre direitos humanos no direito pátrio.....	23
3.2 Um breve panorama sobre o atual status das Convenções ligadas à questão da anistia em nosso País.....	25
4 CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E AUTO-ANISTIAS.....	27
4.1 O que se deve entender por “Crimes contra a Humanidade”.....	27

4.2 Da aplicabilidade do conceito de crimes contra humanidade às violações perpetradas durante o regime militar.....	28
4.3 A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as auto-anistias.....	29
4.3.1 Barrios Altos vs. Peru.....	30
4.3.2 Almonacid Arellano vs. Chile.....	31
4.4 A iminente condenação do Brasil pela CorteIDH: o Caso Gomes Lund.....	32
5 REVISÃO DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA E POSSÍVEL AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	34
5.1 Princípio da igualdade.....	34
5.2 Princípios da legalidade e da não-retroatividade.....	35
5.3 Nosso posicionamento.....	36
6 ADPF 153 – UMA SÍNTESE DA DECISÃO DO STF SOBRE A LEI DE ANISTIA.....	42
6.1 Principais Fundamentos dos Votos Vencedores.....	42
6.2 Principais Fundamentos dos Votos Vencidos.....	43
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

A anistia representa uma causa extintiva de punibilidade e sempre esteve associada a um ato soberano de clemência do Estado que a concede. Entretanto, a existência de um mínimo-ético a ser respeitado por todos os povos e a tendência internacional de repressão aos crimes contra a humanidade impõe o questionamento acerca da validade de leis que impeçam a persecução penal por tais delitos e beneficiem os próprios agentes ligados ao aparato estatal que comete tais atrocidades.

A revisão de nossa lei de anistia (lei 6.683/79) é um dos temas mais polêmicos na doutrina e suscita acalorados debates, tendo em vista a noção sedimentada de que representou um pacto social entre governistas e opositores e teria propiciado, justamente por seu caráter bilateral, uma transição política pacífica do regime ditatorial militar para o governo democrático.

O foco do presente estudo está na discussão quanto à legitimidade da interpretação tradicional de seus dispositivos, partindo da premissa de que o Brasil está inserido no sistema global de proteção aos direitos humanos e não pode desconsiderar regras cogentes de direito internacional na aplicação de seu direito interno.

No capítulo 1 realizaremos um estudo comparado de anistias concedidas com vistas à pacificação de conflitos internos. Abordaremos a classificação tradicional das leis de anistia e a insuficiência da adoção daqueles critérios para avaliar o alcance e a legitimidade de uma lei aprovada no contexto histórico de uma transição para a democracia.

No capítulo 2 procuraremos fazer uma análise do caso brasileiro e verificar se foram plenamente cumpridos os objetivos de uma Justiça de Transição.

No capítulo 3 dissertaremos sobre o posicionamento hierárquico dos tratados internacionais no direito brasileiro e apresentaremos as Convenções internacionais relacionadas ao tema objeto de estudo.

No capítulo 4 discutiremos a aplicabilidade do conceito de crimes contra a humanidade às práticas adotadas pelos agentes ligados à ditadura militar e a atual jurisprudência interamericana sobre auto-anistias.

No capítulo 5 abordaremos eventuais afrontas a princípios constitucionais, que poderiam advir de uma revisão de nossa lei.

No capítulo 6 faremos uma breve síntese da fundamentação do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153, que manteve a interpretação tradicional conferida à lei 6.683/79.

Finalmente, concluiremos nosso trabalho demonstrando nosso posicionamento quanto à aplicabilidade do benefício da anistia aos agentes estatais que atuaram na repressão aos opositores do regime militar.

1 ESPÉCIES DE LEIS DE ANISTIA E EXEMPLOS DE OUTROS PAÍSES

1.1 A tradicional classificação das leis de anistia

Classicamente, conceitua-se a anistia como o esquecimento jurídico da infração penal, que é reputada como inexistente embora tenha efetivamente ocorrido no plano fático. É causa extintiva da punibilidade que se refere aos fatos delituosos objetivamente considerados, e não a indivíduos específicos.

Conforme se depreende da Constituição da República, a concessão da benesse no Brasil compete exclusivamente à União¹ e deverá ocorrer através de lei de iniciativa privativa do Congresso Nacional² que abrangerá um conjunto de delitos relativos a um período de tempo determinado.

Referida lei extingue todos os efeitos penais das sentenças condenatórias proferidas contra os beneficiários, subsistindo, porém, os efeitos civis (como a obrigação de indenizar a vítima do delito). Em síntese, a anistia extingue o próprio crime, abrangendo, portanto, co-autores, instigadores e cúmplices; retira a justa causa das ações penais que estiverem em curso; paralisa a execução da pena e todos os seus efeitos, com exceção da responsabilidade civil *ex delicto* e impede que o delito anistiado seja considerado para fins de reincidência ou qualquer efeito que restrinja ou condicione um benefício no âmbito penal (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA & SLOKAR, 2003, pp.222-223).

De forma didática, é costumeiro classificar a anistia em geral ou restrita e incondicionada ou condicionada (MIRABETE & FABBRINI, 2007, p. 404).

Diz-se *geral* (ou *irrestrita*) quando não estabelece restrições quanto a determinadas práticas delitivas ou aos beneficiários da lei, uma vez definida a categoria de crimes objeto da causa extintiva. Por outro lado, é *restrita* se a lei instituidora limita sua abrangência apenas a certos delitos ou mesmo exclui determinados indivíduos, apesar da índole objetiva do instituto. Considera-se *condicional* quando a lei estabelece certas condições, sejam objetivas ou pessoais, para a obtenção do benefício e *incondicional* se não existem quaisquer condições para que a anistia produza seus efeitos.

¹ Vide artigo 21, inciso XVII, da Constituição brasileira.

² Vide artigo 48, inciso VIII, de nossa Constituição.

Todavia, as peculiaridades da lei 6.683/79 tornam insuficiente a classificação tradicional, exigindo análise mais apurada. Com efeito, a repercussão de uma lei promulgada no contexto da transição de um regime autoritário para um período democrático requer uma indagação quanto à sua legitimidade e alcance, uma vez que nem todas as soluções locais encontradas para o fim de uma ditadura gozam de aceitação no plano do direito internacional.

Assim, sob uma ótica internacionalista, é possível classificar as leis de anistia em quatro categorias, tendo em vista seu grau de legitimidade e sua abrangência: (1) anistias em branco, (2) anistias localmente legítimas com imunidade parcial, (3) anistias com legitimidade internacional e imunidade parcial e (4) anistias com legitimidade interna e internacional e imunidade parcial. (BASTOS, 2009, p.118). Falemos sobre cada uma delas.

1.2 A classificação das leis de anistia sob um enfoque internacionalista

1.2.1. As anistias em branco

As anistias em branco possuiriam o maior alcance e teriam o propósito de eximir de responsabilidade os agentes de Estado que tomaram parte na repressão aos opositores do regime ditatorial durante um período específico. Aplicar-se-ia indistintamente aos legítimos crimes políticos, aos crimes comuns e aos crimes internacionais. Exemplificativamente, podem ser citados os casos da Argentina, do Chile e do Peru.

O governo democrático argentino, eleito em 1983, procurou adotar medidas para o julgamento dos responsáveis pelos delitos praticados durante a ditadura militar. Houve reação das Forças Armadas, com diversos episódios de protestos violentos em diversas regiões do país (BASTOS, 2009, p.127).

Para acalmar os ânimos, em nome da governabilidade, foram emitidas pelo Congresso duas leis que procuravam conter os protestos. A primeira delas, conhecida como *Lei do Punto Final* (Lei 23.492), estabelecia um prazo de sessenta dias para o indiciamento dos que houvessem cometido crimes durante o regime militar. Findo tal prazo, nenhuma investigação relativa ao período poderia ser iniciada.

A segunda, denominada *Lei de Obediencia Debida* (Lei 23.521), possibilitou a anistia para os oficiais subordinados, sob a justificativa de que tais agentes apenas executavam ordens de seus superiores e não poderiam ser responsabilizados pelas violações ocorridas no regime militar. Essa lei foi complementada posteriormente por decretos que estenderam seus efeitos aos oficiais excluídos da mesma e também aos comandantes já condenados.

Com o passar do tempo, a sociedade civil passou a questionar a legitimidade de tais atos normativos até que, em 2003, as leis foram expressamente declaradas nulas pelo Congresso argentino (RAFECAS, RBCCrim, 81/2009, p.369).

A declaração abriu caminho para que fossem proferidas célebres decisões pela Suprema Corte argentina que, com base no direito internacional, considerou como crimes contra a humanidade, insuscetíveis de prescrição, os homicídios, torturas e desaparecimentos forçados ocorridos durante a ditadura. WEICHERT (RBCCrim, 74/2008, p.206) cita exemplificativamente os casos Arancibia Clavel (Fallos: 327:3312) e Simon (Fallos: 328:2056).

Já no caso do Chile a ilegitimidade da anistia é mais flagrante, pois foi concedida através de decreto pelo General Pinochet após cinco anos de ditadura (mais precisamente, no ano de 1.978), correspondentes ao período em que formalmente o país vivia sob estado de exceção. Portanto, não houve no processo de sua elaboração a participação de qualquer órgão democrático, tendo sido a anistia chilena fruto da autoridade de uma Junta Militar detentora do poder de fato naquele país.

Nesse aspecto, pode-se notar uma semelhança com o caso brasileiro ao menos quanto ao fato de que a aprovação de nossa lei de anistia também se deu durante o período do governo militar.

A “lei” de anistia chilena não contemplava qualquer dos objetivos de uma Justiça Transicional³, até porque o país ainda vivia o auge da repressão política e só se tornou novamente uma democracia doze anos depois da edição daquele ato normativo.

O decreto não continha qualquer meio de reparação às famílias das vítimas dos desaparecimentos forçados e execuções sumárias. Também não se preocupou em criar uma

³ Sobre a justiça de transição, vide Capítulo 2 desta monografia.

comissão da verdade para apurar os acontecimentos, o que poderia ao menos propiciar o conhecimento histórico dos fatos com vistas à não-repetição das violações ocorridas no período.

