

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**ANISTIA E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL:
PERSPECTIVAS ACERCA DA PUNIÇÃO CRIMINAL**

ALEXANDRE ESTEFANI

Itajaí – SC
2016

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

ANISTIA E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL: PERSPECTIVAS ACERCA DA PUNIÇÃO CRIMINAL

ALEXANDRE ESTEFANI

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão

**Itajaí – SC
2016**

AGRADECIMENTOS

Este trabalho só foi possível graças a colaboração inestimável de pessoas de boa vontade e coração.

Agradeço ao meu orientador Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão pela inestimável contribuição, paciência e pela generosidade dos momentos compartilhados. O aprendizado desses momentos jamais será esquecido e há de ter influência para muito além do presente trabalho, principalmente pelas inquietações lançadas que, certamente, não de permanecer por muito tempo.

Agradeço a todos os professores do programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI pelas aulas ministradas e pelas experiências compartilhadas. Seus ensinamentos engrandeceram-me como pessoa e operador do direito.

Agradeço aos servidores da Univali, que de igual modo, têm inestimável participação nesta atividade pela sua cortesia no trato e disponibilidade no auxílio sempre necessário.

Agradeço a colegas que prestaram auxílio no decorrer do curso, em especial aos colegas João Luiz de Carvalho Bottega, que junto iniciou esta caminhada, a Priscila Castro, Ana Luiza Colzani e Jorge pelo generoso auxílio nos caminhos do mestrado.

Por fim, agradeço à banca examinadora pela atenção e contribuição.

DEDICATÓRIA

À Clara, para quem todos os dias são dedicados; em meio ao turbilhão,
de você veio a luz que tudo possibilita.

À Giovana, pela paciência, apoio, amor e afeto que permitiram
a conclusão desta dissertação.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade.

Itajaí, agosto de 2016.

Alexandre Estefani

Mestrando

RESUMO

Nesta dissertação, inserida na linha de pesquisa Direito e Jurisdição, com área de concentração em Fundamentos do Direito Positivo, faz-se uma análise da atuação da justiça em tempos de transição de regimes governamentais. A pesquisa é baseada na valoração dos direitos humanos em tais períodos e sua evolução histórica, tomando por bases leis de anistia. Mais especificamente, parte-se da análise da Lei da Anistia 6.683/79, advinda do regime militar brasileiro, para se analisar o funcionamento de toda a sistemática internacional de proteção dos direitos humanos, e como os tribunais criados por essa sistemática julgam a matéria. Este estudo explora a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos afetos a anistias envolvendo ditaduras militares na América Latina. Trata, também, de verificar como países sul-americanos lidaram com os julgamentos de seus militares e com a incorporação das decisões da Corte Interamericana na jurisprudência de seus Tribunais internos. Por conseguinte, a pesquisa analisa a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153 em comparação com a decisão da Corte Interamericana no caso Gomes Lund vs. Brasil. Nessa linha, identificada a dissonância nas decisões, busca-se perquirir como o Judiciário local deve tratar a matéria, se seguindo a decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal ou via controle de convencionalidade, com base na decisão da Corte Interamericana, de cujo sistema o Brasil é parte. A partir daí, analisam-se as relações entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos e os efeitos das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. Por fim, explora-se se há justificativas para a aplicação do direito penal, tanto em relação às questões jurídicas, como em relação às funções da pena e em ensaios criminológicos para os agentes de estado envolvidos nos crimes contra a humanidade, ocorridos no regime militar brasileiro. O método utilizado na fase de investigação foi o monográfico. As técnicas de investigação foram a revisão bibliográfica e fichamento.

Palavras-chave: anistia; justiça de transição; ditadura militar; controle de convencionalidade; direitos humanos.

ABSTRACT

This dissertation, which part of the line of research Law and Jurisdiction, with concentration on the Fundamentals of positive law, analyzes the action of justice in times of transition of government regimes. The research is based on the valuation of human rights in these periods and its historical evolution, building on amnesty laws. More specifically, it begins with an analysis of amnesty law 6.683/79, stemming from the Brazilian military regime, to analyze the operation of an entire international systematic of protection of human rights, and how the courts created by this systematic judge the matter. This study explores the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in cases related to the amnesties involving military dictatorships in Latin American. It also investigates how the South American countries dealt with the trial of its military forces, and with the incorporation of the Inter-American Court's decisions in the jurisprudence of its internal courts. Consequently, the research analyzes the Federal Supreme Court decision in the ADPF 153 in comparison with the Inter-American Court's decision in the case Gomes Lund vs. Brasil. For this purpose, having identified dissonance in the decisions, it seeks to enquire how the local Judiciary should treat the matter; whether by following the binding decision of the Federal Supreme Court, or through the control of conventionality, based on the decision of Inter-American Court. From there, it analyzes the relations between intern law and the international law of human rights and the effects of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights in Brazil. Finally, it explores whether there are justifications for the application of criminal law, both in relation to the legal issues, and in regard to the functions of the penalty functions and in criminological studies for the state agents involved in crimes against humanity during the Brazilian military regime. The method used in the investigation phase was an essay. The research techniques used were bibliographic review and book report.

keywords: amnesty transitional justice; military dictatorship; conventionality control; human rights.

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI	Ato Institucional
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CNV	Comissão Nacional da Verdade
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
PCB	Partido Comunista Brasileiro
PCdoB	Partido Comunista do Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal

ROL DE CATEGORIAS

Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental: instrumento jurídico que tem sido usado, na forma principal, quando as demais ações forem incabíveis ou não se revelarem idôneas para afastar ou impedir a lesão a preceito fundamental da Constituição de 1988 e que, na forma incidental, destina-se a provocar a apreciação do Supremo Tribunal Federal sobre controvérsia constitucional relevante, objeto de julgamento por qualquer juízo ou tribunal, se inexistir outro meio idôneo de sanar a lesividade do preceito fundamental¹.

Anistia: medida legal, adotada em circunstâncias excepcionais, cuja função primária é remover, condicionada ou incondicionalmente, a possibilidade e, as vezes, mesmo as consequências de um procedimento legal contra determinados indivíduos ou classe de pessoas, em relação a também designados tipos de ofensas².

Crime de lesa-humanidade: o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia estabeleceu o seguinte *standard*, usualmente citado como critério definidor do que deve ser entendido como “grave ofensa” do ponto de vista do direito penal internacional: a) a violação deve constituir uma ofensa a uma regra de direito humanitário internacional; b) a regra deve ser “costumeira por natureza” ou, se pertencer a um tratado, deve atender às condições de validade dos acordos internacionais; c) a violação deve ser “séria”, isto é, ela deve constituir uma quebra da regra de proteção a valores importantes, e deve também envolver graves consequências para a vítima; d) a violação da regra deve acarretar, sob o direito costumeiro ou dos tratados, a responsabilidade criminal individual do agressor³.

¹ SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembléia Constituinte de 1987/88 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988, Instituto Brasiliense de Direito Público. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 1(30), 2009, p. 157-158. Disponível em: <www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/788>. Acesso em: 15 jun. 2016.

² TORELLI, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 84.

³ Appeals Chamber of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia (ICTY). Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule” – Decision of the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, pars. 91-94 (j. 02.10.1995). (SUIAMA, Sergio Gardenghi. Problemas Criminais da Sentença da Corte IDH no caso Gomes Lund: Respostas do Direito Comparado. **Custos Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Suiama_Caso_Gomes_Lund.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016).

Golpe Militar de 1964: o General Olympio Mourão Filho, comandante da 4ª Região Militar, iniciou o golpe em 31 de março de 1964, com a movimentação de suas tropas em Juiz de Fora (MG). Os militares avançaram em direção à cidade do Rio de Janeiro e acabaram por receber a adesão gradual das forças favoráveis ao movimento, culminando na saída de João Goulart da Presidência da República⁴.

Pena: “palavra intrinsecamente ligada à idéia de sofrimento, castigo, aflição, punição, compaixão, dó, mágoa ou tristeza [...] normalmente nela se pensa partindo da premissa que serve – ou servirá – aos outros. Está, portanto, na ordem do dia quando o assunto é democracia e seus espaços”⁵.

Punição: “é a ação e efeito sancionatório que pretende responder a outra conduta, ainda que nem sempre a conduta correspondente seja uma conduta prevista em lei, podendo ser ações que denotem qualidades pessoais, posto que o sistema penal, dada sua seletividade, parece indicar mais qualidades pessoais do que ações, porque a ação filtradora o leva a funcionar desta maneira”⁶.

Justiça de Transição: conjunto de processos e mecanismos associados às tentativas da sociedade em chegar a um acordo quanto ao grande legado de abusos cometidos no passado, a fim de assegurar que os responsáveis prestem contas de seus atos, que seja feita a justiça e se conquiste a reconciliação. Tais mecanismos podem ser judiciais e extrajudiciais, com diferentes níveis de envolvimento internacional (ou nenhum), bem como abarcar o juízo de processos individuais, reparações, busca da verdade, reforma institucional, investigação de antecedentes, a destituição de um cargo ou a combinação de todos esses procedimentos.⁷

⁴ FICO, Carlos. **Além do golpe:** a tomada do poder em 31 de março de 1964 e a ditadura militar. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 15-16.

⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Pena. In: BARRETO, Vicente de Paula (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Unisinos; Renovar, 2006. p. 625-626.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 64.

⁷ NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. Relatório do Secretário Geral nº S/2004/616. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, Ministério da Justiça, v. 1, 2009, p. 325. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={67064208-D044-437B-9F24-96E0B26CB372}>>. Acesso em: 1º jul. 2014.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	18
Capítulo 1	
A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO	22
1.1 UMA NOVA ERA DE RESPONSABILIZAÇÃO	22
1.2 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO – CONTORNOS E CONCEITOS.....	26
1.3 O DIREITO À JUSTIÇA – A TERCEIRA DIMENSÃO DA JUSTIÇA TRANSICIONAL.....	30
1.4 A ESTRUTURA DO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	33
1.4.1 O sistema global – visão geral	33
1.4.2 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos	36
1.4.2.1 A Convenção Americana de Direitos Humanos	36
1.4.2.2 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos	39
1.4.2.3 A Corte Interamericana de Direitos Humanos	39
1.5 AS LEIS DE ANISTIA NA VISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	40
1.5.1 Caso <i>Velásquez Rodríguez vs. Honduras</i> (1988) – A omissão investigativa estatal em casos de desaparecimento forçado de pessoas como violação de direitos humanos	41
1.5.2 Caso <i>Barrios Altos vs. Perú</i> (2001) – As leis de anistia na visão da Corte	42
1.5.3 Caso <i>Almonacid Arellano vs. Chile</i> – a invalidade das leis de anistia e o controle difuso de convencionalidade	44
1.5.4. Caso <i>La Cantuta vs. Perú</i> (2006)	47
1.5.5 Caso <i>Gélman vs. Uruguai</i>	48
1.5.6 Caso <i>Júlia Gomes Lund e outros vs Brasil</i>	50
1.6 A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E OS REFLEXOS DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA NA AMÉRICA LATINA	52
1.6.1 Argentina	52
1.6.2 Chile	59
Capítulo 2	
A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.....	65
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO – O BRASIL PRÉ-1964.....	65

2.2 O GOVERNO MILITAR	69
2.3 A DISTENSÃO LENTA, GRADUAL E A LEI DA ANISTIA – PRIMEIRO MARCO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO PAÍS	74
2.4 A DISCUSSÃO NACIONAL QUANTO À VALIDADE DA LEI DA ANISTIA – A PROPOSITURA DA ADPF 153 E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	79
2.5 A DECISÃO DO STF – ADPF 153	84
2.6 A DECISÃO DO STF NA ADPF 153 FRENTE ÀS DECISÕES DAS CORTES INTERNACIONAIS.....	90
2.6.1 A questão da anistia bilateral	90
2.6.2 A qualificação dos crimes de lesa-humanidade ou de graves violações de direitos humanos	92
2.6.3 A prescrição, o <i>ius cogens</i> e a anterioridade da lei penal	95
2.7 ENTRE A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	100
2.7.1 A regra da quarta ou quinta instância e o duplo controle de normas de proteção a direitos humanos	100
2.7.2 O controle difuso de convencionalidade.....	103
Capítulo 3	
A PERSPECTIVA DA PENA AOS AGENTES DO REGIME MILITAR – FUNÇÕES E RAZÕES	111
3.1 O CONTEXTO.....	111
3.2 DO PERDÃO E DAS FUNÇÕES DA PENA À JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO	113
3.2.1 A lógica do perdão	113
3.2.2 As teorias legitimadoras da sanção no direito penal	114
3.3 OS CRIMES DE ESTADO.....	119
3.4 O PAPEL DO DIREITO PENAL NA RESOLUÇÃO DO PASSADO	126
CONSIDERAÇÕES FINAIS	138
REFERÊNCIAS.....	141

INTRODUÇÃO

Sob a perspectiva histórica, os regimes democráticos não têm se mostrado como uma condição “natural” para a humanidade. Só recentemente, a sociologia política passou a considerar a democracia algo natural⁸. Hoje, todavia, o discurso democrata é legitimante de qualquer governo, ainda que não democrático. Seja nas ditaduras autorreconhecidas ou dissimuladas, sempre haverá alguém a dizer que o governo que busca sustentar é democrático, ou então que está a garantir a futura democracia.

Esses momentos de ruptura na história da humanidade têm sido comuns no último século. A grande mudança, todavia, adveio da Segunda Guerra Mundial. Esse momento histórico demonstrou ao mundo o tamanho do horror em que um Estado, dito avançado e de direito, pode chegar quando conduzido na base do ódio aos “diferentes”, e ao mesmo tempo fez eclodir e solidificou uma divisão de mundo que fomentou rupturas que ultrapassaram as barreiras do conflito. A guerra fria entre Estados Unidos e União Soviética espalhou efeitos pelo mundo, em especial nas regiões periféricas. África, Ásia, Europa Oriental e América Latina sofreram mais fortemente o legado da divisão de um modo bipolar, e viraram, não raro, palco sangrento das disputas ideológicas entre as potências que se levantaram no pós-guerra.

Essa influência, por evidente, chegou ao Brasil e culminou com o regime militar que galgou ao poder em 1964, depondo à força, mas com grande apoio da sociedade civil organizada, um governo democraticamente eleito, sob o argumento, dentre tantos outros, de combater o perigo comunista.

O regime usurpador permaneceu no poder oficialmente por 21 anos, justificado por uma legalidade autoritária que buscava dar ares de legitimidade a um governo que não permitia a eleição direta, pelo povo, para o principal cargo da República, mas empenhava-se no discurso que amparava a manutenção da ordem e da democracia.

Sob o regime militar, e sob esse mesmo discurso de se manter afastado o perigo comunista, agentes do estado cometeram crimes dos mais ignóbeis. A tortura

⁸ DAHL, Robert. A. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas. São Paulo: WWF Martins, 2012. p. 368.

foi sistematizada contra seus inimigos, embora jamais tenha sido admitida oficialmente ao grande público.

A retirada do regime militar do poder não ocorreu de nenhuma ruptura abrupta, mas sim por uma transição controlada pelo próprio regime, quando ficou claro que sua saída seria inevitável. Antes da saída do poder, contudo, a Lei 6.683/79 foi produzida, concedendo anistia aos envolvidos em crimes políticos no período. A interpretação acerca da validade e do alcance dessa norma sempre foi contestada nos círculos sociais e acadêmicos. Os argumentos são muitos, com destaque para o fato de, no momento da aprovação da lei, o Congresso Nacional ser controlado pelos militares, que acabaram produzindo uma anistia a si mesmos. Além disso, tribunais internacionais a que o Brasil é vinculado já reconheceram em casos similares a invalidade de leis de anistia dessa natureza.

Não obstante, questionada pela Ordem dos Advogados do Brasil, a interpretação levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal foi pela validade integral da Lei da Anistia, em julgamento realizado em 2010, na ADPF 153⁹.

Logo depois, contudo, o Brasil foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund vs. Brasil, por não processar os militares em casos similares aos afetados pela Lei da Anistia.

Essa aparente divergência entre os tribunais permanece até hoje em nosso meio jurídico e ainda não foi seguramente resolvida. É a partir dessa situação que o presente trabalho vai se desenvolver.

O objetivo institucional da presente dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Univali, na linha de pesquisa direito e jurisdição.

O objetivo geral da presente pesquisa é investigar se a Lei da Anistia, com base na dicotomia dos julgamentos nacionais e internacionais, continua a constituir-se em um instrumento que veda a persecução penal a criminosos de estado, acusados de crimes contra a humanidade, e, em caso positivo, se há razões para buscar a punição de tais agentes.

Para a pesquisa, foram levantadas as seguintes hipóteses:

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153**. Relator: Ministro Eros Grau, DJ, 06/08/2010.

A) A Jurisprudência do sistema internacional de direitos humanos tem afastado a validade de leis de autoanistia para crimes contra a humanidade, em contextos de justiça de transição.

B) A decisão do Supremo Tribunal Federal atestando a validade da Lei da Anistia 6.683/79 é, a rigor, contraditória à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund vs. Brasil*. É preciso definir qual decisão aplicar no caso brasileiro e como aplicá-la.

C) Uma vez confirmada a segunda hipótese, frente à evolução das razões de punir e da própria democracia, é fundamental avaliar se há razões para a punição aos agentes de estado que cometeram graves violações aos direitos humanos, mais de três décadas após o acontecimento dos fatos.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação.

No capítulo 1, é analisado o funcionamento das normas de proteção aos direitos humanos em Estados saídos de rupturas institucionais, sob o prisma jurídico, no que tem se definido como justiça de transição. O conceito e as principais formas de justiça de transição normalmente aceitas também foram objeto de estudo. Ainda nesse primeiro capítulo, identifica-se como funciona a estrutura internacional de proteção dos direitos humanos e como tal sistemática tem trabalhado com as leis de anistia, com atenção específica à forma como a jurisprudência formada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos tem tratado o tema. Por fim, demonstra-se como o sistema de justiça de países do Cone-Sul, mais especificamente a Argentina, o Chile e o Brasil, têm tratado a questão, além de como as decisões da Corte Interamericana têm, ou não, impactado as medidas de justiça transicional em tais países.

No Capítulo 2, analisa-se como se deu a experiência transicional brasileira, desde a tomada do poder pelos militares até a abertura ao governo civil. Além disso, averigua-se a validade da Lei da Anistia brasileira, com base na decisão do STF na ADPF 153, que atestou a validade da anistia nacional, em contraste com as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre anistias, em especial no caso *Gomes Lund*, que tratou exatamente de refutar a Lei da Anistia nacional. O contraste entre a decisão do STF e da Corte IDH e a busca da resposta acerca de como tratar a questão no âmbito nacional, em face de díspares decisões nacionais e internacionais, completam a análise do segundo capítulo.

No capítulo 3, a pesquisa dedica-se ao debate acerca das razões filosófico-jurídicas da punição nos casos de crime de estado, principalmente quando questionado após décadas da ocorrência dos fatos e com a democracia razoavelmente estabilizada. Tal análise tenta compreender o que significam crimes de estado e como a questão tem sido tratada sob a ótica do perdão, da pena, de suas funções e da própria solidificação da democracia, com o objetivo de contribuir para o alcance de uma resposta que se considere mais adequada, ainda que apenas no plano reflexivo do autor.

O relatório de pesquisa encerra-se, em considerações finais, com a síntese da esperada contribuição acerca da aplicação e validade da Lei da Anistia brasileira e as razões para a punição dos criminosos de estado.

O método¹⁰ utilizado foi o indutivo, tanto na fase de investigação quanto no tratamento dos dados, com a utilização da técnica¹¹ de investigação de análise bibliográfica.

Nesta dissertação, as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula, e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial ou através de referências no rodapé.

Há citações de doutrinas em julgados em língua estrangeira. A tradução, quando utilizada nesses casos, foi feita de forma livre.

O intento perseguido com a presente pesquisa foi de contribuir para o debate acerca da incorporação da jurisprudência da Corte Interamericana no sistema de justiça nacional, tendo por base a análise da validade da Lei da Anistia de 1979, além de buscar contribuir na reflexão acerca da validade do uso do direito penal em crimes cometidos no período de exceção.

¹⁰ “Método: é a base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica, ou seja, Método é a forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 85. Destaques no original.

¹¹ “Técnica é um conjunto diferenciado de informações, reunidas e acionadas em forma instrumental, para realizar operações intelectuais ou físicas, sob comando de uma ou mais bases lógicas de pesquisa.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e prática, p. 89.

Capítulo 1

A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO

1.1 UMA NOVA ERA DE RESPONSABILIZAÇÃO

Os direitos humanos como conhecemos formataram-se em um processo histórico que percorreu séculos. A noção de integridade dos direitos humanos, hoje indiscutivelmente presente, foi possível, em regra, porque em um ou outro momento determinados campos de proteção do ser humano puderam ser melhor expressados e conseqüentemente garantidos pelas circunstâncias sociais, de mercado, economia e poder de seu tempo. A integridade dos direitos humanos, por isso mesmo, veio se firmando através da história da humanidade¹².

Dentre esses fatores históricos, um dos grandes marcos na proteção dos direitos humanos foi a aparição do Estado como poder soberano, legitimado à utilização da força para imposição de sua vontade em seu espaço territorial, delimitado contratualmente por uma Constituição, tendo os direitos humanos como objeto desse contrato e limite do poder¹³.

A evolução histórica seguiu com outros fatores, como a consolidação dos direitos sociais e coletivos. Seguindo essa linha, é possível se estabelecer que os direitos de proteção do ser humano sofreram alterações nos últimos tempos, em regra advindas de acontecimentos marcantes na história da humanidade. Afinal, como lembra o professor Marcos Leite Garcia¹⁴, “os direitos fundamentais são conquistas

¹² Acerca da expressão direitos humanos x direitos fundamentais, no presente trabalho utilizaremos a distinção proposta, dentre outros, por Perez-Luño no sentido de que os direitos fundamentais e os direitos humanos não se diferem apenas pelas suas abrangências geográficas, mas também pelo grau de concretização positiva que possuem, ou seja, pelo grau de concretização normativa. Os direitos fundamentais estão duplamente positivados, pois atuam no âmbito interno e no âmbito externo, possuindo maior grau de concretização positiva, enquanto que os direitos humanos estão positivados apenas no âmbito externo, caracterizando um menor grau de concretização positiva (PEREZ-LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 46-47).

¹³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General**. Madrid: Universidad Carlos III, 1999. p. 113.

¹⁴ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos direitos fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Júlio Cesar (Orgs.). **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 189.

históricas da humanidade e somente foram possíveis a partir de uma série de acontecimentos marcantes que levaram a uma mudança na mentalidade dos povos”.

A fronteira dos Estados é um marco neste processo que culminou com a universalização dos direitos humanos, porque foi fator histórico a delimitar os limites da jurisdição e garantir as imunidades estatais e suas representações. Em termos universais, a preocupação até então era voltada aos tratados comerciais ou ao direito da guerra, com pouco espaço para um pensamento focado no cidadão. A soberania estatal, nessa ótica, sempre foi um obstáculo à concretização de qualquer direito que pudesse afetar essa sistemática¹⁵.

Entretanto, a descoberta dos campos de concentração nazistas trouxe um novo parâmetro ao horror e as relações dele decorrentes, obrigando o mundo a buscar uma nova forma de responsabilização para além das antigas normativas da guerra. Pela primeira vez identificou-se no Estado a condição de principal delinquente, capaz de subjugar cidadãos não soldados em seu próprio país, tão só pela sua condição humana, dentro de uma lógica legal/burocrática que legitimava seus agentes a tal agir.

Com tal descoberta, inicia-se um novo desenho de reconstrução dos direitos humanos como paradigma referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Como lembra Flávia Piovesan¹⁶, “se a 2ª Guerra Mundial significou a ruptura dos direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução”.

Esse momento é marcado pelo que Norberto Bobbio¹⁷ identificou como início da era dos direitos, já que “somente depois da 2ª Guerra Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo – pela primeira vez na história – todos os povos”.

Nesse sentir, se é verdade que momentos de declínio ou ruptura de um regime e ascensão de uma nova ordem permearam toda a história recente da humanidade, ao menos em termos de responsabilização pessoal, com foco na garantia dos direitos humanos, foi após a Segunda Grande Guerra, com os

¹⁵ FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **Anistia**: As leis internacionais e o caso brasileiro. Curitiba: Juruá, 2009. p. 21.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: A convenção Americana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). **O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 18.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 49.

julgamentos de Nuremberg e Tóquio, que novas técnicas de responsabilização surgiram. É dessa época que se instaurou o debate em julgar os agentes de um regime por seus atos contrários ao direito, dentro de uma percepção de julgamento justo e com regras legais e pré-definidas¹⁸.

Antes dos tribunais pós-Segunda Guerra, as fases de ruptura e transição entre um regime e outro eram marcadas por um tradicional modelo de impunidade, ainda que diante de graves violações aos direitos elementares. A impunidade dos agentes estatais era a regra até então, com base em um modelo pautado basicamente sob a doutrina da imunidade, advinda da soberania dos países envolvidos. Tanto era assim que, como lembra Lucia Elena Bastos¹⁹, “em um primeiro momento os conceitos de ‘soberania estatal’ e ‘respeito aos direitos humanos’ chegaram a parecer irreconciliáveis, como se apenas um pudesse se realizar em detrimento do outro”.

Katrin Sykkink²⁰ defende que essa doutrina de imunidade era centrada em diversas e distintas fontes: a primeira, advinda do antigo princípio inglês de que o monarca não erra; a segunda, afeta ao poder e interesse do próprio Estado, capaz de evitar o processo judicial contra si; e a terceira e principal fonte defendendo que a imunidade advinha de um princípio funcionalista de que o Estado precisava estar protegido contra processos judiciais, capazes de abalar a continuidade do governo local.

De qualquer modo, como lembra a professora de Minnessota²¹, “seja qual for a explicação para a doutrina da imunidade, antes da Segunda Guerra Mundial era certo que os agentes do Estado deviam estar livres de acusações de violações aos direitos humanos”.

¹⁸ Jon Elster identifica que tal responsabilização, conceituada posteriormente como justiça de transição, tem suas primeiras aparições encontradas já na Grécia antiga, nos anos 411-403 a.C. (ELSTER, Jon. **Rendición de cuentas**: la justicia transicional en perspectiva histórica. Tradução para o espanhol de Ezequiel Zaidenwer. Buenos Aires: Katz, 2006. p. 15). Ruti Teitel, por seu turno, identifica as primeiras adesões à Justiça de transição ao final da Primeira Guerra Mundial (TEITEL, Ruti G. Genealogia da Justiça Transicional. In: REATEGUI, Felix (Org.). **Justiça de Transição**: Manual para a América Latina. Tradução Ministério da Justiça. Brasília: Ministério da Justiça, 2011. p. 140).

¹⁹ FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **Anistia**: as leis internacionais e o caso brasileiro, p. 28.

²⁰ SIKKINK, Kathryn. A era da responsabilização: a ascensão da responsabilização penal individual. In: **A anistia na era da responsabilização**: o Brasil em perspectiva internacional comparada. Tradução do Ministério da Justiça, Comissão de Anistia. Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2013. p. 41.