Num primeiro momento, a Suprema Corte chilena se manteve firme ao afirmar a constitucionalidade da anistia. Entretanto, a partir de decisões de juízes chilenos foi aberto precedente para outra interpretação. GARRETÓN (2006, pp.80-81), por exemplo, cita a decisão do juiz Humberto Nogueira, da Terceira Corte de Apelação daquele país, que desafiou a legitimidade da lei de anistia ao considerar que os tratados internacionais assinados pelo Chile (o Pacto de Genebra e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos) prevaleciam em relação à legislação interna:

“(...) Em dois casos diferentes⁴, a respeito de pessoas desaparecidas, um juiz da Corte de Apelação desafiou a legitimidade da lei de anistia de 1978, baseado no argumento de que os pactos internacionais assinados pelo Chile (a saber, o Pacto de Genebra e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos) prevaleciam sobre as leis nacionais, particularmente em uma situação que era equivalente a uma guerra civil. Esses pactos estabelecem que o tratamento inumano de prisioneiros e crimes como desaparecimento não podem ser submetidos à Lei de Anistia.”

A contestação da anistia chilena pela comunidade internacional alcançou seu apogeu quando, no ano de 1998, a Justiça espanhola pediu ao governo britânico⁵, com fundamento em denúncias de familiares de espanhóis desaparecidos no Chile, a extradição do ditador Augusto Pinochet para que o mesmo fosse julgado por crimes contra a humanidade⁶.

Após longa discussão sobre o estado de saúde do General, a Suprema Corte nacional decretou, em 8 de setembro de 2006, a perda da imunidade de Pinochet. Isso possibilitou que fosse reaberto processo em que o ditador era acusado de seqüestro de trinta e seis opositores e

⁴ O autor cita os casos de desaparecimento de Lumi Videla, assinada em 1974, e Bárbara Uribe e Edwin Van Jurik, que desapareceram. A decisão foi proferida pelo juiz Humberto Nogueira, da Terceira Corte de Apelação, em 26 de setembro de 1994.

⁵ Pinochet se encontrava numa clínica de Londres, recuperando-se de uma cirurgia na coluna. O juiz Baltasar Garzón entendeu que não havia a possibilidade de anistia e prescrição em se tratando de crimes contra a humanidade e que havia a primazia do direito internacional sobre o direito interno, uma vez que o país chileno faz parte do sistema internacional de Justiça.

⁶ A situação foi contornada politicamente e o governo do Reino Unido negou o pedido de extradição alegando insanidade mental do acusado, que foi enviado de volta ao Chile em março de 2000.

tortura de outros vinte e três indivíduos. Entretanto, com a morte do acusado (ocorrida em dezembro daquele mesmo ano), o processo foi encerrado tendo em vista a extinção da punibilidade.

Finalmente, no caso peruano, duas leis de anistia foram editadas (a saber, as leis 26.479 e 26.492), sem que houvesse discussão no seio da sociedade sobre sua legitimidade. Conforme BASTOS (2009, p.137), a lei foi adotada logo após a sua apresentação e promulgada pelo presidente no dia seguinte à sua aprovação pelo Congresso peruano.

O Peru era governado por Alberto Fujimori, que havia promovido um autogolpe de Estado sustentado pelas Forças Armadas três anos antes, sob a justificativa de que era preciso reprimir os Movimentos Revolucionários *Tupac Amaro* e *Sendero Luminoso* que haviam praticado atos terroristas em represália ao governo. A reação das Forças Armadas foi intensa, mas excessiva.

Ocorre que as leis peruanas eram extremamente abrangentes, contemplando inclusive delitos de homicídio, estupro⁷, roubo e fraude, que se vinculassem às lutas contra o terrorismo, praticados por militares, policiais ou civis, individualmente ou por grupos paramilitares desde maio de 1980 até 14 de junho de 1995.

Superado o governo Fujimori, após diversas condenações pelas cortes internacionais, foram adotadas medidas para a efetivação das recomendações de órgãos internacionais em matéria de direitos humanos (MARX, RIDEDEC 5/2009, p.117). A doutrina e jurisprudência locais também evoluíram, tendo recentemente ocorrido a condenação do ex-presidente através do reconhecimento de que o mesmo teria sido o responsável por crimes de lesa humanidade, insuscetíveis de anistia ou prescrição.

1.2.2 As anistias localmente legítimas com imunidade parcial

Por sua vez, as anistias localmente legítimas com imunidade parcial não abrangeriam os crimes comuns e os crimes cometidos por motivos pessoais. A legitimidade delas geralmente decorre de uma decisão da população, consultada através de referendo, ou da

⁷ Não vemos como o delito pode ser relacionado ao combate ao terrorismo, mas a abrangência da lei permitia esse tipo de interpretação.

expressão da vontade popular expressa por um governo eleito democraticamente. Podemos citar como exemplos os casos uruguaio e sul-africano.

No Uruguai o período ditatorial durou doze anos (1973/1985) e, segundo estimativas, as violações de direitos humanos ocorridas naquele país foram mais incisivas que nos regimes vizinhos. BASTOS (2009, p.151) cita estatísticas segundo as quais durante o regime uruguaio um em cada quinhentos uruguaio havia sido torturado pelas Forças Armadas.

Após a transição democrática, foi aprovada em 1985 a lei 15.737, que anistiava todos os delitos políticos, comuns e militares conexos a estes, cometidos a partir de 1962. Havia, no corpo da lei, clareza quanto aos tipos penais passíveis de anistia e estavam expressamente excluídos os crimes cometidos por militares ou policiais em que tivesse ocorrido tratamento desumano, cruel ou degradante ou que dissesse respeito a desaparecimentos políticos.

No entanto, por pressões internas, no ano seguinte foi aprovada uma nova lei de anistia (conhecida por *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado*), que abrangeu os casos de crimes cometidos pelos agentes das Forças Armadas ocorridos antes de março de 1985.

Mobilizações em massa da sociedade civil nos anos subsequentes propiciaram a coleta de assinaturas necessárias para que, dando efetividade a disposição constitucional local⁸, fosse a segunda lei de anistia submetida a referendo popular.

Neste referendo a lei foi confirmada, por 56,65% dos eleitores uruguaio que participaram da votação (BASTOS, 2009, p.155), o que encerrou as discussões internas sobre a validade da anistia. Esta, entretanto, não ganhou legitimidade internacional como reconheceu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu Relatório 29/92⁹.

Por sua vez, na África do Sul pós-apartheid a solução encontrada foi a criação de uma Comissão de Verdade e Reconciliação, com o objetivo de revelar as violações de direitos humanos ocorridas durante o regime. As organizações populares conseguiram evitar a aprovação de uma anistia em branco e o novo Governo democrático promulgou uma lei de anistia condicionada (*Promotional of National Unity and Reconciliation Act*), que conferia

⁸ A saber, o artigo 79 da Constituição Uruguaia de 1967, que previa a convocação de referendo sobre uma lei de anistia quando 25% dos eleitores daquele país se manifestassem naquele sentido.

⁹ Para a Comissão, a segunda lei de anistia uruguaia afrontou o direito a um julgamento justo e à proteção judicial, previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos em seu artigo 25.

poderes à Comissão para conceder o benefício sob a condição de que o interessado revelasse fatos relevantes sobre as atrocidades cometidas durante o regime anterior.

Criou-se, destarte, uma lei que garantia o direito à verdade aos familiares das vítimas do regime de segregação racial e que verdadeiramente se apresentava como bilateral, pois abrangia tanto os crimes de *apartheid* como os de *anti-apartheid*, perpetrados tanto pelos agentes estatais como por cidadãos comuns (BASTOS, 2009, p.160).

Embora não tenham optado por responsabilizar os violadores de direitos humanos do regime anterior, pode-se afirmar que os sul-africanos obtiveram êxito quanto ao cumprimento de um dos pilares da Justiça de transição, qual seja, a garantia de direito à verdade e à memória, impedindo que os fatos históricos caíssem no esquecimento e desenvolvendo uma consciência coletiva a respeito da gravidade dos acontecimentos.

1.2.3 As anistias internacionalmente legítimas com imunidade parcial

Já as anistias com legitimidade internacional e imunidade parcial são restritas aos crimes políticos ou limitadas a crimes previamente definidos, sempre em observância ao direito internacional.

No Haiti, nação marcada por diversas crises humanitárias e violência institucional, houve nos idos de 1994 a emissão pelo Parlamento de uma anistia geral para os militares envolvidos num golpe de Estado ocorrido três anos antes, que houvera derrubado o primeiro presidente eleito da História do país, Jean Bertrand-Aristide.

A comunidade internacional negava reconhecimento ao governo de fato instalado no Haiti e a lei de anistia local somente ocorreu após o Conselho de Segurança da ONU, liderado pelos Estados Unidos, ter autorizado diversas sanções econômicas e uma invasão multilateral ao país.

O alcance da lei haitiana era limitado, restringindo-se aos crimes políticos, e não incluía delitos perpetrados contra a população civil. No entanto, fatores internos como a falta de estrutura do Poder Judiciário e a incapacidade do Estado de oferecer proteção às vítimas impediram que se desse a responsabilização dos agentes estatais, acirrando os ânimos e a

sensação de impunidade dos haitianos, que atualmente passam por mais um período de crise em sua conturbada vida política.

1.2.4 As anistias localmente e internacionalmente legítimas com imunidade parcial

Finalmente, a anistia com legitimidade interna e internacional e imunidade parcial possui o mais restrito propósito, adequando-se assim à visão do Estado como um membro da comunidade internacional, que reconhece o valor do Direito Internacional Humanitário, sendo aplicável apenas aos crimes em que não há uma obrigação a processar assumida pelo Estado. Essa norma é aprovada pela comunidade internacional, pelo Conselho de Segurança da ONU ou por algum tratado multilateral.

São exemplos os casos das anistias da Bósnia-Herzegovina e da Croácia, editadas como um meio para a pacificação da região dos Bálcãs. As leis se originaram de reiterados acordos internacionais para o fim do conflito, em especial o *Acordo de Paz de Dayton*, iniciado na cidade americana de mesmo nome e assinado em Paris em 14 de dezembro de 1992 (BASTOS, 2009, p.172).

As leis daqueles países restringiam sua abrangência aos crimes que não importassem em violações do direito internacional humanitário. Somente os delitos cometidos contra o Estado foram anistiados (a saber, porte ilegal de armas, propagação de informação falsa, dentre outros), e não os delitos praticados contra os indivíduos.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO BRASILEIRO

2.1 A lei de anistia brasileira

A lei 6.683/79 pode ser enquadrada, a nosso ver, na categoria de anistias em branco, principalmente no tocante à sua legitimidade. O projeto que deu origem ao ato normativo foi apresentado pelo governo militar a um Congresso composto a partir de regras eleitorais que demonstravam sua total submissão ao Poder Executivo.

Um ano antes, temendo que o único partido de oposição consentido pelo regime (o MDB) adquirisse a maioria das cadeiras do Legislativo, o então Presidente Geisel havia fechado o Congresso e determinado mudanças na legislação eleitoral. Um terço dos senadores passou a ser indiretamente escolhido pelas assembleias legislativas de cada Estado, o que permitia ao governo manter a maioria nas Casas.

Notadamente, não havia espaço para uma verdadeira discussão democrática quanto aos termos da proposição. A propósito, considera ZELIC (LEI..., 13 fev. 2010) que:

“A Lei de Anistia foi aprovada com 50,61% dos votos, ou seja, 206 votos da ARENA contra 201 do MDB; devemos olhar o que representa não só a aprovação da legislação, mas seu resultado: a diferença de somente 5 votos, ou seja, com uma diferença de 1,23% a favor do governo, reflete o desacordo expresso nos votos da oposição contra a aprovação dessa lei que, com uma abrangência parcial, negaria anistia a inúmeros presos políticos, por tipo de pena, e garantiria a segurança jurídica para os agentes públicos e civis que praticaram crimes comuns de lesa-humanidade naquele período. (...) Desconsiderando toda discussão realizada pela manhã do dia 16 de setembro de 1979, na 7ª reunião, o parecer vai a voto do jeito que foi apresentado pelo relator da Arena anteriormente, conforme acordado nos gabinetes do executivo. Em sessão aberta no final da tarde, a última reunião da comissão é o registro histórico da farsa que agora tentam usar para garantir a impunidade dos torturadores do regime militar. Todo o “diálogo” se deu através do voto da maioria, da Arena, derrubando tudo que não constava do parecer apresentado pelo relator e acordado com o ministro da Justiça e o general-presidente”.

Com relação ao seu alcance, muito se discute quanto à amplitude da expressão “*crimes conexos a políticos*”. Por longos anos, prevaleceu juridicamente a interpretação de que a lei de anistia era *bilateral* ou *de duas vias*, isto é, teria beneficiado tanto os opositores quanto os agentes ligados ao regime militar. Daí se afirmar que seu escopo era abrangente, uma vez que o ato normativo não discriminou expressamente os crimes que efetivamente foram anistiados e que a indeterminação do que seriam crimes conexos abria espaço para a interpretação jurídica mais abrangente possível.

Referida linha de raciocínio tinha como fio condutor o argumento segundo o qual por ser a lei 6.683/79 uma norma penal benéfica seria lícito interpretar extensivamente seus dispositivos (AGUIAR, 2008). Destarte, crime político seria aquele que tivesse por objetivo alterar o regime dominante no país e, numa alegada simetria, aquele cometido para a manutenção da ordem vigente.

Nesse sentido, afirma BASTOS (2009, pp.186-187):

“Ainda sobre a questão do propósito da anistia, no caso brasileiro, foi possível observar que se tratava de uma proposta a mais abrangente possível, pois sob o conceito de “crime conexo” seria possível abarcar inúmeras violações dos direitos humanos. E, apesar das reflexões de vários parlamentares sobre temas vinculados à questão dos desaparecidos políticos, sugerindo emendas para: (i) a inclusão do pagamento de pensão a dependentes de pessoas que sumiram após terem sido detidas por órgãos de segurança; (ii) a abertura de sindicâncias, pelo Ministério da Justiça, para apurar os desaparecimentos; (iii) a instauração de inquérito pela Polícia Federal para identificar as circunstâncias dos desaparecimentos; e (iv) a equiparação do desaparecimento à morte natural, o governo parecia não se importar com as falhas apontadas em seu projeto.”

É certo que parte da doutrina brasileira posicionou-se contrária à extensão da anistia aos que agiam em nome do regime militar, sob o fundamento de que não seria possível reconhecer uma conexão entre ações que atingiriam bens jurídicos diversos. Referido entendimento se embasava no instituto da conexão, que embora originalmente fosse oriundo do direito processual penal, assumiria contornos de direito material na lei objeto de estudo. A conexão exigida pela lei diria respeito a uma relação de meio a fim, somente preenchido tal requisito quando o delito que fosse apontado como conexo estivesse relacionado com os mesmos propósitos dos crimes políticos.

Destarte, no entender de tal corrente, inexistindo identidade de motivações para a prática dos delitos seria forçoso reconhecer que a conexão exigida pela lei de anistia não compreenderia aqueles crimes que fossem cometidos na repressão aos crimes tidos como políticos.

Exemplificativamente, no entender de Flávia PIOVESAN (2010, pp.99-100):

“Quanto à Lei de Anistia de 1979, que abrange crimes políticos praticados entre 1961 a 1979, há que se afastar a insustentável interpretação de que, em nome da conciliação nacional, a Lei de Anistia seria uma lei de “duas mãos”, a beneficiar torturadores e vítimas. Esse entendimento advém da equivocada leitura da expressão “crimes conexos” constante da lei. Crimes conexos são os praticados por uma pessoa ou grupo de pessoas, que se encadeiam em suas causas. Não se pode falar em conexidade entre os fatos praticados pelo delinquente e pelas ações de sua vítima. A anistia perdoou a estas e não àqueles; perdoou as vítimas e não os que delinquem em nome do Estado. Ademais, é inadmissível que o crime de tortura seja concebido como crime político, passível de anistia e prescrição.”

Da mesma forma, para Hélio BICUDO (RBCCrim, 53/2005, pp.91-92):

“Por outro lado, se entrarmos no campo da causalidade, iremos concluir ainda pela impossibilidade de considerar-se conexos com os crimes anistiados os delitos praticados pelos agentes do Estado nas diligências policiais destinadas a coibir os crimes que a anistia considerou impuníveis ou inexistentes. (...)

Assim, é causa a totalidade dos elementos indispensáveis para verificar-se o efeito, mas é preciso distinguir a causa das meras condições.

Destarte, os delitos anistiados constituíram-se não em causas, mas em meras condições para que agentes do Estado, fossem quais fossem, impusessem, aos sujeitos abrangidos pela lei de anistia, os tratamentos cruéis e degradantes a que foram submetidos. Então, não há entre uns e outros a pretendida conexidade, que decorre de um nexos causal entre as ações praticadas entre as ações praticadas por uma ou mais pessoas, objetivando um mesmo fim.”

No entanto, considerando que a interpretação do texto de norma que prevaleceu foi o mais abrangente, beneficiando também os que atuaram na repressão política, pode-se

enquadrar a lei de anistia brasileira também sob a classificação de uma *anistia em branco*. Isso equivale a dizer que a lei 6.683/79 constitui hipótese de *auto-anistia*, vez que continua a ser utilizada para justificar a imunidade de agentes estatais que atuaram na repressão política contra os opositores do regime militar.

Não questionamos neste trabalho se a postura adotada pela jurisprudência nacional refletiria o real alcance que o legislador da época pretendeu conferir ao ato. Nosso objetivo é demonstrar que a interpretação dominante é insustentável, face aos compromissos internacionais assumidos pelas nações civilizadas.

2.2 A Justiça de Transição e seu desenvolvimento no Brasil pós-Ditadura

No contexto de uma transição política há a necessidade de adoção pelos Estados de ações que permitam o restabelecimento da democracia e a compensação às vítimas, que foram perseguidas pela ideologia dominante do regime anterior.

Destarte, a Justiça de Transição é um feixe de medidas universalmente reconhecidas que permitem ao Estado superar as atrocidades e conflitos vividos durante um período ditatorial com vistas à implementação de um governo verdadeiramente democrático. Pode-se dizer, em síntese, que são quatro seus principais objetivos: I) garantir o direito à verdade; II) indenizar os perseguidos políticos; III) reformar as instituições, tornando-as democráticas; IV) responsabilizar os perpetradores de violações aos direitos humanos.

No Brasil não houve um pleno desenvolvimento de tais metas.

A *garantia do direito à verdade* deveria ocorrer através do mais amplo acesso aos arquivos estatais relacionados ao período de exceção (WEICHERT, RBCCrim, 74/2008, p.183). A criação de uma Comissão Nacional da Verdade, como pretendeu fazer o atual Governo através do polêmico Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)¹⁰ poderia impedir que tais fatos históricos caíssem no esquecimento. Entretanto, as “leis do sigilo” (Lei n. 8.159/91 e Lei n. 11.111/05), que ainda estão em vigor, possibilitaram a restrição ao acesso de arquivos públicos históricos ao conceder ao Executivo a regulamentação via decreto do

¹⁰ Vide Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, posteriormente alterado pelo Decreto nº 7.177, de 12 de maio de 2010.

tempo de inacessibilidade do documento sigiloso referente “à *segurança da sociedade e do Estado*” (PEREIRA, 2010).

Quanto à *compensação aos perseguidos políticos*, o reconhecimento da responsabilidade do Estado brasileiro pelas violações ocorridas durante o regime adveio com a lei 9.140/95, que declarou a morte presumida de 136 desaparecidos políticos e possibilitou aos familiares o requerimento de atestados de óbito e o pagamento de indenizações, a ser avaliado por uma Comissão especialmente instituída para tal fim. Posteriormente, a lei 10.559/2002 regulamentou o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que previa a concessão de reparação econômica aos que haviam sido impedidos de exercer suas atividades em razão da discricionariedade do regime militar (BASTOS, 2009, pp.204-205).