²¹ SIKKINK, Kathryn. A era da responsabilização: a ascensão da responsabilização penal individual, p. 41.

Entretanto, após a Segunda Grande Guerra, essa concepção mudou drasticamente. A partir daí o direito internacional passou a se preocupar em como adotar um novo modelo de responsabilização que não convalidasse a atuação de seus membros que estivessem a violar claramente os direitos dos cidadãos.

A preocupação também girou na forma de como julgar agentes da burocracia do antigo regime, que atuavam dentro de seu positivismo legal e não raro constitucional, sem, de todo modo, desrespeitar os princípios de defesa conquistados com o Iluminismo²².

Nesse ponto, aliás, é de se destacar que o debate em Nuremberg e Tóquio, além da questão probatória, esteve ligado ao fato de que os acusados estavam agindo seguindo as ordens, leis e normativas burocráticas de um Estado constituído, além do argumento de se tratarem de tribunais de exceção, impostos pelos vencedores contra os vencidos²³.

Nos casos de Nuremberg e Tóquio, as afirmações defensivas não foram aceitas, mas as críticas permaneceram. A partir daí se estabeleceu a necessidade de se debater e impor regras e sistemas internacionais de proteção a direitos humanos pré-definidos. Foi a partir de Nuremberg que se iniciou o processo de construção de medidas inovadoras que fugiam da tradição geral e ordinária do direito, até então entendido como conjunto de regras postas por um Estado soberano.

A tradição jurídica de Nuremberg colocou essas novas medidas sob a égide do direito internacional, estabelecendo marcos legais a regular os processos de transição, que culminaram com a formação da Organização das Nações Unidas, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a construção dos Sistemas Europeu e Interamericano de Direitos Humanos e o Tribunal Penal

²² As principais críticas dos julgamentos de Nuremberg e Tóquio focam em: (1) A violação do princípio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*"; (2) Ser um tribunal de "exceção", constituído apenas pelos vencedores; (3) Que a responsabilização internacional deveria ser direcionada apenas ao Estado e não ao indivíduo; (4) Que os aliados também tinham cometido crimes de guerra; (5) Que os atos praticados pelos alemães eram apenas ilícitos e não crimes; (6) Que não houve instrução criminal (CALETTI, Cristina. **Os precedentes do Tribunal Penal Internacional, seu estatuto e sua relação com a legislação brasileira**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3986/os-precedentes-do-tribunal-penal-internacional-seu-estatuto-e-sua-relacao-com-a-legislacao-brasileira>>. Acesso em: 20 out. 2015).

²³ MAIA, Fábio Fernandes. **Lei de Anistia e Justiça de Transição**: o redimensionamento do debate e julgamento da ADPF 153 pelo STF. Curitiba: Juruá, 2014. p. 69.

Internacional, aos quais seguiu uma série de outros tratados internacionais, com destaque para o Tribunal Penal Internacional²⁴.

O grande desafio dessa nova ortodoxia, todavia, foi ajustar o novo modelo de responsabilização dos Estados com os direitos humanos que seriam reconhecidos nos anos subsequentes, e com o modelo de responsabilização interno de cada um desses Estados²⁵.

A par de tal desafio, é inegável que o surgimento e o aperfeiçoamento dos tratados internacionais fizeram surgir um modelo internacional que combina a responsabilidade do Estado com a responsabilidade individual. Esse novo modelo, embora não tenha adotado tal nomenclatura ou um elemento conceitual a seu tempo, posteriormente foi inserido também naquilo que se convencionou chamar de *justiça de transição*.

1.2 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO – CONTORNOS E CONCEITOS

O vocábulo “transição”, por si, pode ser considerado como a condição que indica a passagem de uma condição a outra em qualquer esfera²⁶. Para a teoria política e constitucional, contudo, a transição é passível de ser identificada como um intervalo entre um regime político e outro, que abarca tanto a mudança no sistema político como o produto da anterior experiência que vai influenciar no novo regime²⁷.

Embora a mudança de regimes não seja algo novo na história da humanidade, o conceito de justiça de transição, baseado em um direito internacional, com o reconhecimento da importância da justiça nos processos de transição, é algo absolutamente recente.

Por conseguinte, a “justiça de transição”, nos termos propostos no presente estudo, pode ser entendida como um conceito que surge da transição política e vai emergir no direito, com o objetivo de aplicar e inserir o direito em uma sociedade em transição. Aqui a preocupação é não só com a transição real, das forças sociais, mas, prioritariamente, com o papel do direito enquanto condutor de

²⁴ TORELLI, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito**: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro, p. 49.

²⁵ SIKKINK, Kathryn. A era da responsabilização: a ascensão da responsabilização penal individual, p. 41.

²⁶ MEZETTI, Luca. **Teoria e Prasi delle Transizioni Costituzionali e del Consolidamento Democratico**. Padova/Itália: CEDAN, 2003. p. 4.

²⁷ MEZETTI, Luca. **Teoria e Prasi delle Transizioni Costituzionali e del Consolidamento Democratico**, p. 4.

responsabilização nessas sociedades. O objetivo é tanto julgar os agentes do regime que está no poder de forma equânime, como de buscar a paz para a continuidade da sociedade que vai adentrar na transição, por meio de vários e distintos instrumentos.

Embora o conceito de justiça de transição não conte com uma opinião unânime, é possível encontrar algumas definições capazes de traçar alguns contornos mínimos em termos de conceituação.

Flávia Piovesan²⁸, por exemplo, identifica que a justiça de transição tem “o delicado desafio de como romper com o passado autoritário e viabilizar o ritual de passagem à ordem democrática”. Swensson²⁹ aduz tratar-se de “um olhar sobre o passado, quando pendências do regime anterior são revistas e rediscutidas, para então serem decididas e solucionadas”.

A Justiça de transição é conceituada também no Relatório S/2004/616 do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU):

A noção de “justiça de transição” discutida no presente relatório compreende o conjunto de processos e mecanismos associados às tentativas da sociedade em chegar a um acordo quanto ao grande legado de abusos cometidos no passado, a fim de assegurar que os responsáveis prestem contas de seus atos, que seja feita a justiça e se conquiste a reconciliação. Tais mecanismos podem ser judiciais e extrajudiciais, com diferentes níveis de envolvimento internacional (ou nenhum), bem como abarcar o juízo de processos individuais, reparações, busca da verdade, reforma institucional, investigação de antecedentes, a destituição de um cargo ou a combinação de todos esses procedimentos.³⁰

Para Paul Van Zyl³¹:

O objetivo da justiça transicional implica em processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação. O que foi mencionado anteriormente exige um conjunto inclusivo de estratégias formuladas para enfrentar o passado assim como para olhar o futuro, a fim de evitar o reaparecimento do conflito e das violações.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, FMP, n. 4, 2007, p. 113.

²⁹ SWENSSON JR., Lauro Joppert. **Anistia Penal**. Problemas de validade da lei de anistia brasileira (Lei 6.682/79). Curitiba: Juruá, 2007. p. 77.

³⁰ NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. Relatório do Secretário Geral nº S/2004/616. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, Ministério da Justiça, v. 1, 2009, p. 325. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={67064208-D044-437B-9F24-96E0B26CB372}>>. Acesso em: 1º jul. 2014.

³¹ ZYL, Paul van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília: Ministério da Justiça, 2009.p. 19.

Considerando que, com frequência, as estratégias da justiça transicional são arquitetadas em contextos nos quais a paz é frágil ou os perpetradores conservam um poder real, deve-se equilibrar cuidadosamente as exigências da justiça e a realidade do que pode ser efetuado a curto, médio e longo prazo.

Paulo Abrão e Tarso Genro³² dão a seguinte conceituação ao tema:

A justiça de transição é um conjunto de respostas concretas ao legado de violência deixado pelos regimes autoritários e/ou conflitos civis em escala e que vem sendo empreendidas por via dos planos internacionais, regional ou interno. Seu objetivo é o (re)estabelecimento do Estado de Direito, o reconhecimento das violações aos direitos humanos – suas vítimas e seus autores – e a promoção de possibilidade de aprofundamento democrático, pela justiça, verdade, reparação, memória e reformas das instituições.

Elemento abstrato nessa conceituação é o que se entende por “justiça”, conceito que é aberto e peça integrante da própria definição da transição. Kai Ambos³³ adverte que o elemento justiça, nesse sentido, tem que ser entendido de maneira ampla, indo além da mera justiça penal e incluindo certos elementos-chave, tais como a responsabilidade, equidade (*fairness*) na proteção e reivindicação de direitos e punição de infrações.

Por isso mesmo que o conceito de justiça de transição não se circunscreve ao aspecto penal de responsabilização pessoal, mas sim em todo o arcabouço de respostas capazes de serem empregadas pela sociedade ao final do conflito ou do regime autoritário.

Paulo Abrão e Tarso Genro³⁴, por exemplo, estabelecem as seguintes iniciativas como necessárias ao processo transicional: a aplicação do sistema de justiça para apuração e responsabilização dos crimes ocorridos, com o afastamento de anistias e prescrições para os crimes contra a humanidade; a criação de comissões de verdade; programas de reparação às vítimas; reformas institucionais dos sistemas de segurança e justiça; políticas públicas de memória; depuração dos agentes públicos envolvidos no regime autoritário e ações de educação para a cidadania.

Os citados autores, com esses instrumentos, ainda concluem que:

³² ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. **Os Direitos da Transição e a Democracia no Brasil**: Estudos sobre Justiça de Transição e Teoria da Democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 34.

³³ AMBOS, Kai. **Anistia, justiça e impunidade**: reflexões sobre a justiça de transição no Brasil. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 24.

³⁴ ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. **Os Direitos da Transição e a Democracia no Brasil**: Estudos sobre Justiça de Transição e Teoria da Democracia. p. 35-37.

Justiça de transição em sentido amplo, é uma forma de justiça na qual as sociedades transformam a si mesmas depois de um período de violação generalizada de direitos humanos, e nesse ambiente de auto-reconstrução e de reconhecimento de uma democracia sem fim, contribuem na institucionalização de novas práticas políticas e novos direitos.³⁵

Para Torelly³⁶, seguindo essa linha de instrumentos de transição, é possível identificar três fases da justiça transicional. A primeira fase entre 1945 até meados de 1970, a qual deteve um caráter internacional e punitivo, com a responsabilização dos responsáveis pelas atrocidades da Segunda Guerra. Nessa fase, dois elementos de políticas transicionais foram marcantes: a reforma das instituições e a responsabilização criminal dos agentes.

A segunda fase é identificada entre 1970 e 1989, com a bipolarização mundial advinda da guerra fria. Nesse período, justamente por conta das vinculações e intervenções ideológicas, passou-se a repudiar as intervenções de outros países nas justiças internas. Decorrência disso foi a criação de duas novas medidas transicionais; as reparações às vítimas e a implementação de comissões de verdade, como maneira de prestação de contas³⁷.

A terceira fase tem início em 1989 e se estende até hoje. A característica mais marcante deste momento é o acionamento de tribunais internacionais com o intuito de devolver à esfera jurídica as questões tratadas no plano político durante as transições³⁸.

Ao final, é possível atribuir quatro dimensões fundamentais à justiça de transição: a) a reparação (direito à verdade); b) o fortalecimento da verdade e a construção da memória (direito à verdade e à memória); c) a regularização da justiça, com o restabelecimento da igualdade perante a lei (direito e justiça); d) a reforma das instituições perpetradoras de violações contra os direitos humanos³⁹.

³⁵ ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. **Os Direitos da Transição e a Democracia no Brasil**. Estudos sobre Justiça de Transição e Teoria da Democracia, p. 47.

³⁶ TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito**: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro, p. 37.

³⁷ TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito**: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro, p. 40.

³⁸ TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito**: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro, p. 41.

³⁹ RODRIGUES, Natália Centeno; VERAS NETO, Francisco Quintanilha. Justiça de Transição: um breve relato sobre a experiência brasileira. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da (Org.). **Justiça de transição no Brasil: violência justiça e segurança**. Porto Alegre. EDIPUCRS, 2012. p. 260. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/Ebooks/Pdf/978-85-397-0225-1.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

1.3 O DIREITO À JUSTIÇA – A TERCEIRA DIMENSÃO DA JUSTIÇA TRANSICIONAL

Para os fins do presente trabalho, passamos à análise do direito à justiça.

Em linhas gerais, pode-se dizer que o direito à justiça visa garantir a investigação, processamento e julgamento dos crimes perpetrados pelos agentes de Estado durante os regimes autoritários⁴⁰.

Como aduz Lucia Bastos⁴¹, “a transição para a democracia normalmente impõe uma pergunta crucial: o novo governo deve ou não investigar e punir os crimes de seus antecessores?”.

Sem maior profundidade, poderia se chegar a uma resposta de certo modo simples. Para tanto, basta utilizar o exemplo de Lucia Bastos, ao lembrar que, embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos não detalhe os direitos que devem ser garantidos ao acusado no momento da prisão, ao menos o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos prevê que a detenção deve seguir um procedimento apropriado. O acusado deve ser informado sobre os motivos da prisão, apresentado ao juiz, pode contestar a legalidade de sua detenção e, em regra, tem direito à fiança ou a responder ao feito em liberdade. Pois bem, de todos os crimes que usualmente são perdoados por meio de anistias em sociedades transicionais, o exemplo mais marcante é o do chamado ‘desaparecimento forçado’, um método que foi largamente utilizado no Cone-Sul para dispor de dissidentes suspeitos sem a inconveniência de provar sua responsabilidade em julgamentos demorados e nem sempre com a garantia desejada pelo regime, além de ser um meio de aterrorizar outras possíveis atitudes similares. Isso porque o desaparecimento forçado, inegavelmente, acaba por resultar na total abnegação dos direitos humanos previstos no Pacto, já que, em uma só conduta, todos os direitos humanos básicos são violados, a vítima nunca terá uma ação julgada por um Tribunal, não pode contestar a acusação, não tem direito a recurso, a juiz, defesa e sequer acusador oficial. É a única que, no final, arca com uma pena, e é a pior possível. Logo, toda a primeira esfera garantidora dos direitos humanos é violada em casos tais⁴².

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 15-16 e p. 98.

⁴¹ FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **Anistia**: as leis internacionais e o caso brasileiro, p. 38.

⁴² FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **Anistia**: as leis internacionais e o caso brasileiro, p. 34.

Então, como negar ou ao menos discutir tal situação quando as anistias nas Américas, por exemplo, são acusadas de acobertarem ou encamparem delitos de tortura e desaparecimento forçado, totalmente contraditórios às declarações universais de direitos humanos e continuar a se falar em integridade desses direitos?

A par disso e não obstante eventual concordância com essa questão, é inegável que a punição dos agentes do antigo regime em novos tribunais não é um processo que seja imune a críticas e tampouco não mereça certa reflexão.

Talvez a primeira e mais célebre dessas críticas tenha vindo de Hanna Arendt⁴³ em sua cobertura do julgamento de Otto Adolf Eichamn em Jerusalém, que posteriormente restou documentada integralmente no célebre *Eichman em Jerusalém*. Arendt, nesse campo, apresentou três críticas a essa forma de justiça, quais sejam: o problema da predefinição da justiça na corte dos vitoriosos; uma definição válida de crimes contra a humanidade e um reconhecimento claro do novo tipo criminoso que comete esse crime.

As razões da existência da pena, para além de seu discurso simbólico ou reparatório do direito penal, também é ponto que merece reflexão, principalmente em sociedades em que o regime ditatorial já deixou o poder há bastante tempo. Pena como punição ou simbologia? Vingança, justiça ou prevenção?

Em regra, o ponto de comum aceitação é que o julgamento serve à não repetição de tais violações, inclusive para a concretização da democracia consequente. Além do que, obviamente, ninguém discorda que é *justo* punir torturadores.

Não fosse só isso, em aspecto de certo modo utilitário a reforçar tal tese, Kathryn Sikkink⁴⁴ desenvolveu um estudo de escala da violência transicional, o qual revelou que nos países em que se procedeu a julgamentos e comissões de verdades, os índices do que ela chamou de *political terror scale* só decresceram, ao passo que no Brasil esse índice subiu de 3.2 a 4.1 (em uma escala de 1 a 5).

⁴³ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: Um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 297.

⁴⁴ SIKKINK, Kathryn. **The justice cascade**: how human rights prosecutions are changing world politics. Nova York/Londres: W.W. Norton & Company, 2011. p. 4.

Com base nessa escala, Sikking⁴⁵ vai desenvolver o conceito de justiça em cascata para se referir a uma nova mudança na política mundial no que respeita à responsabilização criminal de agentes de Estado. Esse conceito não implica uma fatal condenação dos perpetradores, ao contrário, ele remete a um deslocamento a respeito da legitimidade das normas sobre responsabilidade individual por violações de direitos fundamentais e um sucessivo aumento de perseguições criminais em nome daquela norma. A ideia da autora é que a mudança começa lentamente, como pequenos córregos que vão ganhando força e varrendo um número maior de agentes. Os julgamentos de Nuremberg e Tóquio seriam o início dessa mudança.

Entretanto, a par de tais apontamentos, aos quais se juntam outros tantos e que serão retomados no capítulo III, é preciso avaliar, com precisão, a necessidade e as razões da pena em casos tais, inclusive analisando as críticas a esses institutos. Afinal, como lembra, Swensson Júnior⁴⁶:

[...] em um país onde sobram penas e falta direito penal, e diante de todo o esforço da ciência penal moderna em sustentar que o fim da pena não deve ser simplesmente a retribuição do mal para a expiação da culpa (teoria da retribuição), mas a prevenção à prática de novos delitos pelo condenado (prevenção especial negativa), a sua ressocialização (prevenção especial positiva) e/ou o efeito instrutivo à sociedade da garantia de punição a todo aquele que atenta contra o direito (prevenção geral), como justificar, numa argumentação que não se restrinja à justificação legal, a necessidade de pena a pessoas de idade avançada, que hoje vivem socialmente integradas e que já não representam nenhum perigo? Por que é justo, afinal, punir essas pessoas?

Para explicar essas razões, é necessário verificar, antes, os pontos que sustentam toda a lógica da justiça de transição afeta à punição dos antigos agentes do regime. A validade e a realidade das leis de anistia; o que são, afinal, os crimes contra a humanidade? Como o sistema internacional se definiu para tais prevenções e como solidificou sua jurisprudência? O que cabe aos Estados nesse ponto e como a justiça de transição tem sido aplicada em distintos Estados? Pela sua importância para o presente estudo, esses aspectos serão analisados no decorrer da pesquisa.

⁴⁵ SIKKINK, Kathryn. **The justice cascade**: how human rights prosecutions are changing world politics.

⁴⁶ SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. “Ao julgar a justiça te enganas”. Apontamentos sobre a Justiça da Justiça de Transição no Brasil. **Revista Anistia, Política e Justiça de Transição**, Brasília, Ministério da Justiça, n. 4. 2001, p. 92.

1.4 A ESTRUTURA DO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Para compreender como o sistema de justiça tem tratado as violações de direitos em sociedades em transição, é preciso esclarecer a sistemática de estruturação e funcionamento do sistema internacional de proteção.

Como já se disse, o pós-guerra foi o paradigma que orientou a nova ordem internacional em termos de direitos humanos. Foi nessa linha que em 10 de dezembro de 1948 foi aprovada a Declaração Universal de Direitos Humanos, instrumento que introduziu o ideário contemporâneo de direitos humanos, caracterizados pela universalidade e indivisibilidade. Essa nova concepção estabeleceu duas importantes consequências: a revisão da tradicional noção de soberania e a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direitos, pela sua própria existência⁴⁷.

Esse processo de universalização, a seu turno, permitiu a formação de um sistema internacional de proteção. Esse novo sistema projetou-se em duas esferas: o sistema global e os sistemas regionais.

1.4.1 O sistema global – visão geral

A partir da Declaração Universal de 1948, o sistema normativo global passou a se desenvolver por meio de uma sistemática embasada em normas e tratados. Para temas gerais, estabeleceram-se pactos, como o Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966. Para temas e grupos de proteção específicos, como a proteção de crianças, mulheres ou combate à tortura, dentre outros, estabeleceram-se as Convenções. Por meio dessa sistemática, os dois sistemas – geral e especial de proteção – passaram a coexistir no plano global.

Para a resolução dos temas no âmbito global, criou-se a Corte Internacional de Justiça, a qual é competente para se pronunciar em casos de controvérsia entre dois ou mais Estados no que tange à interpretação ou aplicação das convenções, além de tratar de questões afetas à proteção dos direitos humanos⁴⁸.

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos; a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, p. 18.

⁴⁸ Por exemplo, em um de seus interessantes casos – *Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua* (Estados Unidos c. Nicarágua) – a Corte teve a oportunidade de se

A par do sistema global, estabeleceram-se sistemas regionais de proteção, mais especificamente os sistemas Europeu, Americano e Africano. Cada um desses sistemas dispõe de um aparato jurídico próprio a embasar seu funcionamento. O sistema europeu conta com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950. O sistema africano tem como principal instrumento a Carta Africana de Direitos Humanos de 1981 – *Carta de Banjul*. Enquanto isso, o sistema interamericano é fundado na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

Os sistemas regionais de proteção e o sistema global não são estabelecidos em uma ordem hierárquica, tampouco há incompatibilidade entre eles. Cada um dos sistemas, e conseqüentemente dos tribunais internacionais, têm sua jurisdição fundamentada em um tratado ou instrumento internacional próprio e distinto⁴⁹.

Em linhas gerais, pode-se dizer que o sistema global é responsável por um *standard* normativo mínimo, ao passo que os sistemas regionais e seus instrumentos são responsáveis por adicionar novos direitos e aperfeiçoá-los⁵⁰.

Não obstante, pode haver direitos protegidos por tratados e convenções tanto afetos ao plano global quanto regional. Nesses casos, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, não há incompatibilidade ou problemas processuais. Isso porque, os sistemas de proteção atuam de forma complementar, formando o que Cançado Trindade⁵¹ chama de uma “rede policêntrica, com coordenação e complementaridade”.

manifestar contra a ilicitude, de acordo com as regras de direito internacional, do uso da força unilateral por parte de um Estado (no presente caso, os Estados Unidos) contra outro (Nicarágua), utilizando como pretexto a proteção dos direitos humanos. Neste sentido, a Corte afirma que, de qualquer forma, se os Estados Unidos podem certamente ter sua própria apreciação sobre a situação dos direitos humanos na Nicarágua, o uso da força não pode ser o método apropriado para verificar e assegurar o respeito de tais direitos. Quanto às medidas que de fato tomou, a proteção dos direitos humanos, visto seu caráter estritamente humanitário, não é de forma alguma compatível com a destruição de portos, de instalações petrolíferas, ou com o treinamento, armamento e equipamento dos ‘contra’. A Corte conclui que o motivo baseado na preservação dos direitos humanos na Nicarágua não pode justificar juridicamente a conduta dos Estados Unidos, e que não se harmoniza, em qualquer caso, com a estratégia judicial do Estado demandado fundada no direito à legítima defesa coletiva. (BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; BORGES, Leonardo Estrela. **O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos: perspectivas e desafios**. p. 20. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/181734/Texto5.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

⁴⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. **Revista da Faculdade de Direito FMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 37-68, 2010, p. 46.

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos; a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, p. 19.

⁵¹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional, p. 46.

Com efeito, o propósito da coexistência dos distintos instrumentos jurídicos garantindo os mesmos direitos é ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos, uma vez que vige no direito internacional dos direitos humanos o critério da primazia da norma mais favorável ao indivíduo⁵².

Por conta disso, cabe ao indivíduo que sofreu a violação a escolha do aparato mais favorável, tendo em vista que eventualmente um direito pode ser tutelado por dois ou mais instrumentos de alcance global e regional. Como lembra Flávia Piovesan⁵³, “ao adotar o sistema da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais.

Cançado Trindade⁵⁴ estabelece claramente a importância dessa sistemática:

Cada Tribunal internacional tem sua importância, dependendo do domínio do Direito Internacional de que se trate. O que, em última análise, realmente importa, é a realização da justiça internacional, e não a busca estéril de protagonismos sem sentido. Não existe uma hierarquia entre tribunais internacionais, e cada um deles deve preocupar-se, antes de tudo, com a excelência de suas próprias sentenças e não em tentar exercer ascendência sobre os demais.

⁵² A chamada primazia da norma mais favorável significa que deve ser aplicada pelo intérprete necessariamente a norma que mais favoreça o indivíduo. Assim, a primazia da norma mais favorável nos leva a aplicar quer a norma internacional, quer a norma interna, a depender de qual seja a mais favorável ao indivíduo. Cabe lembrar que tal princípio é verdadeiro dispositivo convencional internacional, ou seja, é cláusula prevista em tratado internacional. Com efeito, o princípio da norma mais favorável é regra tradicional insculpida nos tratados internacionais de direitos humanos e consiste na impossibilidade de se invocar uma norma internacional para reduzir direitos já garantidos em outros tratados ou mesmo na legislação interna. [...]

É o próprio direito internacional, por meio de cláusulas previstas em tratados internacionais, que possibilita a aplicação de norma interna, desde que mais favorável ao indivíduo. De fato, essa cláusula de primazia da norma mais favorável é assaz comum em tratados de direitos humanos, nos quais firma-se, em geral, que as disposições da referida convenção não poderão ser utilizadas como justificativa para diminuição ou eliminação de maior proteção oferecida por outro tratado. Como exemplo, lembra-se que tal cláusula é encontrada no artigo 5.2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), no artigo 5º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no artigo 60 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e no artigo 29, b, da Convenção Americana de Direitos Humanos (RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: Levando a Sério os Tratados de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009, p. 254.

⁵³ PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos; a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, p. 25-26.

⁵⁴ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional, p. 45.

Em verdade, como se vê, o que importa para o sistema internacional é a ampliação dos direitos humanos e o grau de proteção e eficácia das vítimas, daí a aceitação da primazia da norma mais favorável.

Partindo daí, é necessária uma melhor análise do sistema interamericano de direitos humanos, objeto de maior interesse ao presente estudo.

1.4.2 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos

O sistema de proteção dos direitos humanos nas Américas é formado por quatro diplomas normativos de suma importância: a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador. Esses diplomas forjaram dois sistemas de proteção interligados: a Organização dos Estados Americanos (OEA) e o Sistema da Convenção de Direitos Humanos, criado no bojo da própria OEA⁵⁵.

O enfoque que será dado nesta pesquisa é relativo ao sistema da Convenção Americana de Direitos humanos.

1.4.2.1 A Convenção Americana de Direitos Humanos

O instrumento de maior importância no sistema interamericano é a Convenção de Direitos Humanos, conhecida como o *Pacto de San José da Costa Rica*. A convenção herdou esse título justamente porque foi assinada na capital Costa-riquenha em 1969.