Com relação à *reforma das instituições*, cabe salientar que a democracia nascente herdou a estrutura burocrática administrativa do antigo regime e não se preocupou em alterá-la significativamente. BERCOVICI (2010, p.90) considera que “a questão do controle democrático da intervenção econômica e social do Estado continua sem solução sob a democrática Constituição de 1988 e toda sua estrutura administrativa, ainda herdada da ditadura militar”. No tocante às Forças Armadas, vale dizer que continuaram a existir exatamente da mesma forma como eram constituídas no período anterior; os mesmos oficiais que eram parte dos quadros militares neles permaneceram e não existiram expurgos (BASTOS, 2009, p.184).

Finalmente, o quarto objetivo de uma Justiça Transicional está diretamente relacionado com o tema objeto deste trabalho. Trata-se da *responsabilização dos violadores de direitos humanos*, que tiverem cometido crimes de lesa-humanidade¹¹, ligados ao regime ditatorial.

As sanções deveriam ocorrer tanto no âmbito civil como no plano do direito criminal, uma vez que a jurisprudência internacional considera que devem ser afastados quaisquer óbices para a persecução penal, tais como auto-anistias, prazos prescricionais e limitações materiais e políticas às investigações (WEICHERT, RBCCrim, 74/2008, p.183).

¹¹ Vide Capítulo 4 desta monografia.

Nesse ponto, verifica-se que a interpretação dominante conferida à lei 6.683/79 representa um obstáculo à completa realização da Justiça de Transição em nosso país.

3 OS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 O posicionamento dos tratados que versem sobre direitos humanos no direito pátrio

Duas correntes doutrinárias principais, com suas respectivas variantes, procuram a seu modo solucionar o conflito entre fontes do direito de origem interna e internacional.

Para o monismo, existiria um único sistema jurídico não sendo cabível considerar a existência de dualidade entre um sistema de direito interno e um sistema de direito internacional. Por outras palavras, nenhuma providência precisaria ser tomada internamente pelos Estados para que os tratados e convenções assinados no plano internacional passassem a vigorar internamente, já que o sistema jurídico seria uno.

Referida teoria subdivide-se em três correntes: a) há os monistas que entendem prevalecer as fontes do direito internacional sobre as internas; b) há também os que consideram haver prevalência das fontes do direito interno sobre as internacionais (essas duas variantes podem ser agrupadas sob a designação “monismo radical”); c) finalmente, há os adeptos do monismo “moderado”, que defendem a prevalência das normas constitucionais internas sobre quaisquer outras, mas a inexistência de hierarquia entre a legislação ordinária e os tratados e convenções (eventual conflito entre as fontes deveria ser resolvido pelos critérios de generalidade e especialidade)¹².

Por outro lado, o dualismo advoga a tese de que direito interno e direito internacional constituiriam sistemas distintos, devendo aquele possuir um mecanismo de internacionalização do segundo para que as normas alienígenas pudessem vigorar no âmbito de um Estado.

¹² Há inclusive monistas que admitem as Convenções não ratificadas como fontes do direito. Jacob DOLINGER (2008, P.69-70), embora sob um enfoque de direito internacional privado, entende que a falta de ratificação pelos órgãos competentes de cada Estado decorre muitas vezes de problemas internos que não refletem discordância dos especialistas com o texto do acordo. Citando o Embaixador Geraldo Eulálio Nascimento e Silva, considera que as Convenções não ratificadas evidenciam um costume internacional, integrando-se assim no direito internacional costumeiro.

Também comporta subdivisões tal teoria: a) os adeptos do dualismo radical entendem que a internalização das fontes de direito internacional só poderia ser feita através da promulgação de uma lei que reproduzisse na íntegra o texto do tratado; b) os dualistas moderados defendem que bastaria obedecer ao procedimento de internalização previsto na Constituição de cada Estado.

O texto original da atual Constituição brasileira propiciou acirrada discussão doutrinária ao determinar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais oriundos de pacto estabelecido entre o Estado brasileiro e outros sujeitos de direito internacional¹³.

A partir desse dispositivo, surgiu tese que advogava a equiparação dos tratados e convenções de direitos humanos às normas constitucionais, defendida por Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan (apud MAZZUOLI, 2002). No entanto, o legislador constituinte derivado cuidou de acrescentar o §3º ao artigo 5º da Constituição¹⁴, via Emenda Constitucional n.º. 45/2004, estabelecendo procedimento similar ao das emendas para que tais tratados pudessem adquirir *status* de norma constitucional.

Manteve-se, entretanto, a ausência de solução constitucional expressa quanto a eventual conflito entre a legislação ordinária nacional e os tratados internacionais. Coube ao Supremo Tribunal Federal, em conhecido julgado¹⁵, fixar o entendimento de que os tratados que versassem sobre direitos humanos e fossem ratificados sem que tivessem passado pelo procedimento versado pelo §3º do artigo 5º da Constituição, estariam num plano superior ao da legislação ordinária, mas inferior ao das disposições constitucionais.

Teriam, assim, o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda a disciplina normativa infraconstitucional conflitante, mas não de revogar disposições constitucionais. Os instrumentos internacionais de direitos humanos admitidos pelo Brasil formariam um bloco normativo *supralegal*, que prevaleceria sobre a legislação ordinária interna.

¹³ CR/88: art. 5º, §2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁴ CR/88: art. 5º, §3º: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

¹⁵ Fala-se aqui do RE 466.343-1/SP, que fixou o entendimento de que a prisão do depositário infiel, não obstante a previsão constitucional que a autorizava, não seria mais lícita em virtude do Brasil ter ratificado o Pacto de São José da Costa Rica. Esse instrumento não contempla tal modalidade de prisão civil, admitindo tão somente a prisão do devedor de alimentos.

Cumpra salientar que reconhecida corrente da doutrina internacional, representada por MAZZUOLI (2008, p.340) possui o entendimento de que tal posição do Supremo Tribunal Federal é insuficiente. Para tais doutrinadores, os tratados internacionais *comuns* é que estariam num nível hierárquico intermediário entre a Constituição e a legislação ordinária enquanto os tratados de *direitos humanos* ostentariam o *status* de normas constitucionais, independentemente de seu *quorum* de aprovação. Aplica-se aqui o princípio da supremacia do Direito Internacional dos direitos humanos e da prevalência de suas normas em relação a toda normatividade interna, seja ela anterior ou posterior.

Alguns dispositivos de nossa legislação embasariam tal interpretação, dentre os quais estariam o artigo 5º do Código Penal brasileiro¹⁶ e o artigo 1º, inciso I, do Código de Processo Penal¹⁷, que ressaltariam a superioridade dos atos normativos internacionais (MAZZUOLI, 2008, p.342) em confronto com as regras de direito internas.

Feitas tais considerações, devemos prosseguir citando os instrumentos internacionais de direitos humanos já reconhecidos pelo Estado brasileiro que se relacionam com o tema objeto de estudo.

3.2 Um breve panorama sobre o atual status das Convenções ligadas à questão da anistia em nosso País

O Brasil é signatário de diversas convenções, tendo ratificado o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (em 1992), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁸ (em 1992), a Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (em 1991), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (em 1989) e o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional (em 2002).

¹⁶ CP: art. 5º. Aplica-se a lei brasileira, *sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional*, ao crime cometido no território nacional.

¹⁷ CPP: art. 1º, I. O processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, *ressalvados os tratados, as convenções e regras do direito internacional*.

¹⁸ Também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica.

Por outro lado, nosso país ainda não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade (o pacto foi assinado em 1968), a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento forçado de Pessoas (aprovada pela Assembléia Geral da OEA em Belém do Pará no ano de 1994) e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado.

Há que se ressaltar que desde o ano de 1914, quando ratificou a Convenção de Haia de 1907, o Brasil reconhece a existência de preceitos cogentes do direito internacional. (WEICHERT, RBCCrim 74/2008, p.226). É imperioso lembrar também a recente ratificação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ocorrida em 2009¹⁹.

Referidos preceitos constituem o que a doutrina chama de *jus cogens*, que é um conjunto de normas imperativas de Direito Internacional (mínimo-ético universal) que estariam num plano superior à autonomia da vontade dos Estados, não podendo ser contrariadas por normas internas ou mesmo por outras normas de direito internacional que não ostentassem a mesma natureza.

Destarte, todos os países que fazem parte do sistema global de direitos humanos devem observá-los, sob pena de violação dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado e, fundamentalmente, de enfraquecimento da proteção aos indivíduos que o habitam.

¹⁹ A referida Convenção foi ratificada pelo governo brasileiro em 25 de setembro de 2009 e promulgada pelo decreto n.º. 7.030. Seu artigo 53 enuncia que as normas imperativas de Direito Internacional geral (*jus cogens*) só podem ser modificadas por normas ulteriores de Direito Internacional geral da mesma natureza.

4 CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E AUTO-ANISTIAS

4.1 O que se deve entender por “Crimes contra a Humanidade”

Os *crimes contra a humanidade* (ou de lesa-humanidade) caracterizam-se por constituírem atos desumanos cometidos contra a população civil, no contexto de uma perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos (WEICHERT, RBCCrim, 74/2008, p.174). De um modo geral, tais violações ocorrem de forma sistemática e generalizada e atingem certo segmento da população civil.

Ao contrário dos crimes de guerra, os crimes contra a humanidade não precisam de um elemento transnacional e, distintamente do genocídio, não se limitam aos casos em que a intenção de destruir um grupo racial, étnico ou religioso possa ser comprovada. É possível responsabilizar um indivíduo por um crime dessa natureza mesmo que apenas uma ação tenha sido perpetrada por ele, desde que a ofensa faça parte de um padrão de comportamento impróprio, conduzido por pessoas vinculadas a um mesmo ofensor (BASTOS, 2009, p.55).

O Estatuto de Roma considera como integrantes da categoria os seguintes atos, desde que cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil²⁰: 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, escravidão 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, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer outro ato dessa natureza ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) desaparecimento forçado de pessoas; j) crime de *apartheid*; k) outros atos desumanos de caráter semelhante,

²⁰ Vide artigo 7º daquele Estatuto.

que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

Embora o Brasil não tenha ratificado a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e de Lesa-humanidade, os princípios decorrentes de tais tratados são *jus cogens* no plano internacional. Destarte, com relação a tais delitos não se opera a prescrição nem mesmo podem ser adotadas medidas de extinção da punibilidade que obstem a sanção penal pelas condutas dos agentes que os praticarem.

4.2 Da aplicabilidade do conceito de crimes contra humanidade às violações perpetradas durante o regime militar

As violações ocorridas no regime militar brasileiro não constituíam meros excessos de um ou outro agente policial. Ao contrário, faziam parte de um programa de governo bem definido que pretendia evitar a tomada do poder pelos opositores que, segundo a visão das Forças Armadas, representavam uma ameaça subversiva.

Sob a ideologia da *doutrina de segurança nacional e desenvolvimento*, foram eleitos alguns “inimigos da Revolução”: os partidos de esquerda, os movimentos sindicalista, camponês e estudantil, parte do clero progressista, além de alguns jornalistas, artistas e intelectuais (SWENSSON JÚNIOR, 2010, p.34).

A sucessiva edição de atos institucionais que suprimiam garantias fundamentais, como a estabilidade de servidores públicos (que se tornaram demissíveis após investigação sumária), a eleição direta para Presidente da República, a livre existência dos partidos políticos e mesmo o *habeas corpus* nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, demonstram a existência de uma estrutura de repressão direcionada aos que se opunham ao governo de fato instituído no Brasil.

É possível, dessarte, considerar que as práticas repressivas dos agentes estatais ocorridas durante a ditadura militar brasileira, por se dirigirem a certo segmento da população civil, ocorrendo por motivos políticos (o que não significa que se confundam com os crimes

políticos) de forma sistemática e organizada (já que faziam parte de uma política de Estado) se enquadram na categoria de crimes contra a humanidade.

Entretanto, vale salientar que, embora o catálogo de práticas delituosas oferecidas pelo Estatuto de Roma possa ser utilizado para a elucidação do conceito de crimes contra a humanidade, não seria o Tribunal Penal Internacional o órgão competente para o julgamento das atrocidades ocorridas no Brasil.

Somente os crimes ocorridos após a entrada em vigor do Estatuto de Roma no Estado em que ocorreram poderiam ser julgados pelo Tribunal (SWENSSON JÚNIOR, 2010, p.101), conforme se depreende de seus artigos 11 (que enuncia a competência *ratione temporis*) e 22 (que trata do princípio da legalidade).

4.3 A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as auto-anistias

Resta saber se os órgãos de Justiça internos estariam obrigados por outros instrumentos normativos internacionais ao julgamento dos agentes estatais que atuaram na repressão política aos opositores da ditadura.

Nesse ponto, a resposta parece ser positiva. Segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos, são garantidos aos indivíduos os direitos a um tratamento humano e à proteção judicial. As vítimas da ditadura e seus familiares teriam tais direitos violados devido à inércia do Estado brasileiro na apuração e esclarecimento dos delitos cometidos pelos integrantes dos órgãos de repressão.

Cabe ressaltar que a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos é reconhecida pelo Brasil²¹ e sua jurisprudência considera que as leis de “auto-anistia” violam obrigações internacionais no campo dos direitos humanos (PIOVESAN, 2010, p. 100). Como

²¹ De fato, o Estado brasileiro ressaltou que a jurisdição da Corte se limitaria à apreciação de fatos ocorridos após 10 de dezembro de 1998. A jurisprudência da própria Corte demonstra, todavia, que tem sido afastada tal questão preliminar tendo em vista a natureza permanente das violações. Essa tendência será demonstrada adiante, no item 4.3.2.

exemplos podem ser citados diversos julgados daquela Corte, como *Barrios Altos vs. Peru* e *Almonacid Arellano vs. Chile*. Impõe tecermos considerações sobre os mesmos.

4.3.1 Barrios Altos vs. Peru

No primeiro caso, ocorrido no ano de 1.991 em um bairro da cidade de Lima, foram executadas quinze pessoas e feridas outras quatro em ação atribuída a um grupo de extermínio denominado *Colina*, composto por membros do Exército Peruano (MARX, RIDEDEC 5/2009, p. 112). Argumentaram os executores que o ataque tinha por objetivo atingir membros do grupo guerrilheiro *Sendero Luminoso*, que supostamente estariam no local.

A despeito da alegação de que o fato somente poderia ser julgado pela Justiça Militar peruana, a juíza Antônia Saquicuray recebeu denúncia em 1995 contra cinco oficiais do exército que participaram do massacre. A Suprema Corte da Justiça Militar daquele país, porém, se declarou competente para julgar o caso e proibiu os réus de prestar depoimento a qualquer outro órgão jurisdicional (BASTOS, 2009, p. 253).

Antes que o conflito de competência pudesse ser resolvido, o Congresso peruano aprovou suas leis de anistia²² que eximiam de responsabilidade membros das Forças Armadas e civis que houvessem cometido violações de direitos humanos ou que tivessem tomado parte em tais crimes no período compreendido entre 1980 e 1995.

A juíza Saquicuray decidiu seguir com o processo, o que motivou represália da *Corte Superior de Justiça* daquele país, que determinou a investigação da magistrada pelo órgão interno de controle judicial.

Foi apresentada denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) que, após analisar o caso, apresentou demanda perante a respectiva Corte contra o Estado do Peru, sob o fundamento de que o país havia violado diversos dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, como os direitos à vida, a um tratamento humano, a um

²² V. capítulo 1 desta monografia.

juízo justo e à proteção judicial²³ às vítimas sobreviventes e aos familiares dos mortos, ao não permitir que os responsáveis pela ação respondessem por ela.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) condenou o Estado peruano, entendendo que a lei de “auto-anistia” adotada pelo país seria incompatível com a Convenção Americana, ao impedir a persecução penal dos perpetradores das violações de direitos humanos, descumprindo a obrigação de adequar o direito interno às disposições daquele instrumento normativo internacional.

Desse julgado pode ser extraída a seguinte conclusão: no entender da Corte, uma lei de auto-anistia configura um ilícito internacional, por propiciar uma injustiça continuada, impedindo às vítimas e aos seus familiares o acesso à justiça (PIOVESAN, 2010, p.101). Seria, destarte, inaceitável a utilização de disposições relativas à anistia, prescrição ou medidas destinadas a suprimir a responsabilidade criminal, como meio de evitar a investigação e punição de responsáveis por graves violações dos direitos humanos.

4.3.2 Almonacid Arellano vs. Chile

Almonacid Arellano era membro do Partido Comunista chileno e por isso considerado uma ameaça para o regime de Pinochet. Foi preso e sumariamente executado pelas forças de repressão política em 1973.

O caso foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Estado do Chile por violação ao sistema de proteção aos direitos humanos fixados na Convenção Americana de Direitos Humanos pela ausência de providências destinadas à apuração do ocorrido, responsabilização dos envolvidos e reparação de danos aos familiares (WEICHERT, RBCCrim, 74/2008, p.191).

Note-se que um único indivíduo foi vítima do delito, o que não impediu que o fato fosse considerado como crime contra a humanidade. Considerou a sentença que o episódio estava inserido num contexto mais amplo, qual seja, a perseguição de um determinado segmento da população civil através da utilização do aparato estatal.

²³ Expressos nos artigos 4, 5, 8 e 25 do referido Pacto.

De forma sistemática, podemos afirmar que o julgamento da Corte: qualificou o homicídio de Almonacid Arellano como crime contra a humanidade; ponderou que o mesmo crime não poderia ser objeto de anistia; definiu que o Chile havia violado a Convenção Americana de Direitos Humanos ao manter vigente o decreto-lei anistiador e concluiu que a aplicação desta norma reforçava as violações aos direitos consagrados na própria Convenção. (BASTOS, 2009, p.262).

A Corte considerou que era competente para julgar o caso, independentemente das ressalvas opostas pelo Chile à competência *ratione temporis* daquele órgão internacional²⁴. Há, neste aspecto, real similaridade com o caso brasileiro.

Independentemente dessa questão preliminar, mais importante é termos em conta que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é assente em considerar a invalidade das leis de auto-anistia. Poderiam ser citados inúmeros outros precedentes da CIDH ou da CorteIDH, como o *Caso Ignacio Ellacuría, S.J. e outros vs. El Salvador (Rel. 369/99, Caso 10.488)* e *Caso La Cantuta vs. Peru (Serie C, n. 162)* (BOTTINI & TAMASAUSKAS, RBCCrim, 77/2009, p.122), que apontam nesse mesmo sentido.

4.4 A iminente condenação do Brasil pela CorteIDH: o caso Gomes Lund

Está para ser julgada demanda proposta perante a CorteIDH contra o Brasil pela ausência de investigações sobre a detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de integrantes da chamada Guerrilha do Araguaia e camponeses da região, ocorridos durante os anos de 1972 a 1975.

O caso Gomes Lund e outros foi apresentado em 1995 perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (MARX, RIDEDEC 5/2009, p.114) que, após longo trâmite, considerou em seu parecer que o Estado brasileiro teria descumprido suas obrigações internacionais ao incorrer em violações aos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 8 (garantias

²⁴ Ao reconhecer a competência da Corte, o governo chileno ressaltou que o órgão internacional somente poderia apreciar fatos cujo início de execução fosse posterior a 11 de março de 1990.

judiciais), 13 (liberdade de pensamento em expressão) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conjunto com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeitar e garantir os direitos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da Convenção.