Em síntese, a Convenção reconhece e assegura um catálogo de direitos civis, similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, com destaque para o direito à personalidade jurídica, à vida, à não escravidão, a um julgamento justo, à compensação em caso de erro judiciário, à liberdade de expressão, à igualdade, à proteção judicial, dentre outros. A Convenção não enuncia, de forma específica, qualquer direito social ou econômico, limitando-se a determinar que os Estados alcancem progressivamente a realização dos direitos,

⁵⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Título IV, p. 185.

mediante a adoção de medidas legislativas e/ou de outra natureza que se mostrem pertinentes ao atingimento de seus preceitos⁵⁶.

Aliás, não passa despercebido o fato de que a Convenção foi criada em 1969, depois de aprovado seu anteprojeto em 1967, justamente à época em que vários países da América do Sul passavam ou estavam às vésperas de sangrentas ditaduras. O Brasil, por exemplo, havia acabado de editar o AI-5 e entrava na fase mais sangrenta do regime militar. Ainda assim, o então Presidente, General Emílio Garrastazu Médice, enviou representantes à Conferência de Direitos Humanos em San José na Costa Rica, que foram recebidos normalmente pela OEA e participaram das discussões e votações^{57/58}.

André de Carvalho Ramos⁵⁹ explica tal paradoxo, lembrando que as ditaduras da época tentavam transmitir uma aparência de normalidade do regime, como qualquer outro Estado internacional, buscando obter, com isso, uma suposta legitimação. Para tanto, “nada melhor que mimetizar o discurso de respeito a direitos humanos e democracia, mesmo sem qualquer intenção de pô-lo em prática”.

Entrementes, a Convenção só entrou em vigor em 18 de julho de 1978, quase uma década após sua aprovação, quando o 11º instrumento de ratificação (era esse

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos; a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, p. 31.

⁵⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**, p. 187.

⁵⁸ Essa situação foi claramente oposta ao contexto vivido pela Europa quando da Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, a qual surgiu no pós-guerra, em um mundo abismado com o legado do totalitarismo e ansioso por democracia e desenvolvimento igualitário. Como estabelece Flávia Piovesan: “Em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por ditaduras. Dos 11 Estados-partes da Convenção à época, menos que a metade tinha governos eleitos democraticamente, ao passo que hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região tem governos eleitos democraticamente. Diversamente do sistema regional europeu que teve como fonte inspiradora a tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos, o sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos. Ademais, neste contexto, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado. Diversamente do sistema europeu, que surge como fruto do processo de integração européia e tem servido como relevante instrumento para fortalecer este processo de integração, no caso interamericano havia tão somente um movimento ainda embrionário de integração regional.” (PIOVESAN, Flávia. Força integradora e catalizadora do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional. In: OTERO, Paulo; QUADROS, Fausto de; SOUSA, Marcelo Rebelo de (Coords.). **Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda**. Coimbra: Coimbra, 2012. v. 5: Direito internacional e direito da União Europeia: direito internacional privado e direito marítimo: direito financeiro e direito fiscal, p. 101-116.

⁵⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**, p. 187.

o número mínimo de Estados previstos no artigo 74.2 da Convenção) foi depositado pelo Peru⁶⁰.

O Brasil só aderiu à Convenção em 25 de setembro de 1992, sendo um dos Estados que mais tardiamente aderiram ao instrumento⁶¹. Ainda assim, nesse primeiro momento, o Brasil estabeleceu que sua ratificação não reconhecia a jurisdição automática da Corte Interamericana de Direitos Humanos e tampouco o direito automático de visitas e inspeções *in loco* da Comissão de Direitos Humanos⁶².

A aceitação completa do instrumento pelo País só ocorreu em 3 de dezembro de 1998, quando passou a aceitar a jurisdição da Corte⁶³. Ainda assim, a aceitação da jurisdição da Corte foi feita com a ressalva temporal de que o Brasil só aceitava a jurisdição para fatos ocorridos após a data oficial de seu reconhecimento – dezembro de 1998. Desse modo, claramente, o país tentou eximir-se de seus atos passados, como, por exemplo, os praticados no contexto da ditadura militar⁶⁴.

Dos 35 Estados-membros da OEA, 25 aderiram à Convenção, com destaque para a não adesão de importantes membros, como os Estados Unidos (sede da OEA) e Canadá⁶⁵.

Perante a Convenção Americana, os Estados assumem obrigações positivas e negativas. Negativas, no sentido de não violar direitos individuais (não torturar por exemplo). Positivas, no sentido de assegurar as condições para o exercício dos direitos garantidos pela Convenção, como estabelecer estruturas capazes de prevenir, investigar e punir toda violação pública ou privada dos direitos humanos – as medidas de garantia⁶⁶.

O procedimento estabelecido pela Convenção prevê dois outros órgãos destinados ao monitoramento e implementação dos direitos que enuncia: a

⁶⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**, p. 187.

⁶¹ PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos; a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, p. 33.

⁶² O reconhecimento da Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos é cláusula facultativa no Pacto.

⁶³ RAMOS, André de Carvalho. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**, p. 189.

⁶⁴ A Mensagem Presidencial 1070 enviada pelo Poder Executivo federal ao Congresso solicitou a aprovação para fazer a declaração de reconhecimento de competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do artigo 62 daquele instrumento.

⁶⁵ A lista dos Estados signatários está disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Conven_cion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm>. Acesso em: 17 abr. 2106.

⁶⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**, p. 190.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1.4.2.2 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Integrada por sete membros, a Comissão tem importante papel e distintas funções. Cabe a ela fazer recomendações aos governos dos Estados-parte, preparar estudos e relatórios e principalmente examinar as petições encaminhadas por indivíduos ou grupos de indivíduos que contenham denúncias de violação a direitos consagrados pela Convenção que o Estado envolvido seja parte⁶⁷.

Esse procedimento é de suma importância, uma vez que os indivíduos não detêm legitimidade para propor petições diretamente à Corte Interamericana. Deste modo, cabe à Comissão um papel de “acusador” no procedimento, como único legitimado a tal. Da análise da Comissão não cabe qualquer recurso à vítima ou seus familiares. Logo, a Comissão acaba tendo um papel decisivo na interpretação da Convenção, e em muitos casos torna-se seu último e único intérprete.

Mas, além de receber as petições individuais, a própria Comissão pode iniciar um processo, *ex officio*, desde que disponha de elementos para tanto. Além disso, a Comissão tem faculdade de realizar vistorias *in loco* nos Estados-parte para observação do cumprimento das decisões e para verificação de fatos denunciados.

Acerca do procedimento, ao receber as petições individuais, a Comissão realiza o exame e o estudo da matéria, inclusive com a coleta de provas. Após essa fase, a Comissão pode buscar uma solução amistosa com o Estado demandado. Restando sem sucesso a solução amistosa, a Comissão elabora relatórios e pode submeter o caso à Corte de Direitos Humanos, inclusive com a possibilidade de buscar medidas cautelares⁶⁸.

1.4.2.3 A Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional do sistema regional. É composta por sete juízes dos Estados-membros e tem competência consultiva e contenciosa.

⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos; a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, p. 36.

⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos; a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, p. 50.

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1 y 2 de su Estatuto, la Corte Interamericana posee dos atribuciones esenciales: la primera, de naturaleza consultiva sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención Americana, así como la de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos; la segunda de carácter jurisdiccional, para resolver las controversias que se planteen respecto a la interpretación o aplicación de la propia Convención Americana.⁶⁹

No plano consultivo, qualquer membro da OEA, parte ou não da Convenção, pode solicitar o parecer da Corte em relação à interpretação da Convenção ou qualquer outro tratado que tenha referência com a proteção dos direitos humanos.

As sentenças da Corte obrigam os Estados-parte ao seu cumprimento⁷⁰, existindo a obrigação internacional derivada de cumprir de boa-fé tais decisões⁷¹.

Em caso de não cumprimento, o artigo 65 da Convenção possibilita à Corte Interamericana a inclusão dos casos no seu relatório anual à Assembleia Geral da OEA, como mecanismo de coerção. A par disso, sabe-se que esse mecanismo tem se mostrado insuficiente, o que, inclusive, tem sido alvo de críticas por parte da doutrina internacional⁷².

A fim de minimizar tal situação, a Corte tem estabelecido mecanismos de supervisão de suas sentenças, obrigando os Estados à apresentação de relatórios sobre os esforços envidados para cumprimento, mantendo uma condenação moral do Estado no plano internacional, sempre vigente até seu efetivo cumprimento⁷³.

1.5 AS LEIS DE ANISTIA NA VISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

No que concerne às leis de anistia, estabelecidas na saída de regimes totalitários, no escopo da justiça de transição, as cortes internacionais vêm formado uma sólida e decisiva jurisprudência, lançando novas luzes na discussão dessa matéria em âmbito global, refletindo, inclusive, em decisões de cortes nacionais na alteração da justiça de transição adotada. Cabe assim, analisar os principais casos já decididos pela Corte IDH, que firmaram sua atual jurisprudência.

⁶⁹ ZAMUDIO, Héctor-Fix. **Protección jurídica de los derechos humanos**. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001. p. 177.

⁷⁰ **Art. 68.1.** “Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todos os casos em que forem partes.”

⁷¹ RAMOS, André de Carvalho. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**, p. 236.

⁷² Nesse sentido, Víctor Emanuel Rescia e Hector Fix-Zamudio, ambos citados por: RAMOS, André de Carvalho. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**, p. 238.

⁷³ RAMOS, André de Carvalho. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**, p. 240.

1.5.1 Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988) – A omissão investigativa estatal em casos de desaparecimento forçado de pessoas como violação de direitos humanos

A primeira sentença proferida pela Corte diz respeito ao caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras*. Refere-se ao desaparecimento forçado de *Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez* pelas forças armadas do Estado de Honduras.

Nesse caso, a Corte condenou o Estado de Honduras, em votação unânime, ao pagamento de indenização aos familiares do desaparecido, reconhecendo que o desaparecimento forçado de pessoas foi uma prática estatal generalizada em determinado período naquele país.

Apesar de não tratar especificamente a respeito de leis de anistia, a sentença da Corte, no caso em questão, estabeleceu importante precedente ao impor um dever positivo ao Estado, obrigando-o a tomar medidas para impedir futuros abusos em direitos humanos, conduzindo investigações, identificando responsáveis e punindo-os, além de compensar as vítimas.

Essa condenação decorreu da interpretação dada pela Corte ao artigo 1.1 da Convenção⁷⁴.

A Corte estabeleceu:

A segunda obrigação dos Estados Partes é a de "garantir" o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção a toda pessoa sujeita à sua jurisdição. Esta obrigação implica o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência desta obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, se possível, do direito violado e, se for o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos.⁷⁵

A importância dessa jurisprudência deve-se ao fato de ter possibilitado a interpretação de que todo Estado-parte da Convenção tem uma obrigação

⁷⁴ **Art. 1.1** "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." Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez x Honduras**, p. 33. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/2ed9f5488d3b613fb7364d2008a0c3a1.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2015.

afirmativa, a fim de processar e punir as violações dos direitos humanos, especificamente em relação ao desaparecimento forçado de pessoas⁷⁶.

Essa tese vai se solidificar nos anos seguintes, inclusive para identificar matérias temporais de acesso da corte.

1.5.2 Caso *Barrios Altos vs. Perú* (2001) – As leis de anistia na visão da Corte

Nesse caso de 2001, a Corte IDH enfrentou diretamente uma lei de autoanistia pela primeira vez. O caso tratava do massacre de 15 pessoas pertencentes ao grupo guerrilheiro *Sendero Luminoso*, ocorrido na cidade de Lima, no Peru, na localidade de Barrios Altos, em 03 de novembro de 1991.

Investigações judiciais e a mídia revelaram que os assassinos faziam parte da inteligência militar peruana, mais especificamente de um esquadrão de eliminação chamado *Colina Group*. Em setembro de 1991, o Senado peruano constituiu um comitê de investigação para o caso. Contudo, esse comitê não foi adiante, uma vez que, meses depois, o Governo Nacional de Alberto Fujimori dissolveu o Congresso Nacional⁷⁷.

Por conta de fatores de tal natureza, na condição que então vivia o Peru, apesar do fato ter ocorrido em 1991, foi apenas em abril de 1995 que as autoridades iniciaram uma séria investigação sobre o caso, a qual culminou com a denúncia de cinco oficiais do Exército como responsáveis pelo crime.

Todavia, como resposta a essa investigação, o Congresso peruano sancionou a Lei 26.479, apresentada pelo então Presidente Alberto Fujimori, em 15 de junho de 1995. Essa lei estabelecia anistia a todos os integrantes das forças armadas e civis que foram objeto de denúncias, investigações, procedimentos, condenações ou que estivessem cumprindo sentença em prisão por violações aos direitos humanos cometidas entre os anos de 1980 e 1995⁷⁸.

A par da promulgação da citada lei, a juíza do caso, Antonia Saquicuray, por meio de controle difuso de constitucionalidade⁷⁹, considerou inconstitucional a

⁷⁶ FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **Anistia**: as leis internacionais e o caso brasileiro, p. 249.

⁷⁷ FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **Anistia**: as leis internacionais e o caso brasileiro, p. 252.

⁷⁸ FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **Anistia**: as leis internacionais e o caso brasileiro, p. 252.

⁷⁹ O Peru, assim como o Brasil, adota o sistema misto de controle de constitucionalidade.

reforma legal, no sentido da não aplicação da Lei da Anistia no julgamento dos cinco oficiais e deu andamento ao processo, por entender que a lei violava as normas constitucionais do país.

Os advogados dos acusados recorreram à Suprema Corte peruana, mas antes que houvesse qualquer julgamento, o Congresso peruano adotou uma segunda lei de anistia, a Lei 26.492, que, desta vez, declarava que a anistia não poderia ser revisada por qualquer instância e que sua aplicação era obrigatória. Logo após, em julho de 1995, a Corte Superior de Justiça de Lima arquivou o caso, afirmando que a lei de anistia não era contrária à Constituição peruana ou aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos⁸⁰.

O caso chegou ao Sistema Interamericano em 30 de junho de 1995, quando a Coordenadora Nacional de Direitos Humanos apresentou denúncia à Comissão contra o Peru, por outorgar anistia aos agentes do Estado responsáveis pelos assassinatos de Barrios Altos, sendo iniciada a tramitação em 28 de agosto de 1995, posteriormente em 10 de maio de 2000, a Comissão decidiu enviar o caso à Corte.

Em sentença proferida em 14 de março de 2001, a Corte, sob a presidência do brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, posicionou-se claramente no sentido de entender pela incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos:

Esta Corte considera que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, tais como tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos [...] A Corte considera necessário enfatizar que, à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados Partes têm o dever de tomar providências de todo tipo para que ninguém seja privado da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. É por isso que, quando adotam leis que tenham este efeito, como o caso das leis de autoanistia, os Estados Partes na Convenção incorrem na violação dos artigos 8 e 25, combinados com os artigos 1.1 e 2 da Convenção. As leis de autoanistia conduzem à vulnerabilidade das vítimas e à perpetuação da impunidade, motivo pelo qual são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana. Este tipo de lei impede a identificação dos indivíduos responsáveis por violações de direitos humanos, na medida em que obstaculiza a investigação e o acesso à justiça e impede as vítimas e

⁸⁰ FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **Anistia**: as leis internacionais e o caso brasileiro, p. 253.

seus familiares de conhecerem a verdade e de receberem a reparação correspondente.⁸¹

Em seu voto em separado, Cançado Trindade ainda afirmou que as chamadas autoanistias são uma afronta ao direito à verdade e à justiça e manifestamente incompatíveis com as obrigações gerais dos Estados frente à Convenção Interamericana.

Além disso, nesse julgamento, a Corte também destacou que a impunidade em relação aos casos de crimes contra a humanidade promove a repetição das atividades que são contrárias à democracia e aos direitos humanos. A impunidade, aliás, foi destacada pela Corte como uma falha sistemática para investigar, processar, prender, adjudicar e condenar aqueles que são responsáveis por violações de direitos protegidos pela Convenção Interamericana. Como destacou a Corte em passagem lembrada por Par Egstron⁸²:

[...] a condenação da impunidade é duplicada. Por um lado, para as sociedades, a impunidade 'promove a repetição crônica das violações dos direitos humanos'. Por outro lado, para as vítimas e seus familiares, a impunidade estimula 'a desproteção total' das vítimas e seus familiares que têm o direito de saber a verdade sobre os fatos.

O posicionamento adotado pela Corte inaugura sua jurisprudência quanto aos casos de leis de autoanistia, que vem a ser corroborada e reforçada nos anos seguintes.

1.5.3 Caso *Almonacid Arellano vs. Chile* – a invalidade das leis de anistia e o controle difuso de convencionalidade

O caso diz respeito ao assassinato do professor chileno *Almonacid Arellano*, baleado na frente de sua residência e de seus familiares em 16 de setembro de 1973, ou seja, logo no início da ditadura militar chilena, devido ao seu envolvimento com o partido comunista do país. Seus familiares deram início às ações judiciais pertinentes em 1992, após o término da ditadura militar no Chile. No plano interno,

⁸¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. p. 15. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2014.

⁸² ENGSTROM, Par. A Anistia e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: **A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. p. 120. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/9ago11_oxford_completo_web.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2014.

eles inicialmente não tiveram qualquer êxito devido à aplicação, pelos tribunais internos, da lei de anistia chilena.

A demanda foi então enviada à Comissão em 15 de setembro de 1998, questionando a validade do Decreto-lei 2.191/78, de 18 de abril de 1978, que perdoava os crimes cometidos entre 1973 e 1978, alegando falta de investigação e punição dos responsáveis pela morte de *Almonacid Arellano*, bem como falta de reparação aos seus familiares.

Em 11 de julho de 2005, a Comissão submeteu o caso à Corte, que proferiu sua sentença em 26 de setembro de 2006, manifestando-se de acordo a reforçar o posicionamento adotado na sentença do caso *Barrios Altos*, agregando o argumento acerca da impossibilidade de anistiar crimes de lesa humanidade:

A obrigação, estabelecida pelo Direito Internacional, de julgar e, se forem declarados culpados, punir os perpetradores de determinados crimes internacionais, entre os quais se encontram os crimes de lesa humanidade, desprende-se da obrigação de garantia consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. Esta obrigação implica o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência desta obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação aos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, caso seja possível, do direito violado e, em todo caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos. Se o aparato do Estado atua de modo que tal violação fique impune e não se restabeleça à vítima, na medida do possível, a plenitude de seus direitos, é possível afirmar que foi descumprido, em relação às pessoas sujeitas à sua jurisdição, o dever de garantir o livre e pleno exercício de seus direitos. 111. Os crimes de lesa humanidade produzem a violação de uma série de direitos inderrogáveis reconhecidos na Convenção Americana, que não podem ficar impunes. [...] Em face das considerações anteriores, a Corte avalia que os Estados não podem se eximir do dever de investigar, identificar e punir os responsáveis pelos crimes de lesa humanidade aplicando leis de anistia ou outro tipo de normativa interna. Consequentemente, não se pode conceder anistia aos crimes de lesa humanidade.⁸³

Nesse caso, a Corte aprofundou a análise das leis de anistia, dissociando o conceito de violações de direitos humanos de violações de direito internacional humanitário. Nesse último caso, seguindo uma jurisprudência já estabelecida inclusive nos tribunais penais internacionais (Iugoslávia e Ruanda), a Corte

⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, p. 50. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

estabeleceu que, quando se trata de guerra civil ou conflito armado intenso, as anistias deveriam ser aceitas e estimuladas, ao contrário, todavia, das autoanistias⁸⁴.

Além disso, a Corte revisou sua própria competência para a análise de leis de anistia editadas antes da adesão do Estado-parte à Convenção de Direitos Humanos, concluindo que “o princípio do descumprimento do art. 2º da Convenção se dá quando o Estado se obriga a adequar sua legislação interna com a convenção, ou seja, no momento em que a ratificou”, por conseguinte, permanecendo na violação até a tomada das medidas adequadas⁸⁵.

Outrossim, também estabeleceu a Corte o entendimento de que o crime de desaparecimento forçado de pessoas é uma espécie de crime permanente, em que a consumação se prolonga no tempo, enquanto se mantém, por decisão do agente, a situação ilícita. Por conta disso, enquanto não cessar a conduta, no caso o desaparecimento, não iniciará a contagem do prazo prescricional⁸⁶.

Colhe-se da referida decisão:

A corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a convenção e declarar uma violação às suas normas quando os fatos alegados à conduta do Estado demandado que puder implicar responsabilidade internacional são anteriores ao reconhecimento da competência do Tribunal. Sem embargo, quando se trata de uma violação contínua ou permanente, cujo início se houver dado antes que o Estado demandado tiver reconhecido **a competência contenciosa da CIDH e continua a persistir após esse reconhecimento, o tribunal será competente para conhecer das condutas ocorridas e decidir sobre as violações.**⁸⁷

Assim, denota-se que a sentença do caso *Allmonacíd Arellano* representou um grande avanço na jurisprudência da Corte, que veio abalizar suas decisões posteriores, inclusive afetas ao Brasil.

⁸⁴ MAIA, Fábio Fernandes. **Lei de Anistia e Justiça de Transição**: o redimensionamento do debate e julgamento da ADPF 153 pelo STF, p. 151.

⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacíd Arrelano e outros x Chile**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2016.

⁸⁶ MAIA, Fábio Fernandes. **Lei de Anistia e Justiça de Transição**. o redimensionamento do debate e julgamento da ADPF 153 pelo STF, p. 151.

⁸⁷ MAIA, Fábio Fernandes. **Lei de Anistia e Justiça de Transição**. o redimensionamento do debate e julgamento da ADPF 153 pelo STF, p. 152.

1.5.4. Caso *La Cantuta vs. Perú* (2006)

O caso trata de desaparecimentos forçados e execuções sumárias de nove estudantes e um professor da *Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle*, localizada em La Cantuta, na cidade de Lima, ocorridos em 1992, fatos marcados pela ausência de investigação e punição de seus autores em face de leis de anistia⁸⁸.

Nesse caso, a Corte consolidou seu entendimento sobre leis de anistia nos mesmos moldes que em seus anteriores julgamentos. Mas em *La Cantuta*, a Corte reiterou, com maior ênfase, a questão afeta a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade como norma de *ius cogens*.

[...] mesmo quando o Estado não tenha ratificado a dita Convenção (sobre imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade), esta Corte considera que a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade surge como categoria de norma de Direito Internacional Geral (*ius cogens*) que não nasce com a Convenção, mas que está reconhecido nela. Consequentemente o Estado não pode deixar de cumprir essa norma imperativa.⁸⁹

Ademais, houve uma evolução da Corte, ao estabelecer que tão só a promulgação de leis de anistia, em casos de crimes contra a humanidade, demonstra a violação estatal da referida Convenção e geram a responsabilidade do Estado.

Outro ponto importante nesse julgamento foi a evolução acerca da análise do controle difuso de convencionalidade, que já havia aparecido no caso *Almonacid Arellano*, mas que ganhou novos contornos em *La Cantuta*. O diferencial em *La Cantuta* foi o estabelecimento de que os juízes nacionais devem, ao realizar o controle de convencionalidade, levar em consideração não só os tratados internacionais, mas também a interpretação que as Cortes Internacionais realizam desses tratados, mais especificamente, a interpretação dada pela própria CorteIDH acerca da Convenção Americana.

Para executar esta tarefa, na opinião do Tribunal ", o Judiciário tem de ter em conta não só o tratado, mas também a interpretação dela feita pela Corte

⁸⁸ FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **Anistia**: as leis internacionais e o caso brasileiro p. 262-3

⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso *La Cantuta vs. Perú***. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2016.

Interamericana, que é o intérprete final da Convenção Americana”⁹⁰. Esse fator tornou-se preponderante na criação de *standarts* interpretativos mínimos acerca da Convenção Americana, que multiplicam a força das decisões da Corte IDH.

Mas o fator essencialmente novo nesse caso foi o estabelecimento da necessidade de se impor um dever de cooperação internacional para a erradicação da impunidade, como uma espécie de garantia coletiva. A Corte sustentou que se tratado de um contexto de violação sistemática de direitos humanos, a necessidade de erradicar a impunidade se apresenta frente a comunidade internacional como um dever de cooperação interestatal, de tal forma que determina que um Estado exerça sua jurisdição ou colabore com outros Estados para impulsionar a investigação dos fatos⁹¹.

Essa determinação acabou por ter um importante efeito prático, já que foi utilizada como base argumentativa pela Suprema Corte Chilena para permitir a extradição de Alberto Fujimori, que então estava exilado no Chile para responder perante a Justiça peruana pelos massacres de *La Cantuta* e *Barrios Altos*.⁹²

1.5.5 Caso Gélman vs. Uruguai

O caso versa sobre o desaparecimento forçado de María Claudia Gelman, ocorrido em de 1976, quando foi detida em Buenos Aires em estado avançado de gravidez. Ao que consta, ela foi trasladada ao Uruguai, onde teve sua filha, que foi entregue a uma família uruguaia, atos que a Comissão Interamericana indica terem sido praticados por agentes estatais argentinos e uruguaiois na Operação Condor, sem que até o momento se conheça o paradeiro da mãe e as circunstâncias de seu desaparecimento. María Macarena foi encontrada no Uruguai, anos depois, após uma longa investigação levada a efeito por seu avô.

⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso La Cantuta vs. Perú**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso La Cantuta vs. Perú**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2016.

⁹² PARRA VERA, Oscar. *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la Lucha contra la impunidad: algunos avances y debates*. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**. Ano 13. Número 1. Palermo, 2012. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-13/01-Revista-Juridica-La-jurisprudencia-de-la-Corte.pdf>. Acesso em: 30 maio 2016.

Nessa situação, a Corte considerou o Uruguai responsável por haver violado, desde o nascimento de María Macarena Gelman e até o momento em que se recuperou sua verdadeira e legítima identidade, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida e liberdade pessoal, à família, ao nome, aos direitos da criança e à nacionalidade reconhecidos na CADH, na Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado, além da violação ao direito à integridade e a família de Juan Gelman, pai de María Macarena⁹³.

No caso uruguaio, um fator dissonante é que o país dispunha da Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva Lei 15.484, a qual foi submetida, já no regime democrático, a consulta popular, em duas ocasiões, intercaladas por um intervalo de dez anos. Nessas duas ocasiões, a própria população uruguaia, democraticamente, compreendeu pela validade da Lei de Anistia.

É verdade que a própria Corte Suprema Uruguaia não reconheceu validade aos referendos, por compreender que eles violavam direitos fundamentais que não estão a disposição da maioria.

De todo modo, a Corte entendeu expressamente que o fato de a Lei de Caducidade uruguaia ter sido aprovada em um regime democrático e ainda ratificada ou respaldada pela cidadania em duas ocasiões, não lhe concede, automaticamente, nem por si só, legitimidade ante o Direito Internacional. Além disso, a Corte foi clara ao demonstrar que a impunidade no caso uruguaio foi levada a níveis não toleráveis ante o tempo de validade das leis de caducidade.

A mera existência de um regime democrático não garante, per se, permanente respeito ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual tem sido assim considerado inclusive pela própria Carta Democrática Interamericana. A legitimação democrática de determinados fatos ou atos em uma sociedade está limitada pelas normas e obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana, de modo que a existência de um verdadeiro regime democrático está determinada pelas suas características tanto formais como substanciais, pelo que, particularmente em casos de graves violações de direitos humanos, constitui um limite inegociável da regra da maioria, é dizer, na esfera do “suscetível de decidido” por parte da maioria nas instâncias democráticas, nas quais também deve primar um “controle de convencionalidade” (...), que é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não só do Poder Judicial. Nesse sentido, a Suprema Corte de Justiça exerceu, no caso *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, um adequado controle de convencionalidade da Lei de Caducidade, ao estabelecer, inter

⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gélman vs. Uruguay**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em: 30 maio 2016.

alia, que “o limite da decisão da maioria reside, essencialmente, em duas coisas: a tutela dos direitos fundamentais (os primeiros, entre todos, são o direito à vida e à liberdade pessoal, e não há vontade da maioria, nem interesse geral nem bem comum ou público em benefício dos quais possam ser sacrificados) e à sujeição dos poderes públicos à lei”. (Corte IDH, 2011, parágrafos 238 e 239). Ainda que a Suprema Corte de Justiça uruguaia já tenha reconhecido a inaplicabilidade da Lei de Caducidade, e a lei não seja mais um obstáculo na atualidade, as investigações sobre o presente foram prejudicadas pela aplicação da lei e já ultrapassaram o limite da razoabilidade da duração dos procedimentos. Assim, apesar do reconhecimento da carência de efeitos jurídicos da lei em casos de graves violações aos direitos humanos, o Estado não cumpriu sua obrigação de adequar o direito interno à Convenção Americana de Direitos Humanos e à Convenção Interamericana sobre Desaparecimentos Forçados de Pessoas.

Além dessa situação específica, no caso *Gelman x Uruguay*⁹⁴, a Corte IDH afirmou expressamente, novamente, que suas sentenças não se aplicavam apenas ao caso concreto entre os Estados-parte do caso, mas que produziram efeitos vinculantes para todos os Estados signatários da Convenção, como um *standard* interpretativo⁹⁵.

1.5.6 Caso Júlia Gomes Lund e outros vs Brasil

O caso envolvendo o Brasil diz respeito ao desaparecimento forçado de pessoas no caso conhecido como *Guerrilha do Araguaia*.

Ao julgar o caso brasileiro, a Corte seguiu a mesma linha decisória adotada uma década antes no caso peruano, compreendendo que as disposições da Lei da anistia que impedem a investigação e a sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana e não têm efeito jurídico.

Colhe-se do julgamento referido:

⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gélman vs. Uruguay**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em 30.05.2016

⁹⁵ É a partir de tal linha decisória que Mac-Gregor, por exemplo, vai estabelecer que a coisa julgada, no tocante às sentenças da Corte IDH, vai se dividir em duas formas de proteção de sua autoridade: direta (*res judicata*), em relação aos Estados-parte do caso concreto, e indireta (*res interpretata*), em relação aos demais Estados-parte da Convenção. No primeiro caso (*res judicata*), há uma obrigação de cumprimento concreta ao Estado vencido, vinculante nos próprios termos da sentença. Nessas situações, cabe ao Estado simplesmente cumprir a decisão da Corte IDH. Já no segundo caso, na eficácia indireta (*res interpretata*), a coisa julgada vai lançar efeitos aos demais Estados-parte da Convenção, os quais passam a se obrigar ao cumprimento não só da própria Convenção Americana, mas também e principalmente da interpretação que a Corte IDH faz da Convenção. (MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay). **Revista de Estudios Constitucionales**, v. 11, n. 2 p 641-694. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, v. 11, n. 2, p. 641-694, p. 652.)

As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. 4. O Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos [...] O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 desse instrumento, pela falta de investigação dos fatos do presente caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas e da pessoa executada.⁹⁶

Não bastasse, a Corte ainda determinou que o Brasil conduzisse eficazmente a investigação penal dos fatos, determinasse as responsabilidades penais, bem como que aplicasse as sanções respectivas.

DISPÕE, por unanimidade, que: [...] 8. Esta Sentença constitui per se uma forma de reparação. 9. O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, 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 preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença. 10. O Estado deve realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 261 a 263 da presente Sentença. [...] O Estado deve adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, nos termos do estabelecido no parágrafo 287 da presente Sentença. Enquanto cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e, se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno.⁹⁷

Esse julgamento representou a primeira avaliação específica da Lei da Anistia brasileira por um tribunal internacional. Fato interessante é que o caso foi julgado

⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 30 maio 2015.

⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 30 maio 2015.

meses após o Supremo Tribunal Federal do Brasil ter declarado a Lei da Anistia constitucional, utilizando muitos argumentos que, logo em seguida, foram rechaçados expressamente pela Corte Interamericana, como se verá, com mais vagar adiante.

Como se vê, portanto, para a Corte Interamericana, o Brasil passou à condição de violador das normas internacionais de direitos humanos ao não permitir a punição dos crimes contra os direitos humanos reconhecidamente praticados no período abarcado pela Lei da Anistia.

1.6 A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E OS REFLEXOS DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA NA AMÉRICA LATINA

Após o desenvolvimento do aparato geral da internacionalização dos direitos humanos e da justiça de transição, cabe verificar como os países vizinhos ao Brasil, que passaram por situação semelhante, responderam a essa nova sistematização dos direitos humanos e a jurisprudência internacional.

Para tanto, antes do caso Brasil, passa-se à análise, ainda que brevemente, do processo transicional na Argentina e no Chile.

1.6.1 Argentina

A ditadura argentina, instaurada em 24 de março de 1976, foi uma das mais violentas da América Latina. Os números divulgados pelas organizações de direitos humanos calculam que cerca de 30 mil civis foram mortos no período, 40 mil torturados, 80 mil exilados, mais de 8 mil pessoas ainda estão desaparecidas, e mais de 500 mil indivíduos sofreram algum tipo de perseguição ou demissões no período⁹⁸.

Em 1983, a ditadura deixou o poder, mas, ao contrário de seus vizinhos sul-americanos, a saída do regime ditatorial foi acelerada pela desastrosa Guerra das Malvinas, que, aliada a uma forte recessão econômica, forçou o governo militar a convocar eleições gerais⁹⁹.

⁹⁸ ALMEIDA, Agassis. **A ditadura dos generais**: Estado militar na América Latina – o calvário na prisão. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 217.

⁹⁹ MORENO, Nahuel. **Escuela de Cuadros**: Argentina, 1984. Argentina: uma revolução democrática triunfante. Buenos Aires: Crux, 1992. p. 167-169.

Nas novas eleição, Raúl Alfonsín, um dos mais antigos advogados de direitos humanos atuantes na defesa de presos políticos durante a ditadura foi eleito presidente, com o discurso de apurar os crimes praticados no regime militar¹⁰⁰.

Todavia, do mesmo modo que em outras ditaduras militares na América Latina, antes de deixar o poder, as Juntas Militares que governavam o país estabeleceram uma autoanistia pelos crimes praticados no período. A fim de evitar a perseguição penal de seus agentes, o governo militar argentino editou a Lei de Pacificação Nacional, Lei 22.924¹⁰¹. Por essa norma, foi concedida anistia geral tanto aos responsáveis por delitos de terrorismo e subversão quanto aos agentes da repressão que atuaram no *combate* a esses crimes, qualquer tenha sido a natureza ou bem jurídico lesionado¹⁰².

Essa norma, entretanto, não gerou efeitos, vez que rapidamente alguns juízes passaram a declarar sua inconstitucionalidade, culminando com a sua revogação pelo Congresso argentino, por inconstitucionalidade em face do direito interno, isso já no governo civil de Raul Alfonsín¹⁰³.

No final de 1983, foi instaurada na Argentina a Comissão de Verdade *Ernesto Sabato*. Essa comissão, após ouvir milhares de relatos, produziu o relatório *Nunca Más*. Esse minucioso e chocante relato da violência praticada pelo regime, aliado à nulidade da Lei de Autoanistia, permitiu que o apoio popular necessário para que o governo civil encaminhasse à Justiça o processo contra os militares¹⁰⁴.

Ainda em 1983, a Argentina ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Contra a Humanidade da ONU.

Iniciou-se, então, em abril de 1985, o processo criminal dos responsáveis pela repressão, isso apenas 18 meses após a saída dos militares do poder.

¹⁰⁰ BOITEAUX, Luciana; BATISTA, Vanessa Oliveira. Tratados Internacionais de Direitos Humanos, Anistia e Justiça: a influência do processo argentino. In: ABRÃO, Paulo; PRONER, Carol (Orgs.). **Justiça de Transição, Reparação, Verdade e Justiça: Perspectivas Comparadas Brasil-Espanha**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 183.

¹⁰¹ ARGENTINA. **Ley de Pacificación Nacional**. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/research/argentina/ley22-924.html>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

¹⁰² PARENTI, Pablo F. A aplicação do Direito Internacional no Julgamento do Terrorismo de Estado na Argentina. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, Ministério da Justiça, n. 4, p. 32-54, jul./dez. 2010, 2011, p. 42. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2011revistaanistia04.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

¹⁰³ PARENTI, Pablo F. A aplicação do Direito Internacional no Julgamento do Terrorismo de Estado na Argentina, p. 43.

¹⁰⁴ BOITEAUX, Luciana; BATISTA, Vanessa Oliveira. Tratados Internacionais de Direitos Humanos, Anistia e Justiça: a influência do processo argentino, p. 183.

Em um primeiro momento, os processos de persecução penal vincularam desde os comandantes das Juntas Militares até os oficiais de baixo escalão. O processo mais importante do período foi o julgamento dos integrantes das primeiras juntas militares¹⁰⁵. Em 9 de dezembro de 1985, cinco dos dirigentes máximos do antigo regime militar foram condenados à prisão, como responsáveis pelas prisões ilegais, torturas, saques, homicídios, desaparecimentos forçados e outros crimes. A base para a condenação dos dirigentes, por atos praticados por seus subordinados, foi a teoria do domínio do fato ou domínio da vontade em virtude de um aparato organizado de poder, do alemão Claus Roxin¹⁰⁶.

Todavia, após a decisão desse caso, houve grande revolta na caserna, uma vez que os militares passaram a lotar os tribunais argentinos. Formou-se aí o que ficou conhecido como o movimento dos *cara-pintadas*, que cuidou de fomentar e organizar várias revoltas militares¹⁰⁷.

Ante a forte pressão dos militares, os julgamentos arrefeceram, e o próprio governo civil de Alfonsín estabeleceu duas leis importantes no país: a Lei do “Ponto Final” em 1986 (Lei 23.492) e da “Obediência Devida” em 1987 (Lei 23.251).

A Lei do Ponto Final¹⁰⁸, em síntese, estabelecia que as ações penais que não fossem propostas em até determinada data não mais poderiam ser propostas no futuro. Previa a lei a extinção da ação penal para os delitos cometidos pelos agentes da repressão no período ditatorial, em casos de *combate ao terrorismo*, caso eles não estivessem foragidos e tivessem suas citações para prestar declarações em inquéritos determinadas após sessenta dias corridos da promulgação da lei.

Além da exótica previsão, o que a Lei do Ponto Final fez, em verdade, foi realizar uma corrida de citações, com mais de 450 acusações e 300 citações de militares no curto período, situação que acabou por frustrar o objetivo governamental¹⁰⁹.

¹⁰⁵ ENGSTROM, Par. A Anistia e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, p. 112.

¹⁰⁶ BOITEAUX, Luciana; BATISTA, Vanessa Oliveira. Tratados Internacionais de Direitos Humanos, Anistia e Justiça. A influência do processo argentino, p. 184.

¹⁰⁷ WOJCIECHOWSKI, Paola Biachi. **Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos: Estudo Comparativo Brasil, Argentina e Chile**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 77.

¹⁰⁸ Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/research/argentina/ley23-492.html>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

¹⁰⁹ NORRIS, Robert E. *Leyes de Impunidad y los Derechos Humanos en las Américas*. Una Respuesta Legal. **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, v. 15, 1992, p. 78.

Pouco tempo depois da frustrada Lei do Ponto Final, por iniciativa do Poder Executivo, foi aprovada a Lei da Obediência Devida¹¹⁰, sancionada em junho de 1987. Essa lei, basicamente, afastava qualquer responsabilidade dos que não fossem dos mais altos graus hierárquicos das forças armadas, adotando a premissa de que eles agiam em subordinação e coerção das autoridades superiores, sem capacidade de resistência. Adotou-se então, três níveis de responsabilidade: em primeiro lugar, os que elaboraram e deram ordens; depois, os que as cumpriram; e finalmente os que as excederam ao realizar condutas não abarcadas pelo plano de repressão^{111/112}.

Não bastasse, quando Carlos Menem assumiu a Presidência da República em 1989, uma de suas primeiras ações foi conceder uma série de indultos. O primeiro indulto foi ditado em 6 de outubro de 1989, e abarcou cerca de 50 pessoas, inclusive as que ainda não haviam sido condenadas. Logo seguiram-se outros indultos, os quais abarcaram os níveis não atingidos pela Lei da Obediência Devida, inclusive os membros das Juntas que governavam o país e que haviam sido condenados anteriormente. Ao mesmo tempo, optou-se pelo foco à reparação civil das vítimas¹¹³.

Ao ser questionada, em 1987, a Corte Suprema afirmou a constitucionalidade da Lei da Obediência Devida e dos indultos, sob a fundamentação de que o

¹¹⁰ Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/research/argentina/ley23-492.html>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

¹¹¹ PARENTI, Pablo F. A aplicação do Direito Internacional no Julgamento do Terrorismo de Estado na Argentina, p. 43.

¹¹² “Normalmente, lança-se a questão se, por causa da rigidez da obediência militar, deve ser reconhecido um certo automatismo quando o superior emite um comando. A proposição visa determinar em quais casos o soldado, que obedece a uma ordem ilegal, está justificado e, portanto, isento de responsabilidade. A conclusão é que o militar, tal como o agente civil, nem sempre deve obedecer passivamente e não pode invocar o mandato do superior, em todo e qualquer caso, para obter a eximente. Não há dúvida de que no exército a disciplina é fundamental e a pronta obediência torna-se uma regra necessária, mas, de modo algum, é possível imaginar o soldado reduzido à função de um instrumento cego. O soldado deve, ao menos, compreender o mandato que lhe foi dado, pois é um homem dotado de vontade e, portanto, conserva sua parte de responsabilidade no desempenho de sua função. Se a legalidade da ordem é duvidosa, pode obedecer, mas, se é evidente, não há que fazê-lo sem incorrer na pena. Assim, se em tempo de paz um oficial manda o soldado atirar contra um transeunte inofensivo, a ordem dada não legitima o ato, e o soldado é tão culpado tanto quanto seu chefe.” (FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **Anistia**: as leis internacionais e o caso brasileiro, p. 128).

¹¹³ BOITEAUX, Luciana; BATISTA, Vanessa Oliveira. Tratados Internacionais de Direitos Humanos, Anistia e Justiça. A influência do processo argentino, p. 185.

Legislativo tinha plena autoridade para eximir responsabilidade dos agentes do regime por violações dos direitos humanos¹¹⁴.

Ao final desse processo, dos 1.195 militares que haviam sido processados por abusos contra os direitos humanos, 730 se beneficiaram com a Lei do Ponto Final, 379 tiveram seus processos retirados por causa da Lei da Obediência Devida e 43 tiveram seus processos retirados por ordem da Supremo Tribunal. Outros 39 chefes militares foram perdoados por Menem. Como resultado, em 1990, apenas 10 pessoas haviam sido condenadas, todos os demais foram perdoados e liberados¹¹⁵.

Entretanto, essa situação não foi obstáculo para o funcionamento da Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas – a CONADEP –, que produziu uma vasta documentação informando o desaparecimento forçado de cerca de nove mil pessoas, número que subiria consideravelmente com o decorrer dos anos¹¹⁶.

Não bastasse, tais informações levaram ao público dados quanto aos sequestros oficiais de crianças, filhas de detidos e desaparecidos, o que chocou o país e propiciou a criação da Comissão Nacional pelo Direito à Identidade – CONADI. Com base nas novas informações, o sequestro de crianças não foi considerado um crime coberto pelas Leis da Obediência Devida e do Ponto Final, possibilitando que vários oficiais fossem processados pelos crimes de sequestro e mudança de identidade de crianças, muito embora não pudessem ser processados pelo assassinato de seus pais¹¹⁷.

Seguindo essa nova linha, os anos seguintes foram de significativa evolução no direito internacional, com reflexos importantes no direito interno da Argentina. Elemento decisivo nesse processo de evolução aconteceu em 1994, quando os tratados de direitos humanos daquele país passaram a um nível superior, erigidos à

¹¹⁴ PARENTI, Pablo F. A aplicação do Direito Internacional no Julgamento do Terrorismo de Estado na Argentina. p. 45.

¹¹⁵ ENGSTROM, Par. A anistia e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, p. 112.

¹¹⁶ NEDER MEYER, Emílio Peluso. **Ditadura e Responsabilização**. Elementos para uma justiça de transição no Brasil. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 246.

¹¹⁷ GREIFF, Pablo de. Los esfuerzos de reparación en una perspectiva internacional: el aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta. **Revista Estudios Socio Jurídicos**, Bogotá: Universidad del Rosario, ano 7, n. esp., p. 153-199, ago. 2005. Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/28163911_Los_esfuerzos_de_reparacin_en_una_perspectiva_internacional_el_aporte_de_la_compensacin_al_logro_de_la_justicia_imperfecta>. Acesso em: 03 nov. 2015.

hierarquia constitucional e incorporados aos direitos e garantias previstos na Constituição¹¹⁸.

A partir daí, as obrigações da Argentina passaram a ser pensadas à luz dos sistemas internacionais de direitos humanos, inclusive do *ius cogens*, agora como sucessor do tradicional princípio da legalidade¹¹⁹.

Nessa linha, em 1998 foi aprovada a Lei 24.952¹²⁰, que revogou as leis do Ponto Final e da Obediência Devida, mas sem alterar as decisões já tomadas, fato que ganhou força com sentenças judiciais posteriores que não validaram as referidas normas¹²¹.

Em 6 de março de 2001, foi proferida a primeira sentença que declarou a invalidade das Leis do Ponto Final e da Obediência Devida. Essa decisão foi confirmada em segunda instância e passou a ser acompanhada por uma série de outras decisões de igual teor. Embora essas sentenças utilizassem argumentos de direito nacional, elas passaram a indicar a violação às normas do Tratado Interamericano de Direitos Humanos¹²².

Em 2002, a Corte Interamericana de Direitos Humanos publicou a sentença do caso *Barrios Altos*, declarando inválidas as leis de anistia decretadas pelo presidente Alberto Fujimori do Peru, considerando as autoanistias incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹²³.

Em agosto de 2003, o Congresso argentino declarou a nulidade insanável das Leis do Ponto Final e da Obediência Devida.

Posteriormente, em 14 de junho de 2005, a Suprema Corte argentina acatou os julgados da Corte Interamericana como precedentes de seu próprio sistema judicial e considerou inconstitucionais as Leis do Ponto Final e da Obediência Devida. Em consequência, o Congresso sancionou a Lei 25.779, que declarou nulas

¹¹⁸ WOJCIECHOWSKI, Paola Biachi. **Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**: Estudo Comparativo Brasil, Argentina e Chile, p. 86.

¹¹⁹ WOJCIECHOWSKI, Paola Biachi. **Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**: Estudo Comparativo Brasil, Argentina e Chile, p. 86.

¹²⁰ WOJCIECHOWSKI, Paola Biachi. **Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**: Estudo Comparativo Brasil, Argentina e Chile, p. 86.

¹²¹ WOJCIECHOWSKI, Paola Biachi. **Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**: Estudo Comparativo Brasil, Argentina e Chile, p. 79.

¹²² WOJCIECHOWSKI, Paola Biachi. **Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**: Estudo Comparativo Brasil, Argentina e Chile, p. 88.

¹²³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barrios Altos x Peru**. Julgado em 14 de março de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 15 set. 2015.

as leis anteriores. Em agosto de 2010, a Corte Suprema também decidiu anular os indultos ditados em favor das pessoas condenadas, com base nas normas de direito internacional¹²⁴.

Denota-se que somente em 2003 a Argentina ratificou a Convenção sobre imprescritibilidade de crimes de lesa-humanidade. No mesmo ano, o Congresso argentino outorgou hierarquia constitucional à citada Convenção, como já dito¹²⁵. Os crimes de Estado foram praticados, por evidente, antes da Convenção. Entretanto, seguindo a linha do direito internacional, havia uma ciência prévia da imprescritibilidade no direito consuetudinário internacional, ou seja, ainda que as normas sobre imprescritibilidade só tenham sido expressadas com a Convenção, na verdade, essa norma já vigia anteriormente pelos costumes internacionais, tendo a Convenção apenas anexado expressamente ao ordenamento a imprescritibilidade já reconhecida e vigente ao menos a partir de Nuremberg.

A jurisprudência argentina evoluiu acompanhando as decisões das cortes internacionais. Exemplo disso é a decisão da Corte Suprema argentina, de 24 de agosto de 2004, atinente ao caso *Arancibia Clavel, Enrique Lautaros/Homicídio Qualificado associação ilícita e outros*. Foi a partir dessa decisão que se estabeleceu a questão da prescrição em delitos de lesa-humanidade a partir de normas *ius cogens*, decorrentes do direito consuetudinário internacional, precedente que seguiu, a partir daí, pautando as demais decisões judiciais¹²⁶.

Ademais, fato importante é que a Suprema Corte vizinha reconheceu que não só os tratados de direitos humanos convertem-se em direito interno, mas também a interpretação que se faz deles a partir da jurisprudência internacional. Assim, a jurisprudência internacional também passa a fazer parte do corpo de precedentes do direito interno. Como assentou a Suprema Corte “*de nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno o otro derecho nacional*”¹²⁷.

¹²⁴ PARENTI, Pablo F. A aplicação do Direito Internacional no Julgamento do Terrorismo de Estado na Argentina, p. 48.

¹²⁵ PARENTI, Pablo F. A aplicação do Direito Internacional no Julgamento do Terrorismo de Estado na Argentina, p. 34.

¹²⁶ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. **Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**: Estudo Comparativo Brasil, Argentina e Chile, p. 89.

¹²⁷ Decisão da Corte Suprema da Nação Argentina em “ARANCIBIA CLAVEL, ENRIQUE LAUTARO s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros – causa n. 259 – 24/08/2004 – Fallos: 327:3312”. *Apud* CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA. **Delitos de lesa humanidad**.

Logo, as disposições da Corte Interamericana de Direitos Humanos que consagram a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade como consequência do *ius cogens*, independentemente da data de adesão às convenções internacionais, passam a ser plenamente aplicáveis ao direito interno de uma nação que seja membro do sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Nesses termos, “as normas imperativas de direito internacional devem ser entendidas como integrantes do princípio da legalidade”¹²⁸.

Essa postura foi consagrada nos votos da Suprema Corte argentina. O então ministro da Suprema Eugenio Raúl Zaffaroni descreveu que “esta convenção [...] não faz imprescritíveis crimes que antes eram prescritíveis, mas se limita a codificar como tratado o que antes era *ius cogens*, em função do direito internacional público consuetudinário, sendo matéria pacífica que, nesse ramo jurídico, o costume internacional é uma de suas fontes”¹²⁹.

Essa mesma posição havia ficado clara no julgamento do caso *Barrios Altos vs. Peru* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo que essa jurisprudência foi incorporada como precedente pela Suprema Corte argentina.

Nessa ótica, em 14 de junho de 2005, a Suprema Corte declarou inconstitucionais as Leis do Ponto Final e da Obediência Devida, possibilitando a abertura dos processos judiciais por elas obstados.

Ao final desse processo, a Argentina tornou-se um exemplo mundial no processamento de agentes de um antigo regime de exceção, inclusive com a imposição de com penas de prisão perpétua.

1.6.2 Chile

No caso chileno, os militares tomaram o poder em 1973, com a derrubada forçada do governo democraticamente eleito de Salvador Allende pelas forças militares comandadas por Augusto Pinochet e apoiadas pelos Estados Unidos. Com a derrubada de Allende, o próprio Pinochet assumiu o poder e governou ditatorialmente até 1990.

Buenos Aires: Corte Suprema, 2009. p. 172. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/data/lesahumanidad.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

¹²⁸ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. **Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**: Estudo Comparativo Brasil, Argentina e Chile, p. 90.

¹²⁹ PARENTI, Pablo F. A aplicação do Direito Internacional no Julgamento do Terrorismo de Estado na Argentina, p. 41.

Logo nos primeiros dias após o golpe, milhares de partidários de Allende foram detidos e torturados, adotando-se, inclusive, o Estádio Nacional do Chile como palco para esses atos. Estima-se que mais de mil pessoas foram executadas sumariamente¹³⁰. Decretou-se o estado de sítio, permitindo-se o julgamento de centenas de pessoas pelos tribunais marciais em tempos de guerra, com a aplicação da pena de morte, sem direito a recurso. Além disso, o Congresso Nacional foi dissolvido, assim como suspensos todos os partidos políticos¹³¹.

É também de lamentável fama e lembrança as caravanas da morte. Missões militares coordenadas pelo General Sérgio Arellano Stark foram responsáveis por executar sumariamente centenas de prisioneiros políticos¹³². Estima-se que cerca de três mil pessoas foram mortas pela ditadura chilena e 30 mil torturadas¹³³.

Entrementes, assim como os vizinhos do Cone-Sul, o sistema militar chileno buscou se proteger legalmente de seus atos.

Em 1978, em plena ditadura, uma junta militar emitiu o Decreto-lei 2.191, anistiando todos os envolvidos nos atos militares cometidos desde a derrubada de Allende até aquele momento (abril de 1978). O decreto, aliás, embora incluísse todo o período de sítio, excluía da anistia as pessoas já condenadas ou processadas¹³⁴. Isso, na verdade, significava que todas as pessoas que estavam na resistência e que já estavam sendo processadas legalmente pelo regime, inclusive vítimas da tortura institucional, estavam fora da anistia. Tal ato legislativo representou, de outro lado, a anistia dos praticantes de execuções sumárias e caravanas da morte em uma das mais sangrentas ditaduras latino-americanas.

A anistia chilena buscava se justificar sob o argumento de que nos anos mais duros do regime militar, o país encontrava-se em regime de exceção, de forma que a atmosfera se aproximava de uma guerra civil e as violências cometidas deveriam ser

¹³⁰ ALMEIDA, Agassis. **A ditadura dos generais**: Estado Militar na América Latina – o calvário na prisão, p. 172.

¹³¹ WOJCIECHOWSKI, Paola Biachi. **Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**: Estudo Comparativo Brasil, Argentina e Chile, p. 101.

¹³² MUÑOS, Heraldo. **A sombra do ditador**: memórias políticas do Chile sob Pinochet. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 68.

¹³³ Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/08/novo-relatorio-sobe-para-mais-de-40000-as-vitimas-da-ditadura-de-pinochet.html>>. Acesso em: 06 abr. 2016.