No tocante à lei de anistia brasileira, expressamente manifestou a CIDH (2009) em seu parecer:

“Além disso, a CIDH submete o caso à Corte porque, em função da Lei Nº 6.683/79 (doravante também “Lei de Anistia”), promulgada pelo governo militar do Brasil, o Estado não levou a cabo uma investigação penal com o objetivo de julgar e sancionar os responsáveis pelo desaparecimento forçado das 70 vítimas e pela execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva (doravante: “a pessoa executada”), cujos restos mortais foram encontrados e identificados em 14 de maio de 1996. (...)

A Comissão observa que o presente caso representa uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia em relação aos desaparecimentos forçados e a execução extrajudicial, e a resultante obrigação dos Estados de fazer a sociedade conhecer a verdade, e investigar, processar e sancionar as graves violações de direitos humanos.”

Ora, tomando por base os precedentes da CorteIDH que versam sobre a invalidade de leis de auto-anistia não é difícil perceber que sendo a lei 6.683/79 integrante daquela categoria, estaria o Brasil desafinado com essa tendência. Caso mantida a jurisprudência interamericana, o que certamente deve ocorrer, nosso país está próximo de receber uma condenação internacional pela não-apuração das violações de direitos humanos perpetradas por agentes ligados ao regime militar.

5 REVISÃO DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA E POSSÍVEL AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Partindo do pressuposto de que os tratados internacionais de direitos humanos seriam hierarquicamente superiores à legislação ordinária, caso adotada a postura jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, é preciso analisar se a interpretação que defende a revisão da lei de anistia entraria em conflito com nossa Constituição.

Não haveria tal dificuldade se adotássemos de imediato a corrente internacionalista que defende a equiparação daqueles tratados às normas constitucionais. Nesse caso, bastaria que fosse aplicado o postulado da *primazia da norma mais favorável à vítima* (ou seja, prevaleceria a norma que melhor protegesse o ser humano no caso concreto, fosse tal disposição interna ou de direito internacional), dando preferência às disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos em relação à norma interna de anistia em branco (BASTOS, 2009, p.226).

Devido à relevância do tema objeto de estudo, no entanto, preferimos analisar a questão também sob o ângulo constitucional. Destarte, é possível apontar alguns princípios que em tese poderiam estar sendo contrariados diante da postura doutrinária revisionista. A saber, o *princípio da igualdade* e os *princípios da legalidade e irretroatividade*.

5.1 Princípio da igualdade

De acordo com o princípio da igualdade, corolário de um Estado de Direito, previsto expressamente no artigo 5º, *caput*, de nossa Constituição²⁵, não poderia a aplicação de uma lei (ou, no presente caso, a revisão) ser feita de forma a conferir tratamento privilegiado a determinados indivíduos em detrimento de outros, sem que houvesse qualquer disposição normativa legítima que o estabelecesse.

²⁵ CR/88: art. 5º, *caput*: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*”.

Um dos pontos frequentemente destacados nos debates jurídicos sobre a revisão da lei de anistia brasileira é de que, se tal decisão fosse tomada, representaria uma afronta ao referido princípio. Segundo tal ponto de vista, caso seja excluída a incidência da lei brasileira somente aos agentes estatais, as atrocidades cometidas pelos movimentos armados de resistência ao governo militar ficariam impunes.

Argumenta-se então que, ao proceder à revisão, seria necessário apurar também as infrações penais cometidas pelos participantes da luta armada contra o regime militar, em homenagem ao princípio da isonomia (AGUIAR, 2008).

Os opositores da revisão da lei de anistia afirmam também, sob outro ângulo, que a mesma não seria motivada por um verdadeiro sentimento de justiça, mas sim por um *revanchismo* de setores políticos da esquerda brasileira que pretendem impor os rigores do ordenamento penal a qualquer custo aos seus antigos algozes.

Destarte, a nova interpretação serviria para aplacar os anseios de um movimento criminológico nacional denominado *esquerda punitiva*, que buscaria a responsabilização de seus adversários políticos (AGUIAR, 2008), identificados pelos membros da classe dominante, invertendo a lógica seletiva que costuma permear a aplicação do direito penal.

Referida visão ampara-se em conhecido artigo, escrito na década de 90 por Maria Lúcia Karam, intitulado “A esquerda punitiva”. A renomada penalista foi a primeira na doutrina a identificar na esquerda política nacional um discurso voltado à extensão da reação punitiva a condutas tradicionalmente imunes à intervenção do sistema penal.

5.2 Princípios da legalidade e da não-retroatividade

Caso nossa análise se restringisse ao arcabouço jurídico-positivo oferecido pelo direito penal brasileiro, seria possível reconhecer que a revisão da anistia que permitisse o julgamento dos torturadores ligados ao regime militar significaria uma violação ao princípio da irretroatividade da lei penal.

Desse princípio se extrai a regra pela qual uma lei de anistia integrante de um sistema jurídico, por representar uma extinção da punibilidade, jamais poderia ser revogada.

Haveria também, segundo parte da doutrina, afronta ao princípio da legalidade uma vez que a criminalização primária da tortura no Brasil ocorreu tardiamente, quase dez anos após a promulgação de nossa Constituição²⁶. Para Nilo Batista e Raúl Zaffaroni, haveria óbice à responsabilização penal dos torturadores sob este aspecto²⁷ (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA & SLOKAR, 2003, p.222).

5.3 Nosso posicionamento

Com relação ao *princípio da igualdade*, há que se observar que a lei de anistia brasileira não beneficiava todos os participantes da luta armada. Não foram anistiados aqueles indivíduos que já haviam sido condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal²⁸. A afronta à isonomia foi feita pela própria lei ao diferenciar indivíduos condenados e ainda não julgados pelos mesmos fatos, o que somente foi corrigido com a Emenda Constitucional 26/1985, e não no sentido pretendido por quem se opõe a uma eventual revisão.

Como antes já explicitado, a existência de crimes contra a humanidade pressupõe a utilização de um aparato estatal, capaz de encobrir as violações de direitos humanos. Não pode, portanto, ser atribuído tal caráter às ações de resistência à ditadura militar.

Quanto à alegação de que a revisão da lei seria objetivo de uma tendência penal conhecida como *esquerda punitiva*, não se quer aqui adentrar numa discussão sobre a existência do fenômeno, já que o objeto de estudo desta monografia é mais restrito. Entretanto, impõe-se afirmar que a revisão de uma auto-anistia não é uma questão meramente política, que possa ser reduzida à velha dicotomia entre esquerda e direita.

²⁶ O delito autônomo de tortura somente passou a ser reconhecido expressamente entre nós a partir da Lei 9.455, de 7 de abril de 1997.

²⁷ Referidos doutrinadores entendem, no entanto, que a lei de anistia não foi recepcionada pela Constituição de 1988.

²⁸ Vide §2º do artigo 1º da lei 6.683/79.

A jurisprudência internacional oferece vários exemplos de condenações de crimes contra a humanidade cometidos por agentes ligados a governos identificados como “*de esquerda*”. Cite-se, a título de argumentação, o Caso Kolk y Kislyiy vs. Estônia, julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos (apud WEICHERT, RBCCrim, 74/2008, p.210)²⁹, e a recente condenação, por um tribunal cambojano patrocinado pela Organização das Nações Unidas, do torturador Kaing Guek Eav, ligado ao Khmer Vermelho (TORTURADOR..., 26 jul. 2010).

Se a ditadura brasileira pode ser identificada como um regime “*de direita*”, isso é irrelevante para o direito internacional. Não há a pretendida violação ao princípio da isonomia na restrição dos efeitos aos agentes estatais, embora seja certo que os grupos políticos nacionais tenham interesse em se posicionar de forma diversa.

Por sua vez, quanto à alegada violação aos *princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal mais gravosa*, vale dizer que ainda que o crime autônomo de tortura somente tenha sido reconhecido pelo legislador brasileiro a partir da citada lei não é menos verdade que a prática da tortura não era absolutamente desconhecida do ordenamento pátrio.

O Código Penal brasileiro, desde sua edição³⁰, reconhece como homicídio qualificado a conduta do agente que elimina a vida de outrem se utilizando de tortura³¹.

É certo que a atual doutrina concebe uma distinção entre a tortura seguida de morte e o homicídio qualificado por tal meio a partir do dolo do agente. Porém, tal diferenciação só faz sentido a partir do momento em que ocorre a tipificação expressa da conduta.

Ademais, é sabido que em diversas operações militares o objetivo era a aniquilação completa dos movimentos de resistência armada, o que demonstra o propósito de eliminação dos integrantes daqueles grupos guerrilheiros.

²⁹ Em Kolk e Kislyiy v. Estônia, julgado em 17 de janeiro de 2006, a Corte Européia considerou acertada decisão de órgão jurisdicional interno estoniano que havia condenado os soviéticos August Kolk e Petr Kislyiy por crime contra a humanidade consistente na transferência forçada de famílias para outras regiões do país. Os acusados procuravam reverter a sentença sob a alegação de que seus atos não eram vedados pelo ordenamento da União Soviética, vigente ao tempo dos fatos, e que já teria ocorrido a prescrição segundo as normas de direito interno.

³⁰ Em 7 de dezembro de 1.940, anterior, portanto, ao período da ditadura militar.

³¹ Vide artigo 121, §2º, inciso III, do Código Penal.

Importante é ressaltar nesse ponto que não se deve restringir a discussão ao delito de tortura, já que este não foi o único fato delituoso perpetrado durante os “anos de chumbo”.

A partir dos relatos esparsos de vítimas da repressão política e mesmo de agentes estatais que atuavam nos órgãos de repressão é possível enumerar alguns delitos praticados “em nome da *segurança nacional*” que já se encontravam tipificados pelo Código Penal vigente naquele período (e que se assemelhavam aos tipos penais previstos nos Códigos Penais Militares de 1.944 e 1.971, também vigentes durante o regime).