¹³⁴ **Art. 1º** *Concédase amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hecho delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso e condenadas.* CHILE. **Decreto Ley 2.191, de 18.04.1978**. Ministerio del Interior, Poder Ejecutivo, Santiago.

interpretadas como um processo decorrente do próprio conflito armado¹³⁵. Um discurso, aliás, que permeou e continua a permear todas as ditaduras, e às vezes até as democracias latino-americanas.

Pinochet só deixou o poder em 1990, em um processo de transição por ele mesmo desenhado, com a permissão de eleições livres com condicionantes, inclusive para a manutenção da estrutura militar e dele próprio como chefe do exército¹³⁶.

Entretanto, mesmo com várias limitações, o governo democrático estabeleceu uma comissão de verdade e reconciliação, que acabou por revelar à opinião pública vários crimes de lesa-humanidade praticados pelo regime militar, no informe que levou o nome de *Comisión Retting*¹³⁷.

Os dados do relatório impactaram a sociedade chilena, o governo pediu perdão oficialmente e os documentos foram remetidos à justiça ordinária, onde centenas de processos foram iniciados¹³⁸.

Posteriormente, em 1992, foi criada a Corporação Nacional de Reparação e Reconciliação, a fim de complementar os trabalhos anteriores e reparar os danos morais sofridos pelas vítimas, reconhecendo o direito das vítimas e seus familiares em saber a localização das pessoas desaparecidas.

Em 2003, é constituída a *Comisión Nacional sobre la Prisión Política y Tortura – Comisión Valech*. Essa nova comissão identificou 27.000 pessoas vítimas de privações de liberdade e torturas¹³⁹.

No que concerne à anistia, o Sistema Internacional de Direitos Humanos exerceu sobre o Chile um impacto bastante peculiar. Desde 1978, familiares de desaparecidos passaram a questionar a anistia chilena, com uma queixa-crime contra o General Manuel Contreras Sepúlveda, chefe da Direção de Inteligência Nacional (DINA). O juiz a cargo da investigação, contudo, declarou-se incompetente,

¹³⁵ FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **Anistia**: as leis internacionais e o caso brasileiro, p. 119.

¹³⁶ FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **Anistia**: as leis internacionais e o caso brasileiro, p. 120.

¹³⁷ WOJCIECHOWSKI, Paola Biachi. **Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**: Estudo Comparativo Brasil, Argentina e Chile, p. 110.

¹³⁸ WOJCIECHOWSKI, Paola Biachi. **Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**: Estudo Comparativo Brasil, Argentina e Chile, p. 111.

¹³⁹ WOJCIECHOWSKI, Paola Biachi. **Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**: Estudo Comparativo Brasil, Argentina e Chile, p. 113.

alegando que os denunciados estavam submetidos ao foro militar. A apelação das partes teve o mesmo destino. Na justiça militar, após 11 anos de paralização do processo, decretou-se o arquivamento da causa, aceitando-se a lei de anistia. Houve recurso à Suprema Corte do Chile, que, contudo, limitou-se a confirmar a constitucionalidade da Lei de Anistia, de 1990¹⁴⁰.

Nesse caso, a Suprema Corte rejeitou os argumentos de violação à Convenção de Genebra de 1949, alegando que a Convenção não era aplicável porque os atos que haviam sido submetidos à anistia não ocorreram durante um conflito armado internacional ou não internacional. A corte também ponderou que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos havia sido ratificado pelo Chile apenas em 1989, de modo que não poderia ser aplicado ao caso em questão, já que os atos foram praticados anteriormente a essa data. A corte concluiu que as vítimas poderiam buscar as reparações no âmbito civil, mas não no campo criminal¹⁴¹.

Todavia, a partir daí, iniciou-se uma nova fase dos julgamentos no Chile, com distintos julgamentos e reformas no Judiciário. Em 1994, a Corte de Apelação chilena proferiu sentença em um caso de sequestro, tortura e desaparecimento forçado, condenando os agentes estatais com base em instrumentos normativos internacionais de proteção dos direitos humanos¹⁴². Essa decisão reconheceu, inclusive, o “estado de beligerância interna e possibilitou a aplicação dos Convênios de Genebra e Convenção contra a tortura”. Utilizou-se, ainda, da decisão proferida pela Corte IDH no caso Velásquez Rodríguez¹⁴³.

A partir daí, as decisões das cortes chilenas começaram um processo que se revestiu de harmonização entre o direito interno e internacional. Esse processo foi reforçado pela prisão para fins de extradição do ex-ditador Augusto Pinochet,

¹⁴⁰ FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **Anistia**: as leis internacionais e o caso brasileiro, p. 137.

¹⁴¹ FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **Anistia**: as leis internacionais e o caso brasileiro, p. 138.

¹⁴² WOJCIECHOWSKI, Paola Biachi. **Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**: Estudo Comparativo Brasil, Argentina e Chile, p. 116.

¹⁴³ INSTITUTO DE ESTUDIOS JUDICIALES “HERNÁN CORREA DE LA CERDA” – IEJ, **Sentencia del Juzgado de Letras de Lautaro de 20 de septiembre de 1993; Condena por Secuestro y Sustracción de Menores**, Chile, 2004. Disponível em: <http://www.memoriaviva.com/Desaparecidos/D-C/Sentencia_del_Juzgado_de_Letras_de_Lautaro_de_20_de_Septiembre_de_1993.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2016.

emitida pelo juiz espanhol Baltazar Garzón. A detenção de Pinochet trouxe uma nova percepção acerca da justiça de transição no Chile¹⁴⁴.

Não bastasse, a prisão do general desencadeou um novo movimento na população chilena no sentido da pressão pela responsabilização de outros elementos do Estado que se envolveram em todo esse esquema de repressão. Essa situação foi reforçada pela condenação do Chile na Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Almonacid Arellano*, que justamente tratava da não conformidade da Lei de Anistia aos ditames internacionais¹⁴⁵.

O processo de amadurecimento da jurisprudência chilena, nesse ponto, culmina no julgamento do Caso Rol 559-04, que tratou da execução sumária de dois membros do *Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR)*. Nesse caso, julgado em dezembro de 2006, a Suprema Corte afastou a prescrição da ação penal sob a égide do direito internacional de proteção da pessoa humana. Caracterizou, ainda, o homicídio investigado, praticado em um contexto sistemático de violações, como delito de lesa-humanidade, com amparo na Convenção de Genebra sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e de lesa-humanidade¹⁴⁶. Fez menção também aos julgados da Corte IDH - *Almonacid Arellano y otros vs Chile, Velásquez Rodríguez e Barrios Altos*¹⁴⁷.

Importa destacar que essa decisão reconheceu que, mesmo o Chile não tendo ratificado, até aquele momento, a Convenção sobre imprescritibilidade, ela deveria ser aplicada, como decorrente do costume internacional.

Esse posicionamento da Suprema Corte foi reiterado em diversos outros julgados até 2007, quando, a par de continuar a seguir na negação da lei de anistia, a Suprema Corte ponderou que, apesar do caráter imprescritível dos crimes praticados, eles deveriam ser declarados gradualmente prescritos, sendo esse instituto adotado como uma *minorante qualificada da responsabilidade penal*. Há

¹⁴⁴ MUÑOS, Heraldo. **A sombra do ditador**: Memórias Políticas do Chile sob Pinochet, p. 309.

¹⁴⁵ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 10 maio 2015.

¹⁴⁶ WOJCIECHOWSKI, Paola Biachi. **Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**: Estudo Comparativo Brasil, Argentina e Chile, p. 121.

¹⁴⁷ Sentença disponível em: <<http://www.cecococh.cl/website/www.cecococh.cl/uploads/pdf/revistas/2007-1/sentenci-molco5-1-2007.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

que se destacar essa circunstância já prevista no Código Penal chileno como regra geral de diminuição de pena¹⁴⁸.

Até o momento, a posição da Suprema Corte Chilena segue no mesmo sentido, já tendo exarado dezenas de sentenças sobre violações de direitos humanos no período ditatorial.

¹⁴⁸ NEIRA, Karinna Fernández. La Jurisprudencia de la Corte Suprema Chilena, frente a las graves violaciones contra los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs.). **Crimes da Ditadura Militar**: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Derechos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguay. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 299.

Capítulo 2

A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO – O BRASIL PRÉ-1964

Era 31 de março de 1964, quando, em Minas Gerais, apoiado pelo governo local, o General Olympio Mourão Filho resolveu dar início a um golpe militar que era gestado e se desenhava há dias contra o então presidente eleito João Goulart – o *Jango*. Um dia depois, *Jango* já havia deixado a presidência e os militares assumiam a cadeira presidencial em uma situação que perduraria por mais de duas décadas, ainda que a promessa fosse anunciar eleições livres e devolver o poder aos civis em pouco tempo.

Entrementes, para entender ainda que brevemente a essência do golpe¹⁴⁹, é fundamental lembrar os caminhos que levaram João Goulart ao poder e à cadeira presidencial da qual foi enxotado pelos militares.

João Goulart, em verdade, havia sido eleito em 1960, não como Presidente da República, mas como vice-presidente. O Presidente eleito naquela eleição foi Jânio Quadros, político paulista, altamente populista, sem grandes vinculações ideológicas e lançado por um partido minúsculo – o PTN, mas apoiado pela forte e conservadora UDN, que anos antes havia investido pesadamente na oposição ao Presidente Getúlio Vargas.

As eleições daquela época para presidente e vice eram feitas de maneira distinta, de modo que se permitia, como ocorreu, a eleição de um presidente de um partido e o vice de sua oposição, que foi exatamente o caso entre Jânio Quadros e João Goulart, este que era herdeiro político de Getúlio Vargas, vinculado ao PTB¹⁵⁰.

Entretanto, a par da polêmica eleição e vivendo um governo ainda mais controverso, sete meses após sua posse, Jânio Quadros renunciou ao cargo de Presidente da República.

¹⁴⁹ Utiliza-se aqui a expressão Golpe Militar, ao revés de Revolução como anunciada pelos militares, haja vista que houve a ruptura de um governo constitucional legítimo por forças militares, ainda que com o apoio da sociedade civil.

¹⁵⁰ ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; MONTECORADO, Fabíola Girão; ZILLI, Marcos. **Anistia, Justiça e Impunidade**: Reflexões sobre a justiça de transição no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 143.

João Goulart era o seu sucessor imediato, mas, no momento da renúncia de Jânio, Goulart estava em viagem oficial à China comunista e teria que retornar ao país para assumir a cadeira presidencial.

Os setores conservadores do país reagiram à possibilidade da posse de *Jango*, principalmente em virtude de suas ligações com os governos de esquerda, como estava a demonstrar a viagem à China. Iniciou-se, a partir daí, um movimento para evitar a volta e a posse de João Goulart no cargo de presidente, liderado pelos setores militares, pela UDN e por outros setores conservadores da política nacional, inclusive pelos ministros militares do governo que vetaram seu retorno.

Em contrapartida, para garantir a posse, os correligionários de Goulart, liderados pelo seu cunhado e político Gaúcho Leonel Brizola, iniciaram pelo país um movimento intitulado a *campanha da legalidade*¹⁵¹, buscando garantir a sucessão presidencial, inclusive incitando a reação da população pela força¹⁵².

Com a campanha de Brizola ganhando força, o país dividido e a hipótese real de uma guerra civil, o Congresso Nacional operou uma manobra altamente engenhosa. Por meio da Emenda Constitucional 4, transformou o sistema presidencialista do país em um sistema parlamentarista, de modo que foi permitida a posse de João Goulart, mas com os poderes do novo sistema, em que a figura do presidente é de chefe de estado, não de governo¹⁵³.

Goulart foi empossado em 7 de setembro de 1961 e a situação permaneceu desse modo pelos dois anos seguintes, embora, nesse período, João Goulart tenha mantido suas posições à esquerda e pelas reformas de base, as mesmas que levaram o país ao parlamentarismo.

O presidencialismo no país só foi restabelecido em 1963, por meio de um plebiscito em que o retorno da antiga forma de governo foi apoiado por 80% da população, quando então *Jango* pode assumir o cargo com todos os seus poderes¹⁵⁴.

¹⁵¹ Brizola, com o apoio da polícia civil do Rio Grande do Sul, tomou a Rádio Guaíba e por meio de uma cadeia de rádios passou a divulgar seus manifestos, diretamente do Palácio do Governo do Rio Grande do Sul, no que ficou conhecida como a cadeia da legalidade.

¹⁵² ROLIM, César. **A campanha da legalidade**: uma mobilização civil militar em defesa da posse de João Goulart. Disponível em: <www.legalidade.rs.gov.br/2011/08/a-campanha-da-legalidade-umamobilizacao-civil-militar-em-defesa-da-posse-de-joao-goulart/>. Acesso em: 10 jul. 2015

¹⁵³ ANDRADE, Carlos Lindomar. **Evolução Política do Estado Brasileiro – 1822-1967**. Florianópolis: Insular, 2012. p. 102.

¹⁵⁴ ANDRADE, Carlos Lindomar. **Evolução Política do Estado Brasileiro – 1822-1967**, p. 102.

Empolgado com a resposta popular ao plebiscito, mesmo com o país em estado de ebulição, com divisões ideológicas muito claras, influenciadas de um lado pelos ideais comunistas advindos da China Maoísta, da União Soviética e principalmente da revolução cubana, e de outro pela influência norte-americana e as políticas liberais, Goulart lançou-se definitivamente em uma política de reformas de base, em especial a reforma agrária.

A proposta de Goulart era a alteração do dispositivo constitucional que obrigava o pagamento em dinheiro de forma prévia das terras desapropriadas, para que o pagamento fosse feito com títulos da dívida pública, além de buscar a desapropriação das terras contidas numa faixa de dez quilômetros ao longo das estradas federais¹⁵⁵.

A proposta de pagamento com títulos da dívida pública foi rechaçada pelo Congresso, e as manifestações de descontentamento dos dois lados prosseguiram, até que, em outubro de 1963, João Goulart propôs ao Congresso Nacional a decretação de estado sítio por 30 dias. A proposta não foi adiante, mas se transformou em estopim para o acirramento do descontentamento da oposição com o discurso de que Goulart poderia aplicar um golpe, o que aumentou o descontentamento desses setores. Para tentar inverter a situação, *Jango* lançou-se em comícios pelo país pregando suas propostas de mudanças nas políticas de base, projetos de cunho social que, se por um lado angariaram simpatia de parte da população, por outro, alertaram ainda mais os setores conservadores do país. A sinalização mais à esquerda de Jango acabou por inflar sobremaneira os setores que eram a ele contrários¹⁵⁶.

O ápice desse movimento de Goulart foi o comício de 13 de março de 1964 na Central do Brasil, no Rio de Janeiro, que ficou conhecido na história nacional como o “Comício da Central”. Antecedido por vários oradores, dentre eles Leonel Brizola, que exaltou o presidente a “abandonar a política de conciliação e instalar uma Assembleia Constituinte com vistas à criação de um congresso popular,

¹⁵⁵ ANDRADE, Carlos Lindomar. **Evolução Política do Estado Brasileiro – 1822-1967**, p. 104.

¹⁵⁶ SKINDMORE, Thomas E. **Uma História do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 132.

composto de camponeses, operários, sargentos, oficiais nacionalistas e homens autenticamente populares,” *Jango* discursou para 150 mil pessoas presentes¹⁵⁷.

Em seu discurso, Goulart defendeu abertamente a reforma agrária sem pagamento prévio e uma nova constituinte. Não bastasse, ele ainda anunciou o congelamento de preços de imóveis e aluguéis e a desapropriação de imóveis desocupados, além de anunciar que lutaria pelo voto universal incluindo os analfabetos¹⁵⁸.

Em resposta a esse comício, em 19 de março de 1963, em São Paulo, cerca de 500 mil pessoas foram às ruas em protesto contra as propostas de Goulart, naquela que ficou conhecida como a *marcha da família com Deus pela liberdade*. Nesse momento, praticamente toda a classe média e setores importantes da economia, além de trabalhadores rurais e urbanos estavam ganhos pela propaganda anticomunista que vicejava há bastante tempo, financiada pelos Estados Unidos, pelo Partido Social Democrático (PSD), pela União Democrática Nacional (UDN) e pela Igreja Católica¹⁵⁹.

Esses fatores juntos culminaram com o golpe de 1º de abril de 1964, em que praticamente sem resistência, os militares tomaram o poder com o discurso de *derrubar* o governo que tendia à esquerda de *Jango* para garantir a legalidade, o texto constitucional e a *liberdade* do país da influência comunista.

¹⁵⁷ LAMARÃO, Sérgio. **A conjuntura de radicalização ideológica e o golpe militar**: Comício das Reformas. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/AConjunturaRadicalizacao/Comicio_das_reformas>. Acesso em: 22 abr. 2015.

¹⁵⁸ “Goulart iniciou seu discurso às 20 horas, tendo falado por mais de uma hora. Inicialmente atacou os chamados “democratas”, cuja “democracia do anti-povo, da anti-reforma e do anti-sindicato” seria “a democracia dos monopólios nacionais e internacionais”. Mais adiante, mencionou a necessidade da revisão da Constituição de 1946, “porque legaliza uma estrutura sócio-econômica já superada” e da ampliação da democracia, “colocando fim aos privilégios de uma minoria”. Referindo-se ao decreto da Superintendência da Reforma Agrária (Supra), que havia assinado no Palácio das Laranjeiras, frisou que o texto ainda não era a reforma agrária, pois “reforma agrária feita com pagamento prévio do latifúndio improdutivo, à vista e em dinheiro, não é reforma agrária”, mas sim “negócio agrário, que interessa apenas ao latifundiário”. Com relação à Petrobras, afirmou que assinara pouco antes o decreto de encampação de todas as refinarias particulares, que passavam a pertencer ao patrimônio nacional. Informou também que iria enviar ao Congresso mensagem tratando da reforma eleitoral, baseada no princípio de que “todo alistável deve ser também elegível”, e da reforma universitária “reclamada pelos estudantes”. Denunciou, por fim, a existência de “forças poderosas [...] que ainda permaneciam insensíveis à realidade nacional” e que poderiam vir a ser responsáveis pelo derramamento de sangue, “ao pretenderem levantar obstáculos à [...] emancipação”. No dia seguinte, Jango assinou o decreto tabelando o preço de aluguéis e imóveis em todo o território nacional e desapropriando imóveis desocupados por utilidade social.” (LAMARÃO, Sérgio. **A conjuntura de radicalização ideológica e o golpe militar**: Comício das Reformas).

¹⁵⁹ ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: Nunca Mais**. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 63. (Coleção Vozes de Bolso)

Segundo a visão disposta por Juremir Machado da Silva, todavia, em que pese o discurso de intervenção militar para manutenção da ordem e do texto constitucional, os militares apearam *Jango* do poder em especial pela discordância acerca da tentativa de realização da reforma agrária e das reformas de base. Lembra o citado autor que se estava em uma época em que o país possuía 70 milhões de habitantes, com apenas 3.350 milhões de proprietários de terra, sendo que 2,2% ocupavam 58% da área total. Fora isso, *Jango* ainda estendeu aos trabalhadores do campo os benefícios da previdência social, assinou decreto obrigando as empresas com mais de cem empregados a proporcionar ensino elementar gratuito e enviou mensagem ao Congresso com a proposta de concessão de 13º salário ao funcionalismo público, fatores que irritaram o *status quo* social do país e, por conseguinte, o militarismo. De todo modo, a aprovação de seu governo, à época, segundo pesquisa do IBOPE (não divulgada no período) era de 76%¹⁶⁰.

Goulart não resistiu. Refugiou-se inicialmente em São Borja, sua terra natal, de onde esperava o apoio necessário para resistir, que nunca veio. Temendo uma guerra civil, Goulart seguiu para o Uruguai, onde permaneceu no exílio. Antes mesmo de abandonar o país, a presidência foi declarada vaga. O deputado Ranieri Mazzilli assumiu a presidência interinamente, sendo substituído pelo General Humberto de Alencar Castello Branco, em 11 de abril de 1964, eleito indiretamente para terminar o mandato tampão de Goulart. Em 2 de abril de 1964 os norte-americanos já reconheciam oficialmente o novo governo¹⁶¹.

O que se seguiu, todavia, foi muito mais que a retirada de um governo eleito para a entrada de outro que se anunciava como temporário e garantidor do texto constitucional.

2.2 O GOVERNO MILITAR

Após a tomada do poder pelos militares, as propostas de reformas de base foram imediatamente esquecidas, adotando-se um modelo econômico pautado na concentração de renda e desnacionalização da economia¹⁶².

¹⁶⁰ SILVA, Juremir Machado da. **Jango: a vida e a morte no exílio**. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 27-31.

¹⁶¹ GASPARI, Élio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 112-115.

¹⁶² ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: Nunca Mais**, p. 64.

Para garantir tal modelo, a legalidade autoritária que viria a acompanhar todo o regime militar editou o seu primeiro Ato Institucional, que deveria ser único, mas foi apenas o primeiro de uma série. O AI-1 indicava que se realizariam eleições indiretas para Presidência e que poderia haver a suspensão de direitos civis e políticos¹⁶³.

O resultado é que nas primeiras semanas após o golpe foram presas mais de cinco mil pessoas, o exército cassou mandatos eletivos, foram suspensos direitos de cidadãos e anulou-se o direito à estabilidade de servidores públicos, criando-se a figura do *cassado*. Entre 1964 e 1966, cerca de dois mil funcionários públicos foram demitidos ou aposentados compulsoriamente e 386 pessoas tiveram seus mandatos cassados ou seus direitos políticos suspensos por dez anos. Nas forças armadas, 421 oficiais foram punidos com a passagem compulsória para a reserva e sete em cada dez confederações de trabalhadores com mais de cinco mil associados tiveram suas diretorias depostas¹⁶⁴.

Em relação às eleições, embora o AI-1 tenha indicado que elas ocorreriam de maneira indireta para se completar o mandato de Goulart em 1966, quando a democracia retornaria, não foi isso o que ocorreu¹⁶⁵.

Em 1965 foram realizadas eleições regionais. Ao ser derrotado em Minas Gerais e no Rio de Janeiro, o governo militar não retardou e editou o segundo ato institucional – AI-2 –, em 1965. O ato acabava com o pluripartidarismo, criando apenas dois partidos: a Aliança Renovadora Nacional (ARENA) e Movimento Democrático Brasileiro (MDB). Além disso, permitia a dissolução do Congresso e estabelecia as eleições indiretas para Presidente e Vice¹⁶⁶. O ato ainda previu a intervenção direta do Executivo no Judiciário, acabando com as garantias da vitaliciedade e inamovibilidade e deslocando para a Justiça Militar o julgamento de

¹⁶³ Íntegra do ato disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm>. Acesso em: 26 abr. 2016.

¹⁶⁴ GASPARI, Élio. **A ditadura envergonhada**, p. 130-131.

¹⁶⁵ **Art. 1º** São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato. **Art. 2º** A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República, cujos mandatos terminarão em trinta e um (31) de janeiro de 1966, será realizada pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, dentro de dois (2) dias, a contar deste Ato, em sessão pública e votação nominal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm>. Acesso em: 26 abr. 2016.

¹⁶⁶ ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: Nunca Mais**, p. 66.

revolucionários¹⁶⁷. Na visão de Carlos Fico, “foi o AI-2 o responsável por legalizar as regras da repressão no Brasil”¹⁶⁸.

Ao AI-2, seguiu-se o AI-3, em 1966, que determinou eleições indiretas também para governadores e para prefeitos de capitais e cidades consideradas estrategicamente de segurança nacional¹⁶⁹.

A sequência de atos institucionais também estabeleceu o AI-4, quando os militares convocaram o Congresso Nacional, fechado um mês antes, e encaminharam o projeto de uma nova Constituição. A nova Constituição foi aprovada em 1967, a qual, todavia, foi seguida pela Emenda Constitucional de 69, e principalmente pelo Ato Institucional 5, o AI-5, de 1968, que colocou o país em um regime totalmente ditatorial, já na presidência do General Artur da Costa e Silva.

O AI-5 foi considerado o marco do início do regime totalmente ditatorial e mais duro da história recente do país. Ele autorizava o Presidente da República a decretar o recesso do Congresso Nacional, intervir nos estados e municípios; cassar mandatos parlamentares; suspender os direitos políticos de qualquer cidadão; decretar o confisco de bens considerados ilícitos; suspender o direito ao *habeas corpus*, entre outras medidas autoritárias¹⁷⁰.

A justificativa para o AI-5 era manter a ordem no país e garantir os ideais da “revolução”.

Após a aprovação do ato, o Congresso foi fechado no mesmo dia, ministros do STF foram caçados e iniciou-se a fase mais dura do regime.

O AI-5 foi precedido de uma certa reorganização da oposição nacional. Nesse mesmo ano a passeata dos 100 mil na cidade do Rio de Janeiro e greves operárias em Belo Horizonte e no interior de São Paulo estavam a evidenciar isso.

Nesse ínterim, ainda foram formados vários grupos de esquerda que passaram a aderir a chamada *luta armada* contra a ditadura. Inúmeros grupos de oposição armada ao governo foram formados no país, a maior parte deles dissidentes do antigo Partido Comunista do Brasil ou de união de estudantes,

¹⁶⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm>. Acesso em: 16 abr. 2016.

¹⁶⁸ FICO, Carlos. **Como eles agiam**. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 53.

¹⁶⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-03-66.htm>. Acesso em: 16 abr. 2016.

¹⁷⁰ GASPARI, Élio. **A ditadura derrotada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 200.

sindicalistas e operários, com destaque para a Aliança de Libertação Nacional (ALN) que tinha em Carlos Marighela seu líder e mais famoso opositor do regime, a Vanguarda Revolucionária (VPR) de Carlos Lamarca, o MR-8, dentre outros.

A atuação desses grupos foi utilizada pelo regime militar como justificativa oficial para o crescimento da linha dura e a própria manutenção da ditadura. Todavia, a par desse discurso, vale lembrar que todos os grupos armados de oposição ao governo militar foram exterminados na fase mais incisiva do regime. A ditadura, todavia, seguiu por vários anos.

De todo modo, esse contexto culminou com uma repressão ainda maior aos grupos de luta armada, e conseqüentemente também com uma maior atuação desses grupos, de modo que ambos passaram a alimentar o crescimento um do outro.

A maioria das ações desses grupos ocorria em centros urbanos, até porque a maior parte de seus integrantes era oriunda dos grandes centros. Entretanto, era bastante viva na recente memória dos partidos de esquerda nacionais a figura da revolução a partir do campo. A par de algumas experiências de poucos resultados, coube a uma dissidência do PC do B, partido então na clandestinidade, que, por sua vez, era uma dissidência do antigo PCB, efetivar a maior experiência de guerrilha no interior do país, que ficou conhecida como a Guerrilha do Araguaia.

Iniciada por volta de 1966, quando o primeiro agente – Osvaldo Orlando da Costa – chegou à região do Bico do Papagaio, na foz do rio Araguaia, região que hoje se localiza na divisa dos estados de Tocantins e Pará, a ideia da guerrilha foi inspirada na revolução chinesa. A proposta consistia na conquista gradativa da população local por meio do ensino de métodos de cultivo do solo e de cuidados com a saúde¹⁷¹.

A guerrilha atingiu seu auge por volta dos anos de 1972 e 1974 ao contar com aproximadamente 70 pessoas. A maior parte dos integrantes do PC do B era de jovens com formação universitária, além de camponeses da região que passaram a apoiar os guerrilheiros, mesmo com pouca noção de suas pretensões.

A partir de 1970, contudo, os militares já cientes da existência da guerrilha passaram a promover operações no local, inicialmente de reconhecimento e

¹⁷¹ ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; MONTECORADO, Fabíola Girão; ZILLI, Marcos. **Anistia, Justiça e Impunidade**: Reflexões sobre a justiça de transição no Brasil, p. 155.

posteriormente de combate, que efetivamente se iniciou em 1972, com confrontos regulares entre os guerrilheiros e os militares.

Nas primeiras campanhas, os guerrilheiros detidos não foram privados da vida, nem desapareceram. No entanto, posteriormente, houve uma mudança de estratégia das forças armadas e a ordem oficial passou a ser a eliminação dos capturados. A partir de então, a guerrilha foi paulatinamente identificada, encontrada e extirpada em ao menos três missões militares ao local; a última delas em 1973, intitulada de Operação *Marajoara*, com um número estimado de 250 a 750 militares. Àquela altura havia 56 guerrilheiros na região. No natal daquele ano, havia 47 guerrilheiros desaparecidos e restavam cerca de 25 isolados na região. Sem comida e sem munição, foram paulatinamente presos e executados, até que em 25 de outubro de 1974 se deu a morte da última guerrilheira conhecida Walquíria Afonso Costa¹⁷².

No decorrer da repressão do governo aos guerrilheiros o direito foi abandonado. Corpos dos guerrilheiros foram exibidos, torturas foram praticadas como forma de confissão natural e vários dos guerrilheiros, depois de presos, foram eliminados em desaparecimentos forçados. Até hoje não há notícias do paradeiro dos corpos de grande parte dos detidos por forças governamentais à época, assim como seguem desaparecidas centenas de pessoas que ainda não puderam sequer ser enterradas por seus familiares em rituais fúnebres, em todo o período ditatorial¹⁷³.

Os membros da Guerrilha do Araguaia e todos os outros envolvidos em movimentos revolucionários que pegaram em armas foram dizimados pelo regime militar.

¹⁷² BRASIL. **Direito à memória e à verdade**: Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos políticos. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007. p. 92.

¹⁷³ Um balanço das cassações e perseguições políticas mostra a amplitude da repressão durante os governos militares. Inventário produzido por Marcus Figueiredo, e citado por José Murilo de Carvalho, apresenta os seguintes números, produzidos entre 1964 e 1973: 1) foram punidas, com perda de direitos políticos, cassação de mandato, aposentadoria e demissão, 4.841 pessoas; 2) o AI-1 atingiu, isoladamente, 2.990 pessoas, ou seja, 62% dos punidos entre 1964 e 1973; 3) foram cassados os mandatos de 513 senadores, deputados e vereadores; 4) perderam os direitos políticos 35 dirigentes sindicais; 5) foram aposentados ou demitidos 3.783 funcionários públicos, dentre os quais 72 professores universitários e 61 pesquisadores científicos; 6) foram expulsos ao todo 1.313 militares, entre os quais 43 generais, 240 coronéis, tenentes-coronéis e majores, 292 capitães e tenentes, 708 suboficiais e sargentos, 30 soldados e marinheiros; 7) nas polícias militar e civil, foram 206 os punidos; 8) foram feitas 536 intervenções (durante o período entre 1964 e 1970). (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Relatório**, v. I, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/images/documentos/Capitulo3/Capitulo%203.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

Todavia, isso não foi o bastante para que o regime não perdesse grande parte do apoio popular. Isso só passou a ocorrer, dentre outros fatores, quando começou o declínio econômico e pela postura social de cobranças de liberdade. Essa pressão fez com que o próprio regime buscasse deixar o poder. Todavia, a saída do poder não ocorreu por meio de uma ruptura marcante. Ela ocorreu de maneira, lenta, gradual e pautada pelo próprio regime, em uma distensão que, de certo modo, garantiu a continuidade da legalidade autoritária então reinante. O instrumento de maior vigor nessa transição da saída do poder foi a anistia.

2.3 A DISTENSÃO LENTA, GRADUAL E A LEI DA ANISTIA – PRIMEIRO MARCO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO PAÍS

O fim do regime militar brasileiro não decorreu de qualquer abrupta ruptura ou fato marcante. A transição para a democracia foi um período de mudança política dos mais suaves que se tem notícia na história. Como lembra Lucia Elena Bastos, “as Forças Armadas continuaram a existir depois do dia 15 de março de 1985, exatamente da mesma forma como eram constituídas antes; os mesmos oficiais que eram parte dos quadros militares antes de 15 de março neles permaneceram e não existiram expurgos”¹⁷⁴.

O debate pela anistia no regime militar brasileiro surgiu dos perseguidos pelo regime, em prol da retomada da democracia. Mas foram os militares, próximos da saída do poder, que trataram de estabelecer medidas de transição. Após um grande debate nacional, no dia 27 de junho de 1979, o então presidente João Baptista Figueiredo assinou o projeto de anistia e o enviou para o Congresso Nacional. Em sua mensagem, o presidente Figueiredo afirmou que se tratava de um momento propício à pacificação e que a anistia requisitava, para cumprir a sua função política, de um desarmamento dos espíritos, a fim de que fosse alcançada a coexistência democrática.

A partir daí chegou-se ao texto da Lei da Anistia até hoje vigente – a Lei 6.683/79, que assim dispõe:¹⁷⁵

¹⁷⁴ FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **Anistia**: as leis internacionais e o caso brasileiro, p. 64.

¹⁷⁵ É bem verdade que não foi essa a primeira anistia na história política do Brasil. Praticamente em todos os rompimentos de regime do País, uma norma ou espécie de anistia foi concedida. Conforme lembra Fábio Fernandes Maia, essa foi a 48ª emanção do instituto na vida política brasileira desde a independência, portanto, não representou sobremaneira algo novo. Como

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 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, sequestro e atentado pessoal.

Por muito tempo se estabeleceu discussão quanto à Lei da Anistia ter ou não abarcado os crimes praticados por agentes do regime militar, em especial os crimes de tortura, vez que, para grande parte da doutrina nacional, o ideário da Lei da Anistia era *perdoar* aqueles que lutaram contra o regime, não seus agentes, muito menos aqueles que se desviaram dos padrões estatais de então, para o cometimento de crimes dos mais ignóbeis.

Para tal análise é preciso compreender o cenário em que a lei foi aprovada. Com efeito, é importante lembrar que projeto de lei adveio de um forte movimento popular. A sociedade se organizou e começou a criar Comitês de Anistia que proliferaram pelos estados brasileiros, além de inúmeras denúncias que passaram a ser feitas no exterior. Em meados da década de 1970, a movimentação nacional começou a discutir o tema das anistias dos presos e exilados em um debate que tomou grandes proporções, com passeatas e protestos que pediam anistia ampla, geral e irrestrita. Tal bordão veio a ser consolidado com a promulgação da Lei da Anistia. Porém, entre o que o texto legal concretizou e a vontade que era clamada nas ruas houve grande diferença.

A vontade popular queria uma lei que abarcasse com o termo ampla, geral e irrestrita todos os presos e exilados políticos, sem distinção quanto ao crime cometido ou a situação processual. Essa lei deveria abarcar todos aqueles que

aquelas mais marcantes é possível citar: Independência do Brasil (1822), Confederação do Equador (1825), Guerra dos Farrapos (1836), Rebelião de Padre Feijó (1844), Questão religiosa (1875), Revolta Armada (1895), Revolução de 1930, Movimento Constitucionalista (1932), Queda do Estado Novo (1945), Revolta de Jacareacanga (1956) (MAIA, Fábio Fernandes. **Lei de Anistia e Justiça de Transição**, p. 55).

lutaram contra um regime que consideram ilegítimo. Mas não foi isso que a Lei da Anistia consolidou¹⁷⁶.

O projeto que foi à votação não exprimia o proposto pela sociedade civil, mas pelo governo militar, o qual previa anistia aos “crimes políticos e conexos”, ou seja, uma anistia bilateral, além de deixar de fora da anistia os condenados por terrorismo, assaltos, sequestros e atentados pessoais.

Ademais, a legitimidade do Congresso Nacional que aprovou a lei foi e ainda é muito contestada. Vale lembrar que o projeto foi apresentado por um governo militar, ditatorial, no qual as eleições para a presidência eram indiretas. A tramitação e aprovação do projeto de lei se deu em um Congresso Nacional que tinha em sua composição senadores *biônicos*¹⁷⁷ e era controlado pelo regime, o que denota não haver total legitimidade de representação popular naquele texto¹⁷⁸.

¹⁷⁶ RODRIGUES, Natália Centeno; VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. *Justiça de Transição: um breve relato sobre a experiência brasileira*, p. 268.

¹⁷⁷ Biônico foi a denominação jocosa dada aos senadores eleitos indiretamente pelas assembleias legislativas estaduais em 1978. Foram criados pelo Pacote de Abril. O objetivo era controlar o Colégio Eleitoral na sucessão de Figueiredo, em janeiro de 1985 (para a sucessão de Geisel, a ARENA tinha os votos suficientes; o problema era a sucessão seguinte). Em todos os estados foram eleitos senadores biônicos pela ARENA com uma única exceção: o Rio de Janeiro, onde o MDB, apesar de todas as mágicas feitas pelo regime, ainda tinha a maioria no colégio eleitoral estadual. Só acrescentando: biônico foi devido a uma série de TV de sucesso chamada Cyborg, o homem de seis milhões de dólares. (VILLA, Marco Antônio. **O Pacote de Abril e o Senado**. Disponível em: <<https://www.blogdovilla.com.br/politica-no-brasil/o-pacote-de-abril-e-o-senado/>>). Acesso em: 12 fev. 2016.

¹⁷⁸ Nesse sentido, lembram Abrão, Payne e Torelly: “É também neste processo que se constrói a compreensão jurídica e histórica hegemônica de que aprovação da anistia de 1979 pelo Congresso Nacional constituiu-se, em duplo aspecto, num acordo político entre *oposição* e *governo* [...] essa compreensão, a nosso ver, merece algumas considerações críticas. Primeiramente, relacionadas ao *déficit de legitimidade* do suposto acordo. Como já referido, o espectro de liberdade e de representação política do Congresso Nacional em agosto de 1979 era significativamente restrito. Nem todos os parlamentares eram efetivamente eleitos pelo voto direto do cidadão. Esse dado histórico é ainda mais relevante quando se verifica a apertada maioria que permitiu a vitória do projeto de lei do governo (apenas cinco votos). Ou seja: no Parlamento não houve um *acordo*, mas sim a disputa entre dois projetos de anistia, decidida por uma pequena diferença. Em segundo lugar, não se pode olvidar que, ao falar-se de “oposição livre” em 1979, falamos na prática de uma “oposição consentida”. Os partidos políticos não eram livres e muitos segmentos políticos não participaram do “pacto”, pois somente depois da anistia é que ocorre o retorno à legalidade de algumas agremiações, bem como de importantes quadros políticos de oposição que estavam exilados, banidos ou forçados a recolherem-se à clandestinidade. Em terceiro lugar, não existia relação de *igualdade* ou *equidade* entre os pretensos sujeitos do acordo. De um lado, os governantes e a força de suas armas, de outro, a sociedade civil criminalizada, presa ou pelas grades de ferro ou pelas leis ilegítimas de exceção. Por último, quando se verbaliza que a anistia “para os dois lados” seria uma condição para a reconciliação, revela-se aí a sua face autoritária, ao produzir-se uma chantagem odiosa e repressiva: a concessão de uma *liberdade restrita* somente seria admitida com a condição da *impunidade*” (ABRÃO, Paulo; PAYNE, Leigh A.; TORELLY, Marcelo D. **A anistia na era da responsabilização: contexto global, comparativo e introdução ao caso brasileiro**. Brasília e Oxford: Comissão da Anistia, 2011. p. 20).

Além disso, o debate no Congresso e as várias proposições evidenciam a falta de um *acordo político* entre regime e oposição como até hoje se sustenta. Foram apresentadas 305 emendas de 134 parlamentares, com inúmeras proposições. O projeto vencedor, advindo do Executivo, foi aprovado por apertada maioria – 206 a 201 votos, de modo que não se pode dizer que em um Congresso, graças aos senadores biônicos e à influência do regime militar que ainda persistia, isso tenha representado um diálogo com a sociedade de então¹⁷⁹.

O Deputado Tidei de Lima (MD), por exemplo, denunciava que a presença dos militares no Congresso era muito forte, de modo a impedir que se discutisse livremente a matéria, impondo severos limites à anistia enquanto aspiração popular¹⁸⁰.

De todo modo, com a aprovação da Lei da Anistia, ainda que comemorada pela sociedade civil, o regime militar conseguiu a um só tempo assegurar parte dos anseios populares sem esquecer de propiciar as condições necessárias para a saída de cena de seus atores, sem o risco de processos contra si.

Como lembram Torelly, Abrão e Payne¹⁸¹:

De um lado, o regime impôs à sociedade a anistia que lhe convinha: uma anistia *parcial e restrita*, que excluía os ditos “crimes de sangue”, mas que incluía dispositivos de sentido dúbio que seriam posteriormente interpretados de forma ampliativa pelos tribunais militares responsáveis pela sua aplicação, segundo a legalidade autoritária vigente. De outro lado, a sociedade civil obteve sua mais significativa vitória desde a decretação do AI-5, ao alterar a correlação de forças sociais que obrigou o governo militar aprovar alguma lei de anistia. A anistia, mesmo parcial, permitiu recompor direitos políticos muitos, a liberdade para a maior parte dos presos políticos, o retorno ao país dos exilados, a readmissão de servidores públicos expurgados para os seus postos de trabalho, a liberdade e o direito à identidade para os que haviam sido compelidos à clandestinidade etc. Estas primeiras medidas de *liberdade* que são acompanhadas das primeiras medidas reparatórias forjaram o ambiente para retomar o processo democrático e iniciar a abertura política. A Lei de Anistia de 1979, mesmo que restrita, constitui-se, assim, no marco jurídico fundante do processo de redemocratização. Esse processo histórico enseja a ambiguidade que definimos com um “paradoxo da vitória de todos”.

¹⁷⁹ FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **Anistia**: as leis internacionais e o caso brasileiro, p. 185.

¹⁸⁰ DEL PORTO, Fabíola Briganti. **A luta pela Anistia no Regime militar brasileiro e a construção dos direitos de cidadania**. 2002. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 2002. p. 64. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls_000246916>. Acesso em: 12 fev. 2016.

¹⁸¹ ABRÃO, Paulo; PAYNE, Leigh A.; TORELLY, Marcelo D. **A anistia na era da responsabilização**: contexto global, comparativo e introdução ao caso brasileiro, p. 22.

Neste mesmo sentido, Mezarobba assevera que, “embora de grande significado no processo de democratização do país, a Lei 6.683/79 se deu basicamente nos termos que o governo queria, mostrou-se mais eficaz aos integrantes do aparato de repressão do que aos perseguidos políticos e não foi capaz de encerrar a escalada de atrocidades iniciada com o golpe de 1964”¹⁸².

Entretanto, ainda que com grande apoio popular, já há época houve críticas da sociedade organizada em relação ao tema. Nilo Batista¹⁸³, por exemplo, àquela época, defendeu que não se poderia estender o benefício da anistia aos agentes do Estado que atuaram na repressão militar praticando a tortura, porque esse delito não seria decorrente da motivação política que levava os movimentos armados às táticas de guerrilhas urbanas e rural, defendendo que a tortura é um crime comum, não político, tampouco conexo a crime político. Ele ainda criticou o fato de se colocar em situações díspares os que estavam sendo processados por crimes de terrorismo, por exemplo, que seriam anistiados, e os já condenados definitivamente, que estariam fora da anistia.

A questão conceitual acerca do que seriam os crimes conexos aos políticos também demandou grande polêmica que, em verdade, segue até hoje. Dalmo Dallari¹⁸⁴ assim se manifestou:

[...] os torturadores, homicidas, aqueles que mataram suas vítimas, nunca foram anistiados, não podendo se esconder atrás da Lei da Anistia para fugir à punição. A própria Constituição impedia que eles fossem anistiados. A Constituição de 1967, então vigente à época da publicação da Lei 6.683/79, estabelecia em seu art. 153 a competência do Tribunal do Júri para julgar os crimes contra a vida, não podendo, pois, para ele, ser suprimida a sua competência constitucional por uma lei ordinária. Aduz, ainda, que os crimes praticados pelos algozes do regime militar são autônomos relativamente aos crimes políticos praticados por seus superiores.

Seis anos depois de aprovada a Lei da Anistia, os militares devolveram o poder aos civis, mas ela continuou perdurando no regime legal brasileiro.

A interpretação de nossos tribunais, até hoje, foi no sentido da recepção integral da Lei da Anistia, sob o argumento, dentre tantos outros, de que a Justiça de

¹⁸² MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro**: a anistia e suas consequências – um estudo do caso brasileiro. São Paulo: Humanitas/Fapesp, 2006. p. 18.

¹⁸³ BATISTA, Nilo. Aspectos jurídico-penais da anistia. **Revista Encontros com a Civilização Brasileira**, v. 19, p. 195-196, 1980.

¹⁸⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Crimes sem anistia. In: TELLES, Janaína (Org.). **Mortos e desaparecidos políticos**: reparação ou impunidade. São Paulo: Humanitas, 2001. p. 82.

Transição adotada pelo Brasil teve o intuito de conciliar integralmente os envolvidos nos crimes de seu tempo.

Todavia, essa interpretação nunca deixou de ser alvo de críticas e questionamentos, tanto no plano nacional quanto internacional.

O principal marco dessa discussão foi a propositura pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB da petição de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental junto ao STF, autuada sob o n. 153, buscando reverter a interpretação até então dada à Lei da Anistia.

2.4 A DISCUSSÃO NACIONAL QUANTO À VALIDADE DA LEI DA ANISTIA – A PROPOSITURA DA ADPF 153 E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Embora a discussão sobre a validade da Lei da Anistia nacional nunca tenha deixado de habitar o debate jurídico no país e até tenha sido questionada em ações individuais, foi apenas em outubro de 2008 que o caso ganhou grande relevância com a decisão da Ordem dos Advogados do Brasil de questionar o alcance da norma junto ao Supremo Tribunal Federal.

O questionamento foi lançado por meio da propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, autuada sob o número 153.

A ADPF como instituto jurídico está prevista no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal¹⁸⁵ e representa uma das formas de controle concentrado de constitucionalidade, que busca preservar a obediência geral devida pelos atos estatais às regras e princípios constitucionais considerados fundamentais.

A ADPF encontra-se regulamentada pela Lei 9.882/98, que no seu artigo 1º estabelece: “A arguição prevista no § 1º do artigo 2º da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal e terá por objetivo evitar ou reparar a lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público”.

Portanto, ela terá cabimento contra os atos do Poder Público que violem ou ameacem violar preceito fundamental (art. 1º, *caput*, da Lei 9.882/99) e quando for

¹⁸⁵ **Art. 102, § 1º:** A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição¹⁸⁶.

Os efeitos da decisão na ADPF são oponíveis *erga omnes*, vinculando todos os demais órgãos do Poder Público, de acordo com o § 3º do artigo 10. A decisão de procedência ou improcedência do pedido na ADPF é irrecorrível, sendo admissível reclamação no STF contra o descumprimento da sua decisão (arts. 12 e 13). Assim, a sistemática constitucional é de que em uma ADPF o Supremo Tribunal dê a última palavra sob a norma ou ato questionado, e é assim que tem funcionado o ordenamento nacional.

Com tal arcabouço normativo, a OAB impetrou a referida ação. O pedido da ADPF 153 foi formulado nos seguintes termos:

[...] a procedência do pedido de mérito, para que esse Colendo Tribunal dê à Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, uma interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar, à luz de seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra os opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985).¹⁸⁷

Para fundamentar o pedido, a inicial foi dividida em cinco capítulos com distintos argumentos.

No primeiro capítulo a OAB buscou delimitar o objeto da demanda. Em suma, destacou o ponto da Lei 6.683/79 que compreendeu que necessitava de nova interpretação conforme à Constituição, delineando como tal o § 1º, do artigo 1º, da Lei da Anistia, assim disposto: “Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Nesse sentido é a posição do STF: [...] A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi concebida pela Lei 9.882/99 para servir como um instrumento de integração entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, viabilizando que atos estatais antes insuscetíveis de apreciação direta pelo Supremo Tribunal Federal, tais como normas pré-constitucionais ou mesmo decisões judiciais atentatórias a cláusulas fundamentais da ordem constitucional, viessem a figurar como objeto de controle em processo objetivo. [...] (STF. Decisão Monocrática. ADPF 127, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 25/02/2014)

¹⁸⁷ Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

¹⁸⁸ **Art. 1º** É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao Poder Público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com

O segundo capítulo foi direcionado para questões processuais acerca do cabimento da ADPF e a relevância da controvérsia sobre a lei federal anterior à Constituição, inclusive com a indicação dos preceitos constitucionais violados pela aplicação da norma.

O terceiro capítulo da inicial tratou da inépcia jurídica da legislação questionada. Colhe-se da inicial nesse ponto:

O § 1º desse mesmo artigo esclarece: “Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza, relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”. É sabido que esse último dispositivo legal foi redigido intencionalmente de forma obscura, a fim de incluir sub-repticiamente, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra opositores políticos ao regime militar. Em toda a nossa história, foi esta a primeira vez que se procurou fazer essa extensão da anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado, encarregados da repressão. Por isso mesmo, ao invés de se declararem anistiados os autores de crimes políticos e crimes comuns a ele conexos, como fez a lei de anistia promulgada pelo ditador Getúlio Vargas em 18 de abril de 1945, redigiu-se uma norma propositalmente obscura. E não só obscura, mas tecnicamente inepta.¹⁸⁹

Como se vê, a inépcia jurídica da norma, postulada na inicial, diz respeito exatamente ao objeto da demanda – a extensão da anistia aos agentes estatais pela criação dos crimes conexos.

O quarto capítulo tratou de elencar os preceitos violados pela interpretação extensiva dada à lei. Foram quatro os preceitos violados segundo a OAB: i) a isonomia em matéria de segurança; ii) preceito de não ocultar a verdade; iii) desrespeito aos princípios democráticos e republicanos; e iv) dignidade da pessoa humana.

Quanto à “isonomia em matéria de segurança”, o argumento foi de que o conceito de anistia deveria se referir a crimes, não a pessoas. Logo, quando a Lei da Anistia estendeu seu arcabouço a crimes de qualquer natureza e relacionados, ela inovou na ordem jurídica brasileira ao não definir o que sejam esses crimes relacionados. Nessa toada, a expressão “ou praticados com motivação política” estaria relacionada à motivação anímica do agente em sua conduta, só podendo ser avaliada pelo juiz no caso concreto.

fundamento em Atos Institucionais e Complementares. (Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014)

¹⁸⁹ Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

Disse a autora da inicial:

Daí por que, ao contrário da graça e do indulto, a anistia não se refere a pessoas, mas a crimes objetivamente definidos em lei. No caso da Lei nº 6.683, todavia, isso não ocorre. O diploma legal, seguindo a longa tradição histórica, declara objeto de anistia os crimes políticos. Mas não só. A lei estende a anistia a classes absolutamente indefinidas de crimes: “crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos”. Que significa o adjetivo “relacionados”? A lei não esclarece e a doutrina ignora. Logo, incumbe ao Poder Judiciário decidir, ou seja, definir ou classificar os crimes em lugar do legislador. Pode haver mais afrontoso descumprimento do preceito fundamental de que “não há crime sem LEI anterior que o defina”? E o despropósito não se limita a isso, escandalosamente. Além dos “crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos”, a Lei nº 6.683 ainda acrescenta: “ou praticados por motivação política”. Ora, a motivação do agente, escusa dizê-lo, é um fenômeno de consciência individual. Em país algum, em momento algum da História, em nenhuma das anteriores leis brasileiras sobre anistia, houve descriminalização de delitos que só podem ser reconhecidos como tais no caso concreto e com referência a pessoa determinada. Ou seja, quem anistia, nessa hipótese legal indefinida, é o próprio juiz.¹⁹⁰

Nesse mesmo tópico, a inicial ainda questiona a não definição de crimes de terrorismo, embora tal delito conste na Lei da Anistia.

Em relação ao “preceito fundamental de não ocultar a verdade”, a OAB sustentou que a interpretação da Lei da Anistia impediu o povo de conhecer a identidade dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos no período militar.

O desrespeito aos princípios democrático e republicano é atacado pelo fato de que os governantes do regime militar não foram eleitos em eleições livres, além de rememorar que o parlamento da época era fruto do pacote de abril, ou seja, formado por um terço de senadores eleitos indiretamente, os senadores biônicos.

Por fim, nesse tópico, a OAB destaca a violação da dignidade da pessoa humana e do povo brasileiro pela interpretação aplicada, afirmando que o suposto acordo feito para garantir a transição política não passou de uma grande falácia, já que, dentre outras razões, à época da anistia todos os militantes da esquerda armada já estavam liquidados pelos órgãos de repressão.

Essa foi a dinâmica da inicial apresentada para discutir a matéria junto ao STF.

¹⁹⁰ Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

Após proposta, a ação teve célere trâmite. O processo foi distribuído ao Ministro Eros Grau como relator, ele próprio uma vítima da ditadura. Em seu despacho inicial, o Ministro solicitou informações à Presidência da República e às duas casas do Congresso, as quais manifestaram-se, cada qual por suas razões, pela manutenção da Lei da Anistia¹⁹¹.

A Advocacia Geral da União, em seu parecer, também defendeu a validade da Lei da Anistia, inclusive questionando, preliminarmente, a utilização da ADPF sob o argumento de que não haveria controvérsia judicial a ser analisada, além de defender que a anistia era compatível com a ordem constitucional vigente à sua época. Quanto à composição do Congresso Nacional, a AGU lembrou que a anistia foi ratificada pela Emenda Constitucional 26/85. Não bastasse, a AGU ainda sustentou a impossibilidade de prevalência dos tratados de direitos humanos, porque eles deveriam ser subordinados à Constituição e não poderiam retroagir para criar tipos penais¹⁹².

Já o Ministério da Justiça manifestou-se pela inconstitucionalidade da interpretação extensiva da anistia aos crimes comuns, praticados pelos agentes da repressão contra opositores durante o regime militar.

A Procuradoria Geral da República, de seu turno, embora tenha se manifestado pelo afastamento das preliminares, no mérito concordou com os argumentos da AGU de que a anistia adveio de um longo debate em toda a sociedade, inclusive com participação da própria OAB¹⁹³.

Além dessas manifestações, foram admitidos como *amicus curie* no feito várias associações, como a Associação Juízes para a Democracia, associações de anistiados políticos e de militares.