Foram cometidos: a) crimes contra a vida e integridade corporal: homicídio (art. 121), lesões corporais (art. 129), maus-tratos (art. 136), omissão de socorro (art. 135), etc.; b) crimes contra a liberdade individual: privação arbitrária de liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado (art. 148), constrangimento ilegal (art. 146), ameaça (art. 147), violação de domicílio (art. 150), etc.; c) crimes contra o patrimônio: furto (art. 155), dano (art. 163), apropriação indébita (art. 168), etc.; d) crimes contra o respeito aos mortos: destruição ou ocultação de cadáver (art. 211); crimes contra a liberdade sexual: estupro (art. 213), atentado violento ao pudor (art. 214); f) crimes de falsificação: falsificação de documento público (art. 297), atestado falso por médico (art. 302); g) crimes contra a administração pública: concussão (art. 316), violência arbitrária (art. 322), abuso de autoridade (art. 350), condescendência criminoso (art. 320), etc. (SWENSSON JUNIOR, 2010, pp. 62-63).

Comparando tais condutas com os crimes previstos no Estatuto de Roma como de lesa-humanidade, mesmo sem recorrer à interpretação analógica permitida pelo tratado³², é imperioso notar que algumas delas encontram total compatibilidade.

A previsão do homicídio ocorre em ambos os atos normativos. Por sua vez, as prisões arbitrárias (ou seja, em desacordo com as normas de direito internacional) e desaparecimentos forçados guardam similaridade com o delito de seqüestro. Embora inexistente o crime autônomo em nosso ordenamento, as condutas praticadas pelos torturadores do regime durante a ditadura podem perfeitamente ser enquadradas como outros tipos penais, a depender do caso concreto.

Não há qualquer mácula ao princípio da tipicidade estrita nessa operação hermenêutica. No caso do desaparecimento forçado, sua definição pode ser extraída da

³² Vide artigo 7º, alínea “k”, daquele Estatuto.

Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, subscrita pelo Brasil em setembro de 2007, ainda em vias de ratificação. Para a referida convenção, entende-se por tal crime contra a humanidade “a prisão, a detenção *ou o sequestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade que seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, apoio ou aquiescência do Estado, e a subsequente recusa em admitir a privação da liberdade ou a ocultação do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, privando-a assim da proteção da lei.*”³³.

O legislador brasileiro, desde a origem do Código Penal, tipifica como seqüestro ou cárcere privado a conduta daquele que “*priva alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado.*”³⁴ Há que se reconhecer a perfeita adequação entre a conduta internacionalmente reprimida e o tipo penal estabelecido pelo direito pátrio, ainda que este seja mais abrangente.

Em recente pedido de extradição³⁵, o Supremo Tribunal Federal admitiu que os delitos são equivalentes. Preenchido o requisito da dupla tipicidade (ou seja, o fato que motivava o pedido era considerado crime tanto no Brasil como no Estado requerente), o major uruguaio Manuel Cordero Piacentini foi extraditado para ser julgado na Argentina por um seqüestro de menor, ocorrido em Buenos Aires, durante atividade da Operação Condor.

Uma solução compatível com as tendências da jurisprudência internacional e adequada ao arcabouço jurídico-positivo brasileiro seria processar os militares que houvessem participado de crimes de desaparecimento forçado pelo delito de seqüestro, sem que fosse possível a alegação de excludentes de responsabilidade inaplicáveis a crimes considerados de *lesa humanidade*. (MARX, RIDEDEC 5/2009, p.124).

Nesse ponto, vale ressaltar que a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e de Lesa-humanidade (Resolução ONU n°. 2.391) é de 1968 e, muito embora o Brasil não a tenha ratificado, é certo que suas disposições formalmente exteriorizam um princípio geral decorrente do *jus cogens* internacional (WEICHERT, RBCCrim., 74/2008)³⁶.

³³ Vide artigo 2º daquela Convenção.

³⁴ Vide atual artigo 148 do Código Penal.

³⁵ Ext 974 / República Argentina.

³⁶ Seria mesmo um contra-senso crer que o regime ditatorial nascente teria interesse em assinar e ratificar uma Convenção dessa natureza.

Quanto à prática da tortura, não há razão para se entender como atípica a conduta perpetrada pelos agentes estatais à época da ditadura.

O dolo específico de obter informação ou confissão da vítima ou de terceira pessoa somente passou a ser exigido pela legislação brasileira a partir da lei 9.455/97³⁷. Inexistindo qualquer disposição nesse sentido à época da ditadura militar, é imperioso entender que o ordenamento brasileiro reprimia a prática sob a forma de outros tipos penais.

De acordo com SWENSSON JÚNIOR (2010, pp.58-59):

“(…) Os principais modos de tortura eram: ameaçar a vítima e/ou seus familiares; obrigá-la a assistir a sessões de tortura de outros presos; espancar; exercer violência sexual, principalmente contra mulheres, com o estupro ou outros tipos de coação a atos libidinosos. Os meios ou instrumentos de tortura eram: a palmatória, o enforcamento, o “pau-de-arara” [era colocada uma barra de ferro entre os punhos amarrados e a dobra do joelho, pendurando-se o corpo do torturado] o choque elétrico, o “afogamento”, a “cadeira do dragão” [pesada cadeira, com assento de zinco, que possuía abertura para que fossem introduzidos terminais de uma máquina de choque] e a “geladeira” [ambiente de baixa temperatura e dimensões reduzidas, em que os torturados eram submetidos a sons estridentes]”.

Ora, tais condutas representavam na época outras figuras típicas, como o constrangimento ilegal, a ameaça e as lesões corporais. Havia, destarte, obrigação do Estado em proceder à persecução penal. Devido à lógica de governo implementada pela ditadura militar, tais fatos não receberam a reprimenda exigida por lei. Não se pode afirmar, por isso, que o Estado brasileiro foi inerte e que sobre tais ações teria incidido a prescrição.

Como as práticas adotadas pelos seus agentes podem ser enquadradas no conceito de crimes contra a humanidade, não é de se espantar que uma vez surgidas as condições democráticas para tanto os responsáveis por aquelas ações criminosas sejam julgados por seus atos.

³⁷ Vide artigo 1º, inciso I, alínea “a”, da referida lei.

Cumpra salientar que existe tendência hermenêutica internacional que recomenda o enquadramento dos fatos relacionados à prática da tortura no tipo penal mais próximo do delito, quando este não tiver sido reconhecido pelo direito interno do país em que ocorrer.

Nesse sentido, considera FOLEY (2003, p.76):

“A punição pelos crimes de tortura será determinada pelo direito interno. Entretanto, a Convenção contra a Tortura declara que cada Estado Membro ‘punirá esses crimes com penas adequadas que levem em conta a sua gravidade’ (...). Se a lei não tipificar nenhum crime sob essa denominação, ou se os fatos não se enquadrarem em uma definição nacional que seja mais estreita do que a definição internacional, deverá, então, ser invocada a categoria de crime seguinte mais grave que abarque tais fatos.”

Não é nossa proposta, porém, discutir minuciosamente o enquadramento típico da conduta dos agentes estatais (se tortura ou lesões corporais), já que isso somente poderá ser feito após o reconhecimento de que a interpretação dominante da lei 6.683/79 é inválida face aos compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil.

De todo modo deve-se pontuar, quanto à alegada violação do princípio da irretroatividade, que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos desde 22 de novembro de 1969 (embora somente tenha depositado sua ratificação em 25 de setembro de 1992). Reconhece, ademais, a existência de preceitos cogentes de direito internacional desde 1914, com a ratificação da Convenção de Haia de 1907, e não poderia contrariá-los.

Nesse sentido, afirma BICUDO (RBCCrim 53/2005, p.95) que um país que tenha firmado um tratado, mesmo que não o tenha ratificado, não pode frustrar seu cumprimento.

Considerada a posição do Supremo Tribunal Federal que vislumbra os tratados internacionais de direitos humanos como componentes de um bloco de *supralegalidade* é de se reconhecer que a lei de anistia não pode ser interpretada como faz a jurisprudência dominante nacional.

6 ADPF 153 – UMA SÍNTESE DA DECISÃO DO STF SOBRE A LEI DE ANISTIA

6.1 Principais Fundamentos dos Votos Vencedores

Recentemente, nossa mais alta Corte de Justiça se viu diante de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pelo Conselho Federal da OAB que pretendia conferir interpretação conforme a Constituição da República ao dispositivo da lei 6.683/79 que estendia seus benefícios aos crimes conexos a políticos³⁸.

O caso foi submetido a julgamento³⁹ e, por maioria de votos, considerou o STF improcedente a arguição, ficando vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto.

No entender dos demais ministros, a anistia brasileira não viola o princípio democrático e republicano em face das circunstâncias históricas em que ocorreu. Ademais, por ser uma *lei-medida*, isto é, de efeitos concretos já exauridos, não seria possível realizar uma interpretação consentânea aos dias atuais.

O Relator, Ministro Eros Grau, considerou que a lei brasileira veiculava hipótese de conexão *sui generis* ao mencionar que os crimes de qualquer natureza conexos a políticos estariam anistiados. A expressão deveria ser interpretada conforme o momento histórico de transição para a democracia e, por essa razão, teria aquele ato normativo caráter bilateral, amplo e geral.

Ponderou ainda que os preceitos da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e da lei incriminadora de tal prática em nosso país, bem como o dispositivo constitucional que veda a concessão de anistia para a tortura, seriam posteriores à lei 6.683/79 e não poderiam ser aplicados retroativamente. Rechaçou a hipótese de não-recepção da anistia pela nova ordem constitucional ao argumentar que a Emenda Constitucional 26/1985, que convocou a Assembléia Nacional Constituinte, reafirmou os termos da lei.

³⁸ Lei 6.683/79: Art. 1º, §1º. Consideram-se conexos, para efeito desse artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

³⁹ A ADPF n.º. 153 foi julgada pelos Ministros durante os dias 28 e 29 de abril de 2010.

No entanto, abriu as portas a uma revisão ao afirmar que não cabia ao Judiciário reinterpretar a anistia. Em sua concepção, eventuais mudanças do tempo e da sociedade poderiam autorizar o Poder Legislativo de nosso país a rever a extensão da lei. Citou, exemplificativamente, o caso argentino anteriormente mencionado neste trabalho⁴⁰. O argumento que procurava afastar a legitimidade da Corte para conferir interpretação diversa ao ato normativo foi seguido por outros ministros, como Carmem Lúcia.

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello procurou em seu voto distinguir a hipótese de nossa lei das anistias peruana e chilena, sob a alegação de que a brasileira representava um pacto entre o Estado e a sociedade para a superação do período ditatorial enquanto as outras, reputadas como *auto-anistias* pela Corte IDH seriam restritas aos crimes cometidos pelos agentes estatais.

Muitos ministros procuraram demonstrar, entretanto, seu repúdio pessoal aos atos praticados durante o regime e foram favoráveis à descoberta da verdade dos fatos históricos relacionados ao período, o que poderá ocorrer com a instalação de uma Comissão Nacional da Verdade e a abertura dos arquivos da ditadura (GOMES, 2010).

6.2 Principais Fundamentos dos Votos Vencidos

Houve, entretanto, dois votos minoritários que deferiam parcialmente a pretensão do Conselho Federal da OAB.

Ricardo Lewandowski considerou, embora sem adentrar na questão dos crimes de lesa-humanidade, que deveria prevalecer a interpretação segundo a qual os crimes praticados pelos agentes estatais seriam em regra *comuns*, devendo ser afastada a tendência hermenêutica dominante.

O Ministro lembrou ainda que o STF tem feito, em diversos pedidos de extradição, uma diferenciação entre *crimes políticos típicos* (que são aqueles praticados contra o Estado) e *crimes políticos relativos* (que constituem *hard cases* e, por isso, devem ser analisados caso

⁴⁰ Vide Capítulo 1 desta monografia.

a caso conforme os critérios de preponderância da motivação e da atrocidade dos meios). Por isso, não seria cabível no seu entender considerar automaticamente abrangidos quaisquer delitos praticados por agentes estatais no contexto da ditadura.

Ademais, citou parecer Técnico do *International Center for Transnational Justice* (ligado à ONU) que expressamente declarava a obrigação dos Estados que aderiram ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, já ratificado pelo Brasil, de investigar, ajuizar ações e, se for o caso, punir os responsáveis pelas violações de direitos nele protegidos.

Por outro turno, Carlos Ayres Britto contestou o método histórico de interpretação utilizado pelo Relator e ponderou que a ação dos torturadores desafiava inclusive a legalidade autoritária do regime militar, baseada em atos institucionais e complementares. Considerou que os militares que praticaram atos de tortura não estariam abrangidos pela lei, já que a natureza do crime não pode ser relacionada a um verdadeiro *crime político*.

Quanto à alegada hierarquia constitucional da Emenda Constitucional 26/1985, asseverou que o ato convocatório de uma Constituinte não teria o condão de impor a esta Assembléia quaisquer diretrizes. Por essa razão, não teria *status* constitucional.

Disse, por fim, que não via na lei de anistia o caráter “amplo, geral e irrestrito” usualmente vislumbrado e que a concessão do benefício, segundo a nova ordem constitucional, não poderia abranger os delitos previstos pelo inciso XLIII do artigo 5º da Constituição.

CONCLUSÃO

A lei 6.683/79 veicula hipótese de anistia em branco, que permitiu por sua amplitude a sedimentação da hermenêutica dominante de que a mesma poderia extinguir a punibilidade dos agentes ligados ao regime militar que participaram de atos de repressão durante os anos de chumbo.

Com o julgamento da ADPF n.º. 153, o Supremo Tribunal Federal perdeu excelente oportunidade para promover uma interpretação da anistia que fosse consentânea aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

A abordagem do Pretório Excelso não promoveu satisfatoriamente o diálogo entre as fontes do direito e nem mesmo levou em consideração que o próprio Código Penal brasileiro confere abertura hermenêutica para a prevalência dos tratados e convenções internacionais sobre a legislação interna⁴¹.

Mesmo que não quisesse dar um passo adiante na proteção de tais direitos, adotando a corrente internacionalista que defende a equiparação entre os tratados de direitos humanos e as disposições constitucionais seria possível buscar outra interpretação. Bastaria não desconsiderar sua própria jurisprudência sobre a prevalência dos tratados de direitos humanos sobre a legislação ordinária nacional.

Em nossa opinião, não é possível distinguir as leis de anistia chilena e peruana da lei de anistia brasileira, sob a alegação de que a nossa seria representativa de um pacto entre o Estado e a sociedade civil e, por isso, não seria uma lei de auto-anistia.

Cabe observar que os precedentes jurisprudenciais da CorteIDH enfatizam que as leis de anistia *não podem abranger os delitos praticados pelos agentes estatais*. O simples fato de ter sido utilizada para beneficiar quem agia em nome do regime militar já qualifica a nossa lei como integrante da categoria das *auto-anistias*. Não parece haver tolerância nem espaço para um suposto “acordo” que pudesse imunizar as condutas que representassem graves violações de direitos humanos.

⁴¹ Vide art. 5º de nosso Código Penal, anteriormente citado.

Não nos convence também o argumento segundo o qual apenas o Poder Legislativo estaria legitimado a elucidar o alcance da anistia e restringi-la. Se existe um conceito indeterminado na lei, qual seja, o que seriam “*crimes de qualquer natureza conexos a políticos*” caberá ao Judiciário proceder a uma leitura da expressão adequada ao fato de ser o Brasil um integrante do sistema global de proteção de direitos humanos.

Também não nos sensibiliza o enquadramento do ato normativo como uma lei-medida, que já teria exaurido seus efeitos. Se assim entendêssemos, nenhuma auto-anistia poderia ser declarada inválida. Ora, isso esvaziaria a proteção contra as graves violações aos direitos humanos, que devem ser compreendidas como de natureza permanente.

Os preceitos cogentes de direito internacional (*ius cogens*) impedem a concessão de auto-anistias para os agentes estatais que perpetrarem crimes de *lesa-humanidade*, que são universalmente considerados imprescritíveis. O reconhecimento de tais preceitos pelo Brasil é bem anterior ao regime militar, mas esse fato não foi objeto de análise pelo Supremo (exceção feita ao voto do ministro Ricardo Lewandowski, cuja formação é internacionalista).

A interpretação dominante da lei brasileira representa um obstáculo na realização de uma plena Justiça de Transição em nosso país, já que afronta o objetivo de *responsabilização dos violadores de direitos humanos* ligados ao Estado ditatorial.

Ao manter sua jurisprudência contrária aos precedentes da CorteIDH, o STF violou preceito constitucional que determina a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais⁴² das quais nosso país participe.

Destarte, ao não proceder à persecução penal dos agentes estatais que cometeram crimes contra a humanidade durante o regime militar (especialmente, homicídios, desaparecimentos forçados e tortura) o Brasil continua a contrariar os esforços da comunidade interamericana para a repressão a tais práticas.

⁴² CR/88: art. 4º, II: A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II – prevalência dos direitos humanos;

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. O “movimento da esquerda punitiva” e a revisão da Lei de Anistia. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, 25 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12005>>. Acesso em: 23 nov. 2010.

BASTOS, Lúcia Elena Arantes Ferreira. **Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir. **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 77-90.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. 9. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

BICUDO, Hélio. Anistia desvirtuada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 88-97.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. Lei de anistia: um debate imprescindível. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 77. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp.101-127.

FOLEY, Conor. **Combate à Tortura: Manual para Magistrados e Membros do Ministério Público**, Edição Brasileira. Reino Unido: Centro de Direitos Humanos, Universidade de Essex, 2003.

GARRETÓN, Manuel Antônio. Os direitos humanos nos processos de redemocratização. In: JEIN, Elizabeth; HERSHBERG, Eric. **Construindo a Democracia: Direitos Humanos, Cidadania e Sociedade na América Latina**. São Paulo, Edusp, 2006, pp.71-94.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de anistia: brilharam pela ausência as vítimas e seus direitos**. Nova Criminologia. Disponível em: <<http://www.novacriminologia.com.br/Artigos/ArtigoLer.asp?idArtigo=2700>>. Acesso em: 19.nov.2010.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. **Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 1996, pp. 79/92.

LUCHI DEMO, Roberto Luís. O regime jurídico da anistia política no Brasil. **Revista CEJ do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, Ano 12, n. 42. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/1053/1204>>. Acesso em: 23 nov. 2010.

MARX, Ivan Cláudio. De *Barrios Altos* à guerrilha do Araguaia: a possível condenação do Estado brasileiro. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n.5, Outubro 2009. Erechim, RS: Habilis, 2009, pp. 111-125.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e sua incorporação no ordenamento brasileiro**. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência, Ribeirão Preto, v. 27, n. ano 3, 2002, pp. 60-87.

MIRABETE, Júlio Fabrinni; FABRINNI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral Arts. 1º a 120 do CP**, v. 1, 23 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, André Luiz Gardesani. Acesso aos documentos históricos mantidos em arquivo pelo Estado. Análise sob o prisma do direito constitucional à verdade histórica e do postulado normativo da proporcionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2465, 1 abr. 2010. Disponível em: <<http://ju2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14614>>. Acesso em: 01 abr. 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o Caso Brasileiro. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir. **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010, pp. 91-107.

RAFECAS, Daniel Eduardo. La anulación de las leyes de impunidad frente a crímenes de lesa humanidad em la Argentina. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 357-384.

SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert. **Anistia Penal: Problemas de Validade da Lei Brasileira (Lei 6.683/79)**. Curitiba: Juruá, 2010.

TORTURADOR do Khmer Vermelho é condenado a 35 anos de prisão. **Portal G1**. 26 jul. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/07/torturador-do-khmer-vermelho-e-condenado-35-anos-de-prisao.html>>. Acesso em: 27 jul. 2010.

WEICHERT, Marlon Alberto. Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de anistia e prescrição penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 74. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp.170-229.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. 2. ed. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZELIC, Marcelo. Lei de anistia é um ataque aos direitos humanos. **Conjur.** 13 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-13/manter-lei-anistia-ataque-aos-avancos-direitos-humanos>>. Acesso em: 26 nov. 2010.