Um dos pleitos relevantes formulados pela OAB, não em sua inicial, mas no decorrer do feito, foi pela realização de audiências públicas a fim de ampliar o debate a respeito do tema. Esse pedido, contudo, foi indeferido pelo relator.

Então, com tal base, procedeu-se ao julgamento em abril de 2010 pelo plenário do STF. No julgado, as preliminares foram rejeitadas, e ao final, no mérito, a

¹⁹¹ MAIA, Fábio Fernandes. **Lei de Anistia e Justiça de Transição**: o redimensionamento do debate e o julgamento da ADPF n. 153 pelo STF, p. 76.

¹⁹² MAIA, Fábio Fernandes. **Lei de Anistia e Justiça de Transição**: o redimensionamento do debate e o julgamento da ADPF n. 153 pelo STF, p. 77.

¹⁹³ Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/615_ADPF%20153%20PGR.PDF>. Acesso em: 12 mar. 2016.

ação foi julgada improcedente por 7 votos a 2 pelos fundamentos que se verá adiante.

Embora reconhecida por todos a importância da ADPF, ela também foi alvo de algumas críticas, não pela forma, mas pela estratégia. Uma interessante crítica adveio de Emílio Neder Meyer, ao lembrar que ao propor diretamente a ADPF no Supremo Tribunal Federal, a OAB acabou por concentrar no Supremo Tribunal toda a discussão afeta a tão interessante tema de toda sociedade brasileira, reduzindo o debate social¹⁹⁴.

Como já se disse e como lembra o citado autor, a decisão da ADPF tem efeitos vinculantes, nos termos do artigo 10, § 3º, da Lei 9.882/99, e uma decisão tomada pelo Supremo acaba por ter o condão de travar o debate que poderia ocorrer no âmbito difuso desde o primeiro grau.

Quando da propositura da ADPF, o debate jurídico acerca do ponto estava apenas se iniciando, com algumas poucas iniciativas, o que acabou travando a ampliação desse debate nas instâncias inferiores até sua gradual chegada ao Supremo, ao contrário, por exemplo, do que ocorreu no Peru, na Argentina e no Chile. Além disso, embora existisse uma controvérsia social a permitir o ajuizamento da ADPF, não havia qualquer controvérsia jurídica e constitucional, justamente porque o debate estava apenas a se iniciar. Daí assiste razão a Meyer ao concluir que “a opção pela via concentrada da arguição de descumprimento fundamental deveria levar em conta a falibilidade da própria pretensão deduzida e o risco de se travar o debate nas instâncias inferiores”¹⁹⁵.

Some-se a isso o indeferimento da realização de audiências públicas pelo Ministro Eros Grau, que acabou por deixar o debate sem maior amplitude e participação da sociedade civil.

De todo modo, a ação foi proposta e decidida em termos amplos, e a decisão que se seguiu é que cabe ser objeto de análise.

2.5 A DECISÃO DO STF – ADPF 153

O Supremo Tribunal Federal não acatou os argumentos expostos na inicial já relatados. Por maioria, a Corte entendeu que a Lei da Anistia se deu por solução

¹⁹⁴ NEDER MEYER, Emílio Peluso. **Ditadura e Responsabilização**, p. 18.

¹⁹⁵ NEDER MEYER, Emílio Peluso. **Ditadura e Responsabilização**, p. 18.

consensual, que foi recíproca, e que a par do direito das pessoas em conhecer a verdade da época, tal conceito não abarcaria a persecução penal. Mas, em especial, o Supremo não encampou em sua decisão a jurisprudência e os precedentes internacionais, preferindo ou ignorá-los (em sua maioria) ou dar a eles uma leitura equivocada.

O Ministro relator Eros Roberto Grau capitaneou a tese vencedora, acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e César Peluso. Foram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto. O Ministro Dias Toffoli se declarou impedido de votar por ter atuado no feito enquanto Advogado Geral da União, e o Ministro Joaquim Barbosa encontrava-se de licença médica¹⁹⁶.

O Ministro Eros Grau, após longa digressão sobre os aspectos históricos do período, votou no sentido de que foi interesse do legislador abranger os agentes do Estado pela anistia, especialmente pelo contexto político e histórico da época que representava a transição do regime ditatorial para a democracia.

O Ministro ainda ressaltou que Lei da Anistia pode ser considerada uma “lei-medida” que, diferentemente das leis abstratas e gerais, tem aplicação imediata e concreta para disciplinar determinados casos (não seriam regras para o futuro), não podendo ser dissociada do momento histórico no qual foi editada. Ele ainda combinou esse argumento com outro quanto à impossibilidade de alteração do texto normativo por parte do Judiciário. Inclusive, o relator defendeu a tese de que somente pela via legislativa poderia ser feita a revisão da Lei da Anistia para afastar a interpretação que lhe é própria e que já estaria consolidada.

O Ministro Eros Grau argumentou também no sentido de que se afastasse a Lei da Anistia do ordenamento nacional, mesmo os anistiados que receberam indenizações teriam de ressarcir os cofres públicos. O Ministro ainda citou o histórico de anistias do país para justificar a validade da Lei de 1979. Ele acabou afirmando: “há momentos históricos em que o caráter de um povo se manifesta com plena

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/adpf153.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

nitidez. Talvez o nosso, cordial, se desnude na sucessão das frequentes anistias concedidas entre nós.”¹⁹⁷.

A Ministra Cármen Lúcia também votou pela recepção da Lei da Anistia, embora tenha reconhecido expressamente a injustiça do artigo 1º, salientando, contudo, que a esfera judicial não era apropriada para revisão desse ato. Ela defendeu que a procedência da ADPF levaria à conclusão de uma revisão criminal às avessas.

O Ministro Celso de Mello também votou de acordo com o relator. Ele compreendeu que o Congresso Nacional de 1979 tinha plena legitimidade jurídico-constitucional para aprovar a Lei da Anistia, a qual, segundo o Ministro, resultou de um amplo debate nacional com a participação da sociedade civil, a fim de viabilizar a transição entre o regime autoritário militar e democrático.

O Ministro, contudo, foi um dos poucos a inserir no debate as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, embora em um contexto distinto da interpretação dada pelas cortes internacionais. Ele enfatizou que a Convenção das Nações Unidas acerca da imprescritibilidade que não foi subscrita pelo Brasil não obriga, nem vincula, juridicamente, o país. O Ministro ainda fez uma distinção entre a Lei da Anistia brasileira e o caso *Barrios Altos*, afirmando que o caso brasileiro não se enquadraria no decidido pela Corte IDH, porque naquele caso se trataria de uma autoanistia, ao passo que no caso brasileiro seria uma anistia de mão dupla e consensual.

Afirmou o citado Ministro, ainda, que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil são posteriores à Lei da Anistia, de modo que, para o âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas, refutando a tese de delitos contra a humanidade e consequentemente do *ius cogens*.

Reconheço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em diversos julgamentos – como aqueles proferidos, p. ex., nos casos contra o Peru (“Barrios Altos”, em 2001, e “Loayza Tamayo”, em 1998) e contra o Chile (“Almonacid Arellano e outros”, em 2006) –, proclamou a absoluta incompatibilidade, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, as denominadas “leis de auto-anistia”. A

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiannoticiastf/anexo/adpf153.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2015. Voto: Ministro Eros Grau.

razão dos diversos precedentes firmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos apoia-se no reconhecimento de que o Pacto de São José da Costa Rica não tolera o esquecimento penal de violações aos direitos fundamentais da pessoa humana nem legitima leis nacionais que amparam e protegem criminosos que ultrajaram, de modo sistemático, valores essenciais protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos e que perpetraram, covardemente, à sombra do Poder e nos porões da ditadura a que serviram, os mais ominosos e cruéis delitos, como o homicídio, o seqüestro, o desaparecimento forçado das vítimas, o estupro, a tortura e outros atentados às pessoas daqueles que se opuseram aos regimes de exceção que vigoraram, em determinado momento histórico, em inúmeros países da América Latina. É preciso ressaltar, no entanto, como já referido, que a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma lei de auto-anistia, o que torna inconsistente, para os fins deste julgamento, a invocação dos mencionados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com efeito, a Lei nº 6.683/79 – que traduz exemplo expressivo de anistia de “mão dupla” (ou de “dupla via”), pois se estendeu tanto aos opositores do regime militar quanto aos agentes da repressão – não consagrou a denominada anistia em branco, que busca, unicamente, suprimir a responsabilidade dos agentes do Estado e que constituiu instrumento utilizado, em seu próprio favor, por ditaduras militares latino-americanas. Como anteriormente ressaltado, não se registrou, no caso brasileiro, uma auto-concedida anistia, pois foram completamente diversas as circunstâncias históricas e políticas que presidiram, no Brasil, com o concurso efetivo e a participação ativa da sociedade civil e da Oposição militante, a discussão, a elaboração e a edição da Lei de Anistia, em contexto inteiramente distinto daquele vigente na Argentina, no Chile e no Uruguai, dentre outros regimes ditatoriais. Há a considerar, ainda, o fato – que se revela constitucionalmente relevante – de que a Lei de Anistia foi editada em momento que precedeu tanto a adoção, pela Assembléia Geral da ONU, da Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1984), quanto a promulgação, pelo Congresso Nacional, em 1997, da Lei nº 9.455, que definiu e tipificou, entre nós, o crime de tortura. Essa anterioridade temporal impede que a Lei de Anistia, editada em 1979, venha a sofrer desconstituição (ou inibição eficaz) por parte desses instrumentos normativos, todos eles promulgados – insista-se – após a vigência daquele benéfico diploma legislativo.¹⁹⁸

Gilmar Mendes, a seu turno, além de seguir o voto do relator, ainda destacou que “anistia é ato revestido de caráter eminentemente político”, o que esvaziaria a interpretação literal da lei exigida pela OAB. O Ministro rebateu também o argumento da Ordem de que o governo militar, por meio da lei, anistiou a si próprio, o que seria vedado por acordos internacionais de direitos humanos. Segundo o ministro, o próprio STF já reconheceu o direito de o Congresso Nacional conceder anistia a seus próprios membros.

A Ministra Ellen Gracie e os Ministros César Peluso e Marco Aurélio seguiram na mesma linha dos demais colegas.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiannoticiastf/anexo/adpf153.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2015. Voto: Ministro Celso de Mello.

O Ministro Ricardo Lewandowski foi o primeiro a se manifestar contrariamente ao voto do relator. Para ele, aqueles que cometeram crimes comuns não poderiam ser anistiados, somente os que porventura cometeram crimes políticos. Para o Ministro, a Lei da Anistia impede que as partes envolvidas busquem a tutela jurisdicional, em claro desrespeito ao inciso XXXV do artigo 5º da Constituição. Afirmou o Ministro:

A Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que os Estados-partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – também internalizada pelo Brasil – têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, obrigação que nasce a partir do momento da retificação de seu texto, conforme estabelece o seu art. 1.1. A Corte Interamericana acrescentou, ainda, que o descumprimento dessa obrigação configura uma violação à Convenção, gerando a responsabilidade internacional do Estado, em face da ação ou omissão de qualquer de seus poderes ou órgãos.¹⁹⁹

O Ministro Carlos Ayres Britto foi o outro vencido nesse julgamento, ao compreender que não caberia a anistia àqueles que cometeram crimes comuns, dando parcial provimento à ADPF, seguindo o entendimento da Corte Interamericana de Direito Humanos, embora, em nenhum momento, a ela faça referência. Para Ayres, a expressão crimes conexos é nebulosa e teria faltado coragem ao legislador para reconhecer que estava anistiando pessoas que cometeram excessos dentro do regime. Ele acredita que a Lei da Anistia poderia ter anistiado os torturadores, desde que o fizesse de modo claro. O Ministro, apesar de seu voto concordante com a ADPF, não adentra na jurisprudência internacional.

Em resumo pode se estabelecer que a decisão do STF se pautou nos seguintes pontos:

- i) há uma distinção entre texto normativo e norma jurídica, tendo a interpretação do direito caráter constitutivo;
- ii) não prospera o princípio da dignidade da pessoa humana invocado para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar;

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiannoticiastf/anexo/adpf153.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2015. Voto: Ministro Ricardo Lewandowski.

- iii) o sentido da expressão crimes conexos a crimes políticos contida na Lei da Anistia ignora os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal. Trata-se de um sentido ao momento histórico da sanção da Lei da Anistia, sendo esta uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia;
- iv) a anistia teve um caráter bilateral, já que estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção;
- v) embora a interpretação do direito consista num “processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos”, isto se aplica apenas à interpretação das leis gerais e abstratas, e não às designadas leis-medida;
- vi) a Lei 6.683/79 é anterior à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que vigora desde 1987, e à Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura. Além disso, o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII, da Constituição – que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes – não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente à sua vigência consumadas;
- vii) o Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo;
- viii) a Revisão de Lei da Anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá – ou não – de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário;
- ix) a anistia de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988.²⁰⁰

Denota-se que a decisão não adentra em qualquer discussão sobre o cenário internacional de direitos humanos, salvo o voto citado do Ministro Celso de Mello,

²⁰⁰ BATISTA, Vanessa Oliveira; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. **Constituição e Anistia: Uma análise do discurso do STF no julgamento da ADPF n. 153**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=009a5510ad149a8e>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

apesar de todo o acervo jurisprudencial então existente tanto na Corte IDH como nos países vizinhos que já haviam enfrentado a matéria.

Em termos hermenêuticos, como anota Lenio Streck, os votos dos ministros do STF, inclusive os dois favoráveis à tese da punição dos torturadores, basearam-se na velha metodologia jurídica, com invocação principalmente de Savigny. Lenio anota que até mesmo o voto favorável do ministro Ayres Brito baseou-se no método gramatical: “disse (Ayres) que a lei não deixou claro que a anistia se estendia a torturadores, conseqüentemente, pode-se concluir que, para o ministro Ayres, se a lei tivesse explicitado essa extensão, ele teria votado de forma diferente.”²⁰¹.

Não há, em nenhum momento da ADPF 153, o diálogo entre fontes universais de direitos humanos e o caso nacional, mas tão somente uma análise gramatical e embasada em uma pretensa pacificação nacional.

Contudo, praticamente todos os argumentos dos Ministros do Supremo foram refutados pela Corte IDH meses após, quando do já várias vezes referido caso Gomes Lund x Brasil.

2.6 A DECISÃO DO STF NA ADPF 153 FRENTE ÀS DECISÕES DAS CORTES INTERNACIONAIS

Alguns dos principais argumentos utilizados pelos Ministros do STF já haviam sido ou foram rechaçados, por vezes especificamente, pelas cortes internacionais. Dentre esses argumentos, alguns são de importante análise.

2.6.1 A questão da anistia bilateral

O primeiro argumento utilizado pelo STF e refutado pelas cortes internacionais, em específico a Corte IDH, diz respeito à pretensa diferença entre as anistias refutadas pela Corte e a anistia nacional, que teria o diferencial de ter sido bilateral.

Dentre todos os Ministros, em especial o Ministro Celso de Mello destacou expressamente que a jurisprudência da Corte IDH não se aplicava ao caso brasileiro

²⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. Os equívocos do Supremo Tribunal Federal do Brasil na interpretação da Lei da Anistia. In: PRITTWITZ, Cornelius et al. (Orgs.). **Justiça de Transição**: Análises Comparadas Brasil x Alemanha. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, 2015. (p. 230-243), p. 235. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/justica_transicao_analise_comparada_brasil_alemanha.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

porque aqui se tratou de uma anistia bilateral, e o que a Corte IDH reputava como não convencional seriam as autoanistias, como foi o caso peruano.

Essa interpretação, contudo, não é condizente com as decisões da Corte Internacional sobre tema. O que a Corte Interamericana afiançou, seguindo inclusive precedentes europeus, é de que são incompatíveis com os tratados de direitos humanos anistias que perpetuem graves violações de direitos humanos, independentemente de se tratarem de autoanistias ou não.

Assim, a Corte deixou expresso no caso Gomes Lund:

Quanto à alegação das partes a respeito de que se tratou de uma anistia, uma auto-anistia ou um “acordo político”, a Corte observa, como se depreende do critério reiterado no presente caso (par. 171 supra), que a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações de direitos humanos e não se restringe somente às denominadas “autoanistias”. Além disso, como foi destacado anteriormente, o Tribunal, mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se atém à sua *ratio legis*: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar. A incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana nos casos de graves violações de direitos humanos não deriva de uma questão formal, como sua origem, mas sim do aspecto material na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, em relação com os artigos 1.1. e 2 da Convenção.²⁰²

Deyse Ventura²⁰³ também faz coro a essa tese, ao lembrar que o argumento de que a jurisprudência interamericana não se aplica ao caso brasileiro não procede, porque não fosse a evidência matemática de que anistiar a outrem não anula a anistia outorgada a si mesmo, o único capaz de oferecer a anistia é o próprio Estado. Logo, se esse Estado anistiou seus agentes, isto é nada mais nada menos que uma autoanistia: “que o órgão do Estado que praticou a violação seja o Poder Legislativo, ao aprovar a Lei da Anistia, não retira sua antijuridicidade”.

Além disso, os tribunais penais internacionais também vêm tratando da anistia em variadas formas, como, por exemplo, o caso do Tribunal Penal Internacional para

²⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund vs. Brasil**, p. 65. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

²⁰³ VENTURA, Deyse. **A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional**. 2010. Disponível em: <<http://fes.org.br/brasilnomundo/wp-content/uploads/2014/06/a-interpretac3a7c3a3o-judicial-da-lei-de-anistia-brasileira-e-o-direito-internacional.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

a ex-Yugoslávia que proibiu a anistia para tortura, independentemente da origem ou natureza da norma²⁰⁴.

Não bastasse, como lembra Kai Ambos²⁰⁵, o argumento da soberania acerca das anistias também não é convincente “porque se baseia em um conceito grociano de soberania que não leva em conta as obrigações internacionais, isto é, o dever de perseguir crimes nucleares”.

Logo, o argumento do STF não é compatível com a jurisprudência das cortes internacionais, já que a origem da Lei da Anistia claramente pouco importa nesses precedentes, mas sim o fato de que o Estado anistiou aos seus próprios agentes, além de ter anistiado graves violações de direitos humanos.

2.6.2 A qualificação dos crimes de lesa-humanidade ou de graves violações de direitos humanos

Inicialmente, denota-se que não há um parâmetro claro quanto ao que se reconheça como graves violações de direitos humanos, ou então, crimes contra a humanidade.

Em *Prosecutor vs. Tadić* (1995), o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia estabeleceu o seguinte *standard*, usualmente citado como critério definidor do que deve ser entendido como “grave ofensa” do ponto de vista do direito penal internacional: a) a violação deve constituir uma ofensa a uma regra de direito humanitário internacional; b) a regra deve ser “costumeira por natureza” ou, se pertencer a um tratado, deve atender às condições de validade dos acordos internacionais; c) a violação deve ser “séria”, isto é, ela deve constituir uma quebra da regra de proteção a valores importantes, e deve também envolver graves consequências para a vítima; d) a violação da regra deve acarretar, sob o direito costumeiro ou dos tratados, a responsabilidade criminal individual do agressor²⁰⁶.

²⁰⁴ Prosecutor x Furundzija. 10/12/1998. *Apud* AMBOS, Kai, Map. 67. O Marco Jurídico da Justiça da Transição. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. **Anistia, Justiça e Impunidade**: Reflexões sobre a Justiça de Transição no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

²⁰⁵ AMBOS, Kai. O Marco Jurídico da Justiça da Transição, p. 75.

²⁰⁶ Appeals Chamber of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia (ICTY). Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule” – Decision of the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, pars. 91-94, j. em 02.10.1995. (SUIAMA, Sergio Gardenghi. Problemas Criminais da Sentença da Corte IDH no caso Gomes Lund: Respostas do Direito Comparado. **Custus Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. Disponível em:

O Estatuto de Roma, que definiu o Tribunal Penal Internacional, descreve as condutas características de crimes contra a humanidade para o direito internacional:

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.²⁰⁷

A Corte IDH tem sido até mais ampliadora em tal conceituação, mas os critérios acima delineados são os mais definidos nesse ponto.

O ex-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Cançado Trindade, em seu voto separado no Caso *Almonacid Arellano*, lembrou que a configuração dos crimes contra a humanidade é uma manifestação mais da consciência jurídica universal, de sua pronta reação aos crimes que afetam a humanidade como um todo. Destacou que, com o passar do tempo, as normas que vieram a definir os “crimes contra a humanidade” emanaram, originalmente, do Direito Internacional consuetudinário, e desenvolveram-se, conceitualmente, mais tarde, no âmbito do Direito Internacional Humanitário, e, mais recentemente, no domínio do *ius cogens*, do direito imperativo²⁰⁸.

A Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina também abordou no julgamento das Leis do Ponto Final e da Obediência Devida a noção de crimes contra a humanidade, e estabeleceu um critério de que tais crimes contêm elementos comuns dos diversos tipos penais descritos e outros excepcionais que

<http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Suiama_Caso_Gomes_Lund.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016)

²⁰⁷ ESTATUTO DE ROMA, 17 de julho de 1998, art. 7.1. Disponível em . http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm Acesso em: 02 jun. 2015

²⁰⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano vs. Chile*. parágrafo 28, *apud* CALDAS, Roberto Figueiredo, voto como juiz *ad hoc*, p. 118 da Sentença do “Caso Araguaia”). Nesse sentido, ainda: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; MORENO, Alfredo Martínez. *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*. San José da Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003. p. 58-60. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/Doclat1.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

permitem qualificá-los como crimes contra a humanidade, porque: 1 - afetam o ser humano como integrante da humanidade, contrariando a concepção humana mais elementar; 2 - são cometidos por agentes estatais em execução de uma ação governamental ou por um grupo capaz de exercer um domínio sobre um território determinado²⁰⁹.

Não há, como se sabe, no Brasil, a categoria de crimes contra a humanidade ou de graves violações de direitos humanos, mas, desse modo, seguindo as disposições da Corte IDH, inclusive no caso Gomes Lund, compreende-se como tais as condutas que eram tipificadas como criminosas à sua época e simultaneamente consideradas graves violações de direitos humanos.

É o que se denota da seguinte passagem da decisão do caso Gomes Lund:

As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.²¹⁰

Aliás, denota-se que no caso Gomes Lund x Brasil, a Corte não mencionou a expressão “crimes contra a humanidade”, preferindo a utilização de “graves violações de direitos humanos”, com exceção do voto em separado do Juiz Roberto Caldas.

De todo modo, pode-se concluir, como o fez o Procurador-Geral da República Rodrigo Janot, na ADPF 320, que o pressuposto de não incidência dos dispositivos de anistia às graves violações a direitos humanos cometidas no contexto da repressão política do Estado ditatorial é a existência de fato típico antijurídico,

²⁰⁹ [...] ilícitos “*contienen elementos comunes de los diversos tipos penales descriptos, y otros excepcionales que permiten calificarlos como “crímenes contra la humanidad” porque: 1- afectan a la persona como integrante de la “humanidad”, contrariando a la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados; 2- son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal sobre un territorio determinado.*” (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. S. 1767. XXXVIII. SÍMON, Julio Hector y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa n° 17.768. Fallos: 328:2056. Buenos Aires, 14 de junho de 2005. (F. Voto del Señor Ministro Doctor Don E. Raúl Zaffaroni. La apelación a la suprallegalidad). Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/nulidad.html>>. Acesso em: 20 maio 2016)

²¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund vs. Brasil**, p. 65. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

definido como tal por norma válida anterior, e que constitua simultaneamente, na perspectiva do direito internacional costumeiro cogente ou do direito dos tratados, delito de lesa-humanidade (ou a ele conexo) e, desse modo, insuscetível de anistia²¹¹.

2.6.3 A prescrição, o *ius cogens* e a anterioridade da lei penal

No caso Gomes Lund afastou-se a tese da prescrição para os crimes de desaparecimento forçado em um contexto sistemático de violação de direitos, como foi o caso da repressão à Guerrilha do Araguaia. Para a jurisprudência da Corte IDH, a prescrição em tais casos não ocorre até que o ato ilícito, no caso a entrega dos corpos, seja efetivado, já que até esse momento não se sabe qual seria o marco inicial da prescrição.

Colhe-se da decisão da Corte, no caso Gomes Lund:

[...] por se tratar de violações graves de direitos humanos, e considerando a natureza dos fatos e o caráter continuado ou permanente do desaparecimento forçado, o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação [...].²¹²

Mas, para além desse ponto, a jurisprudência dos tribunais internacionais tem estabelecido o não reconhecimento da prescrição para graves violações de direitos humanos, na qual estão inseridos os desaparecimentos forçados em contextos sistemáticos em estados de exceção, mesmo para casos e países que não ratificaram a Convenção acerca da imprescritibilidade de graves violações de direitos humanos, como é o caso do Brasil.

A compreensão é de que graves violações de direitos humanos em crimes de massa encontram tipificação incriminadora desde os princípios estabelecidos em Nuremberg. A partir de então, o mundo pôde estabelecer que crimes contra a humanidade são puníveis e não prescritíveis.

²¹¹ BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 320**. p. 63. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1747_texto_5102145.pdf>. Acesso em: 20 maio 2016.

²¹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund vs. Brasil**, p. 96. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

Como recorda Luiz Flávio Gomes²¹³, a pretensão de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é antiga (de 1946: Resoluções da ONU de 13.02.1946 e de 26.12.1946). Na ordem internacional, que rege os delitos contra a humanidade, a legalidade se dá de forma distinta, já que, como não há um Congresso fabricando leis, buscam-se outras fontes do direito penal internacional. No que diz respeito à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, a fonte de tal entendimento são resoluções da ONU (ou seja: instrumentos da ONU). “Exigir a legalidade estrita nesse caso (ou seja, no plano internacional) significa apoiar todo tipo de violação dos direitos humanos”.

O então Ministro da Corte Argentina Eugênio Zaffaroni, no julgamento argentino da constitucionalidade de lei anulatória das Leis de Obediência Devida e Ponto Final, explicitou tal tese ao sustentar que a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, apenas se limitou a codificar por tratado o que antes já era penalizado pelo costume internacional como fonte do direito incriminador.

*[...] codificar como tratado lo que antes era jus cogens en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que, en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal.*²¹⁴

Ou seja, nessa sistemática, pouco importa inclusive se o país assinou o tratado de direitos humanos, já que o *ius cogens* internacional tipifica tais crimes como imprescritíveis, o que, como recorda Arturo Pagliari, não afeta o princípio de irretroatividade das leis constitucionalmente fixado.

Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el ius gentium y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último pues ese carácter es inherente a las normas imperativas de ius cogens, y para la Corte, tal conflicto es sólo aparente, pues las normas de ius cogens que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial. La inaplicabilidad de las normas de derecho

²¹³ GOMES, Luiz Flávio. **Crimes contra a humanidade**: conceito e imprescritibilidade (Parte III). Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 10 maio 2016.

²¹⁴ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. S. 1767. XXXVIII. SÍMON, Julio Hector y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. Causa n° 17.768. Fallos: 328:2056. Buenos Aires, 14 de junho de 2005 (F. Voto del Señor Ministro Doctor Don E. Raúl Zaffaroni. La apelación a la suprallegalidad.) Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/nulidad.html>>. Acesso em: 20 maio 2016.

*interno de prescripción de los delitos de lesa humanidad tiene base en el Derecho Internacional, ante el cual el derecho interno es sólo un hecho.*²¹⁵

Pode-se dizer, assim, que a legalidade é a regra. A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, contemplada nas Resoluções da ONU, é exceção, e à luz do *ius cogens* os crimes contra a humanidade e genocídio são imprescritíveis e o transcurso do tempo, nesses casos, não afasta a punibilidade dos delitos²¹⁶.

A tese da imprescritibilidade foi repetida e garantida várias vezes pela Corte IDH, tendo se iniciado no já citado caso *Barrios Altos vs. Perú*.

Entretanto, foi no também já citado caso *Almonacid Arellano vs. Chile* que a Corte Interamericana estabeleceu um *standart* normativo até então inédito no que tange à prescrição, ao estabelecer que sua proibição foi considerada norma de *ius cogens*, já que haveria sido apenas reconhecida (e não criada!) pela Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Com esse argumento, a Corte entendeu que, apesar de o Estado chileno não haver ratificado dita convenção, idêntica situação a do Brasil, ele estaria obrigado a declarar a imprescritibilidade do crime considerado como crime contra a humanidade²¹⁷.

Essa tese foi repetida pela Corte no caso *La Cantuta vs. Perú*, ao estabelecer que:

[...] mesmo quando o Estado não tenha ratificado a dita Convenção (sobre imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade), esta Corte considera que a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade surge como categoria de norma de Direito Internacional Geral (*ius cogens*) que não nasce com a Convenção, mas que está reconhecido nela. Consequentemente o Estado não pode deixar de cumprir essa norma imperativa.²¹⁸

Posteriormente, na decisão de supervisão de cumprimento da sentença Gomes Lund, uma vez mais a Corte IDH foi clara ao afirmar que os atos praticados caracterizaram crimes qualificados pela imprescritibilidade, nos seguintes termos:

²¹⁵ PAGLIARI, Arturo Santiago. **Derecho Internacional Y Derecho Interno**: El Sistema Constitucional Argentino. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3700429.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2016.

²¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Crimes contra a humanidade**: conceito e imprescritibilidade (Parte III). Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 10 maio 2016.

²¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS **Caso Almonacid Arellano vs. Chile**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2016.

²¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso La Cantuta vs. Perú**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2016.

[...] a Corte destaca que “a imprescritibilidade deste tipo de condutas delitivas é uma das únicas maneiras que a sociedade internacional encontrou para não deixar na impunidade os mais atrozes crimes cometidos no passado, que afetam a consciência de toda a humanidade e são transmitidos por gerações”.³² Na Sentença do presente caso, a Corte reiterou sua jurisprudência constante no sentido de que “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis pelas violações graves dos direitos humanos tais como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.”²¹⁹

Embora tal pretensão possa parecer fugir do lugar comum, especialmente no direito penal, ela é bem enfatizada por Zaffaroni²²⁰. O citado autor defende a imprescritibilidade em razão da falta de legitimidade do direito penal para conter o poder punitivo para esta espécie de delito, já que “não há uma racionalidade em garantir a extinção da ação penal pelo decurso do tempo em um crime contra a humanidade, senão a irracionalidade própria do poder punitivo, seletivo e reprodutor do mesmo fato”.

Zaffaroni segue afirmando sua tese, que seria reproduzida em seus votos como Ministro da Suprema Corte argentina em casos afetos ao tema, nos seguintes termos:

La imprescriptibilidad que hoy consagran las leyes y costumbres internacionales y que otrora no establecían pero que también deben considerarse imprescriptibles, es fruto de la carencia de legitimidad del derecho penal para contener el poder punitivo en estos casos. No hay argumento jurídico (ni ético) que le permita invocar la prescripción. En los crímenes recientes, esta consagrada en la ley internacional y en los más lejanos en la costumbre internacional; en los crímenes de lesa humanidad remotos tampoco el derecho penal puede invocar la prescripción por que esta estaría consagrada como una norma fundante de auto impunidad (legitimarían las consecuencias de un crimen los propios autores, para ellos mismos y para sus descendientes).” “El derecho penal, privado de su viejo narcisismo omnipotente, es decir, un derecho penal más adulto y maduro puede plantear mejor este problema, como todos los que consideran la decisión judicial federal que invalida los obstáculos a la punición de crímenes contra la humanidad. El propio TPI (Tribunal Penal Internacional) que se promete funcionar de modo más acorde a la realidad del poder y, por ende, más respetuoso de las estructuras del mundo, requisito indispensable para toda eficacia. El narcisismo legitimante no hace más que generar ilusiones que, en ocasiones devienen en alucinaciones, como las

²¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros x Brasil**. p. 10-11. Supervisão de cumprimento de sentença. Resolução de 17 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 27 jan. 2015.

²²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. **Nueva Doctrina Penal**, Buenos Aires, Ed. Del Puerto S.R.L., n. 2000-B, p. 437-446, 2001.

*contenidas en la llamada ley de obediencia debida. En cualquier caso, es menester neutralizar las alteraciones del censo percepción jurídica, porque conducen a graves errores de conducta que producen daños sociales graves y desprestigian al saber penal.*²²¹

Com relação ao princípio da legalidade, no que concerne às normas relativas à prescrição, afetas a crimes contra a humanidade, pode-se afirmar que se tratam de normas de *ius cogens*. Nesses casos, ao contrário do que possa parecer, não há uma colisão entre *ius cogens* de direito incriminador e o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal.

O *ius cogens* denota a mais alta fonte do direito internacional em relação aos Estados. Não é passível sequer de ser derogado por tratados em sentido contrário e deve ser aplicado, como já se disse, pelos tribunais internos dos países, independentemente de sua eventual aceitação expressa. Dentro desse quadro, as normas de *ius cogens* passam a ser universais e superiores a quaisquer tratados ou costumes internacionais, configurando-se, pois, um *minimum* legal de asseguramento da ordem mundial.²²²

A Corte Suprema argentina, ao julgar o caso *Arrancibia Clavel*, afirmou no ponto relativo aos desaparecimentos forçados da ditadura argentina, em votos dos juízes Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco e Eugenio Zaffaroni que:

*[...] “la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continua que los estados partes están obligados a respetar y garantizar”. Todo ello sin perjuicio de la ley positiva del Estado que se trate, ya que aún cuando no existía al momento de los hechos, su incorporación se limita a cristalizar principios de ius cogens ya vigentes en el derecho internacional público consuetudinario.*²²³

No mesmo julgamento, a Corte argentina ainda sustentou que, “*no se está aplicando en forma retroactiva la normativa internacional ya que, al momento de su comisión, los hechos investigados eran considerados por la costumbre internacional*

²²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, p. 446.

²²² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 154.

²²³ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. A. 869. XXXVII. *Arancibia Clavel*, Enrique Lautaro s/ homicidio y asociación ilícita. **Causa n° 259**. Fallos: 327:3312. Buenos Aires, 8 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/data/lesahumanidad.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2016.

*crímenes de lesa humanidad, y por lo tanto resulta imposible exonerar a tales delitos de juzgamiento y declarar su prescripción*²²⁴.

Denota-se assim que os delitos de lesa-humanidade, como é o caso da sistemática violação de direitos humanos em face de desaparecimento forçado de pessoas por agentes estatais, nunca foram considerados pelo direito internacional como prescritíveis. Desse modo, a regra do *ius cogens* e da imprescritibilidade está bastante estabelecida pela jurisprudência internacional, embora tenha sido ignorada quase que por completo quando do julgamento do STF, como se ilustrou no presente tópico.

2.7 ENTRE A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Como se viu até aqui, há um aparente paradoxo entre a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e o Supremo Tribunal Federal na ADPF 153. Enquanto a Corte Constitucional brasileira reputa como constitucional e válida a Lei da Anistia em decisão com efeitos vinculantes, a Corte Interamericana afirma que essa lei não é válida em face do ordenamento internacional, e condena o Brasil a processar os perpetradores de violações de direitos humanos abarcados pela norma.

Ficou o paradoxo de o Brasil aceitar e se submeter às decisões da Corte IDH e, ao mesmo tempo, mantendo-se a decisão do Supremo, recusar em cumprir suas decisões.

Uma análise mais aprofundada da sistemática, porém, permite compreender como avaliar e resolver tal situação.

2.7.1 A regra da quarta ou quinta instância e o duplo controle de normas de proteção a direitos humanos

Inicialmente, é preciso lembrar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não é uma quarta ou quinta instância dentro do sistema judiciário nacional, ou seja, não cabe à Corte revisar as decisões do Supremo Tribunal Federal. O que cabe à Corte IDH é a análise da adequação da normatização nacional em face da

²²⁴ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. A. 869. XXXVII. Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio y asociación ilícita. **Causa n° 259**. Fallos: 327:3312. Buenos Aires, 8 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/data/lesahumanidad.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2016.

Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Não tem a Corte IDH, por isso mesmo, competência para analisar a constitucionalidade de qualquer normativa no plano interno dos Estados. Esse papel é primordial das cortes constitucionais.

Aliás, esse ponto foi expressamente analisado pela Corte IDH quando do julgamento do caso Gomes Lund, já que foi essa uma das exceções opostas pelo Estado brasileiro naquele julgamento. A Corte IDH foi expressa nesse ponto:

A demanda apresentada pela Comissão Interamericana não pretende revisar a sentença do Supremo Tribunal Federal [...] Em numerosas ocasiões, a Corte Interamericana afirmou que o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana, o que inclui, eventualmente, as decisões de tribunais superiores. No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento nº 153, mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana. Consequentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância. O Tribunal, portanto, desestima esta exceção preliminar.²²⁵

O que cabe à Corte IDH, portanto, é um controle de convencionalidade entre o ato e a Convenção de Direitos Humanos. Já o que faz e fez o Supremo Tribunal Federal foi o controle de constitucionalidade da Lei da Anistia. Só ao STF é dada tal tarefa. A Corte IDH não pode e não tem legitimidade para analisar o acerto ou desacerto da decisão do Supremo no que tange ao controle de constitucionalidade interno.

Isso significa, nesse caso, que uma norma que abarque direitos humanos submete-se a duas formas de controle, uma nacional, no controle de constitucionalidade, e outra internacional, afeta ao controle de convencionalidade.

O primeiro crivo a que a Lei da Anistia se submeteu foi ao controle de constitucionalidade. A Lei superou tal entrave quando o STF disse que ela era constitucional, decisão vinculante e com efeitos *erga omnes*. Após esse primeiro

²²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund vs. Brasil**. p. 20. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

crivo, a Lei da Anistia se submeteu a uma segunda análise, agora não mais acerca de sua constitucionalidade, mas de sua convencionalidade, ou seja, além de adequada à Constituição brasileira, seria a Lei da Anistia adequada também aos tratados de direitos humanos a que o Brasil se submeteu? A resposta negativa a esse segundo controle foi dada pela Corte IDH expressamente no caso Gomes Lund.

Sendo assim, a Lei da Anistia só superou o primeiro obstáculo de validade das normas afetas a direitos humanos – o controle de constitucionalidade –, não superando o segundo – o controle de convencionalidade. Nesse sentido, colhe-se a posição de André Ramos²²⁶:

No caso da Lei de Anistia, o STF efetuou o controle de constitucionalidade da norma de 1979, mas não se pronunciou a respeito da compatibilidade da causa de exclusão da punibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro. Ou seja, não efetuou – até porque não era esse o objeto da ação – o chamado controle de convencionalidade. A anistia aos agentes da ditadura, para subsistir, deveria ter sobrevivido intacta aos dois controles, mas só passou por um, o controle de constitucionalidade. Foi destroçada no controle de convencionalidade.

Então, seguindo essa sistemática, não há incongruência acerca da validade da norma, já que, mesmo que a Lei da Anistia tenha sido considerada constitucional pelo STF, ela não foi considerada adequada aos postulados internacionais e convencionais pelo órgão julgador próprio – a Corte IDH.

Aliás, pode se concluir, nesse ponto, que o STF sequer se manifestou acerca da adequação da Lei da Anistia ao controle de convencionalidade, já que esse não foi o objeto do pedido na ADPF 153, de modo que essa situação ainda não foi decidida pelo Supremo.

É assim, por exemplo, que a Procuradoria Geral da República, em parecer exarado pelo Procurador Geral Rodrigo Janot, manifestou-se na ADPF 320, proposta pelo PSOL, ainda pendente de julgamento, que busca exatamente a discussão desse ponto no Supremo:

Na ADPF 153, o STF efetuou controle de constitucionalidade da Lei 6.683/1979, mas não se pronunciou a respeito da compatibilidade da causa de exclusão de punibilidade com os tratados internacionais de direitos

²²⁶ RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a corte IDH. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da ditadura militar**: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 217.

humanos ratificados pelo Estado brasileiro. Não efetuou – até porque não era esse o objeto daquela ação – o chamado controle de convencionalidade da norma.²²⁷

Dessa forma, é preciso reconhecer que, ao contrário do que possa parecer, o Supremo Tribunal Federal não resolveu integralmente a matéria afeta à validade da Lei da Anistia, já que não apreciou a questão da compatibilidade entre a norma e o controle de convencionalidade.

Não fosse só isso, é preciso reconhecer também que o Supremo Tribunal ainda não se manifestou após a decisão da Corte IDH no caso Gomes Lund em como adequar a sua decisão com aquela, posterior, tomada pela Corte IDH, muito embora advogue-se aqui, sem qualquer dúvida, que o Supremo deve garantir a eficácia da decisão da Corte IDH pelos próprios preceitos a que o país se comprometeu a seguir quando aderiu à Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Esse pleito, inclusive, encontra-se na ADPF 320, proposta pelo PSOL, em que se busca que o STF dê à decisão da Corte IDH a efetividade a que o país se submeteu ao ingressar no sistema de proteção internacional dos direitos humanos, mesmo porque, de nada adianta ao sistema jurídico nacional participar do plano internacional de proteção dos direitos humanos e, a seu dispor, escolher quando cumprir ou não as decisões da Corte para proteção a esses direitos.

De todo modo, além da decisão do STF em caráter abstrato, é preciso reconhecer também que a eficácia das decisões da Corte IDH, torna-se muito mais efetiva e ampla se atendidas por todo o sistema judicial, através, primordialmente, do controle difuso de convencionalidade.

2.7.2 O controle difuso de convencionalidade

Muito embora se possa afiançar que a decisão da Corte IDH deva ser cumprida tanto pelo STF quanto por qualquer juiz, é preciso reconhecer que no dia a dia forense a situação assume feições de não tão simples resolução.

É que a decisão na ADPF 153 tem, como já se disse, efeitos vinculantes, cabendo reclamação de qualquer parte interessada ao STF em caso de

²²⁷ BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 320**. p. 63. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1747_texto_5102145.pdf>. Acesso em: 20 maio 2016.

descumprimento daquela decisão. Por exemplo, se um juiz de primeiro grau recebe uma denúncia criminal em face de um agente do regime militar por atos praticados no contexto englobado na Lei da Anistia, assiste ao denunciado o direito de reclamar ao STF para garantia da decisão da Suprema Corte.

É isso, por exemplo, que vem se observando em grande parte das ações penais por tais crimes propostas pelo Ministério Público Federal no país. Levantamento do próprio Ministério Público Federal denota que das nove ações penais ajuizadas, seis haviam sido rejeitadas pelo Judiciário por conta do entendimento da constitucionalidade da Lei da Anistia nos moldes decididos pelo STF, sem a análise da jurisprudência internacional²²⁸.

Entrementes, para a análise de tal sistemática, vale lembrar que assim como o controle de constitucionalidade ocorre no âmbito nacional no sistema difuso e concentrado, também o controle de convencionalidade assume essas características.

A posição predominante nos países da América Latina, inclusive incentivada pela Corte IDH, é de que esse controle também possa e deva ser feito na sistemática difusa, por qualquer julgador. Essa sistemática apareceu pela primeira vez na Corte IDH no julgamento do caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, aqui já citado, em que a Corte compreendeu que:

[...] Os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não só um controle de constitucionalidade, mas também um controle de convencionalidade, 'ex officio' entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências.²²⁹

Essa linha decisória seguiu em vários outros casos da Corte IDH e tem sido adotada pelos tribunais internos. É assim, por exemplo, que a Suprema Corte mexicana reconheceu expressamente a necessidade do controle difuso de

²²⁸ Segundo relato exposto no parecer da ADPF 320 pelo MPF, foram ajuizadas nove ações penais e há 187 investigações em andamento a respeito de delitos cometidos durante a ditadura militar. BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 320**. p. 63. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1747_texto_5102145.pdf>. Acesso em: 20 maio 2016

²²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arrelano e outros vs. Chile**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2016.

convencionalidade e da submissão do México às decisões da Corte IDH no caso *Radilla Pacheco vs. México*, citado por Mac-Gregor e Moller²³⁰:

[...] el control de convencionalidad **ex officio** opera en un modelo de **control difuso de constitucionalidad**, por lo que se realiza una nueva interpretación del artículo 133 a la luz del nuevo contenido normativo del artículo 1º de la Constitución federal, para apartarse del criterio de la Suprema Corte que prevaleció desde la década de los años cuarenta del siglo pasado, que prohibía a los jueces locales realizar control difuso. De esta manera: Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.

No caso *Gelman vs. Uruguay*²³¹, a Corte IDH afirmou expressamente que suas sentenças não se aplicavam apenas ao caso concreto, entre os Estados-parte do caso, mas que produziriam efeitos vinculantes para todos os Estados signatários da Convenção, como um *standard* interpretativo. É a partir de tal linha decisória que Mac-Gregor, por exemplo, vai estabelecer que a coisa julgada, no tocante às sentenças da Corte IDH, vai se dividir em duas formas de proteção de sua autoridade: direta (*res judicata*), em relação aos Estados-parte do caso concreto, e indireta (*res interpretata*), em relação aos demais Estados-parte da Convenção²³².

No primeiro caso (*res judicata*), há uma obrigação de cumprimento concreta ao Estado vencido, vinculante nos próprios termos da sentença. Nessas situações, cabe ao Estado simplesmente cumprir a decisão da Corte IDH. Nesses moldes, por exemplo, reconheceu a Corte Constitucional do México:

Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son vinculantes en sus términos cuando el Estado mexicano fue parte en el litigio. El Estado mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en

²³⁰ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MOLLER, Carlos Maria Pelayo. La obligación de 'respetar' y 'garantizar' los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1º del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano. **Estudios Constitucionales**, Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 10, n. 2, p. 141-192, 2012.

²³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gélmán vs. Uruguay**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em 30.05.2016

²³² MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay). **Revista de Estudios Constitucionales**, v. 11, n. 2 p 641-694. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, v. 11, n. 2, p. 641-694, p. 652.

una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella²³³

Já no segundo caso, na eficácia indireta (*res interpretata*), a coisa julgada vai lançar efeitos aos demais Estados-parte da Convenção, os quais passam a se obrigar ao cumprimento não só da própria Convenção Americana, mas também e principalmente da interpretação que a Corte IDH faz da Convenção. Essa interpretação é definida nas suas sentenças em relação a todos os Estados participantes do sistema. Logo, a Corte IDH passa a formar uma jurisprudência acerca da interpretação da Convenção, que deve ser seguida por todos os Estados. Há uma vinculação subjetiva, de interpretação aos casos julgados, como um parâmetro de precedentes²³⁴.

A partir de tal interpretação, fica claro que os Estados-parte da Convenção ficam obrigados a zelar também pelo controle de convencionalidade, o qual deve ser exercido, tomando por base não só a Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também a interpretação que a Corte IDH faz da Convenção como *standard* interpretativo de proteção. Esse controle deve ser exercido não só pela Suprema

²³³ Tesis del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aprobada el 28 de noviembre de 2011 y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, tomo 1, p. 556. Citado por MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay), p. 659.

²³⁴ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay), p. 652.

Corte de cada nação, mas por todos os órgãos do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) em todas as suas esferas.

Por conseguinte, aos juízes de primeiro grau, por exemplo, que se depararem com normas de anistia a crimes contra a humanidade, cabe a análise não só do caráter constitucional da norma, mas de todo o corpo jurisprudencial da Corte IDH para a análise de sua convencionalidade.

Contudo, isso vai gerar uma problemática aos juízes de primeiro grau que se depararem com tal situação, pelo fato de que, aparentemente, haveria uma contradição, porque eles estão obrigados a cumprir a decisão do STF na ADPF 153, afastando a responsabilidade dos agentes do regime militar pela Lei da Anistia, e ao mesmo tempo estão obrigados a garantir a eficácia da decisão da Corte IDH em um controle difuso de convencionalidade em sentido inverso, afastando a Lei da Anistia do ordenamento.

A par dessa possível confusão, o fato é que não há paradoxo algum. Na verdade, aos juízes de primeiro grau cabe a dupla análise, ou seja, a eles e a qualquer operador jurídico cabe a verificação da validade da norma frente à Constituição e às Convenções Internacionais de que o Brasil é parte. E nessa análise, em qualquer caso, a norma mais favorável à vítima há de preponderar.

A grande problematização, todavia, reside exatamente no mesmo ponto em que o Supremo Tribunal não se ateve, ou seja, a dificuldade existente no sistema judiciário nacional acerca da utilização dos precedentes internacionais na sistematização interna.

Denota-se que os tribunais nacionais têm tido imensa dificuldade em utilizar aquela que possivelmente seja a maior contribuição da Corte Internacional – a sistematização de seus precedentes, com força de coisa julgada *interpretata*.

Foi assim que a Corte IDH firmou seus julgamentos no que tange às leis de anistia, utilizando no caso Gomes Lund, por exemplo, seu aparato jurisprudencial que já existia, no mínimo, desde o caso *Barrios Altos*.

Foi assim também que os juízes argentinos passaram, cada qual a seu modo, a afastar as disposições da Lei do Ponto Final e da Obediência Devida em casos individuais no primeiro grau de jurisdição, o que culminou com a jurisprudência da Suprema Corte daquele país que também fez menção e acatou os precedentes internacionais. Isso sem a Argentina sequer ter sido parte, naquele momento

histórico, de qualquer procedimento junto à Corte IDH no que tange às suas leis de anistia.

Esses precedentes são e devem ser tomados no controle difuso de constitucionalidade afeto a cada juiz, inclusive de primeiro grau.

Como lembram MacGregor e Moller²³⁵, o juiz deve aplicar a jurisprudência convencional, ou seja, a interpretação que o tribunal realiza do corpo jurídico interamericano, inclusive aquela criada nos casos em que seu estado não seja parte, com a finalidade de criar um *standard* interpretativo sobre a aplicabilidade e efetividade da Convenção.

Denota-se que, quando o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF 153, a discussão centrou-se ao fato de a anistia ter sido um acordo de vontades da sociedade da época e de ter ou não abarcado os crimes conexos, passando totalmente ao largo da jurisprudência internacional de há muito pacificada.

Enquanto os vizinhos juízes latino-americanos há anos vinham se utilizando das decisões da Corte IDH para fundamentarem suas decisões em casos afetos a anistias, no Brasil a discussão girou unicamente no plano interno. Mesmo os que estavam a defender a não aplicação da Lei da Anistia aos torturadores, o fizeram por razões éticas, ideológicas ou de interpretação acerca dos crimes conexos, ignorando por completo a jurisprudência internacional que já havia sido firmada quase uma década antes pela Corte IDH, como claramente se viu, por exemplo, nos dois votos vencidos na ADPF 153 do STF.

Essa situação exposta pelo STF, na verdade, não é nada diferente do quadro existente em todo o judiciário nacional, desde o primeiro grau. O controle difuso de convencionalidade raramente tem sido observado pelo judiciário, que, via de regra, ignora por completo tal dinâmica, salvo alguns precedentes isolados que começam a despontar no país²³⁶.

²³⁵ “A el juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal interamericano realiza del **corpus juris** interamericano con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad.” (MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MOLLER, Carlos María Pelayo. La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1º del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano, p. 8)

²³⁶ Nesse sentido, por exemplo, a decisão do Juiz Alexandre Morais da Rosa, nos Autos n. 0067370-64.2012.8.24.0023, que afastou a validade do artigo 331 do Código Penal em face do artigo 13 da Convenção Interamericana - Princípios Sobre a Liberdade de Expressão. Colhe-se dessa

Isso demonstra que os precedentes internacionais ainda são muito pouco trabalhados e que há uma resistência em aceitar as decisões que venham de outros tribunais que não sejam concordantes com a opinião majoritária social ou judicial do país.

Aliás, nesse ponto, é importante destacar que há uma espécie de seletividade a contento acerca dos precedentes internacionais, inclusive pelo STF. Isso porque, enquanto o Supremo, em alguns casos, tem adotado as decisões da Corte IDH, em outros ele os têm ignorado, como se fosse possível estabelecer uma lógica de precedentes *a la carte*, ou seja, escolhendo somente aqueles que estão ao agrado da Suprema Corte em determinado caso concreto.

Evidentemente, a lógica dos precedentes da Corte IDH deve ser linear, abarcando todos os seus atos, e o grande desafio dos operadores jurídicos nacionais passa a ser o conhecimento da vasta jurisprudência das cortes internacionais.

Assim, dúvidas não há, ao menos na interpretação afeta à sistematização internacional dos direitos humanos, quanto à não aplicabilidade da Lei da Anistia, porque, afinal, ela viola os tratados de direitos humanos a que o Brasil se vinculou e toda a sistemática jurisprudencial daí advinda.

Inclusive, há que se ressaltar no ponto que a sentença do caso Gomes Lund é posterior à decisão do STF na ADPF 153, a qual, aliás, ainda pende de julgamento de embargos de declaração, de modo que pode se dizer que a decisão vinculante, até aqui, é a da Corte IDH. Ao Brasil e ao Judiciário nacional cabe reconhecer seu papel no cenário mundial de proteção de direitos humanos, superar velhos dogmas, quiçá mantidos na velha sistemática da burocracia autoritária, e inserir-se definitivamente na proteção internacional dos direitos humanos.

decisão: “[...] cumpre ao julgador afastar a aplicação de normas jurídicas de caráter legal que contrariem tratados internacionais versando sobre Direitos Humanos, destacando-se, em especial, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC), bem como as orientações expedidas pelos denominados “*treaty bodies*” – Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, dentre outros – e a jurisprudência das instâncias judiciárias internacionais de âmbito americano e global – Corte Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Internacional de Justiça da Organização das Nações Unidas, respectivamente.” (Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade/>>. Acesso em: 18 maio 2016)

A conclusão de tal dialética, pois, é de que a Lei da Anistia brasileira não é uma barreira impeditiva ao processamento de militares acusados de graves crimes contra a humanidade, mesmo com a decisão do STF na ADPF 153.

Contudo, para além de tal conclusão, há outro ponto de necessária discussão no momento. É que além das diretrizes legais/universais acerca do processamento de tais crimes, é preciso discutir, também, se há razões e necessidades para que o direito penal intervenha em casos tais, tantos anos após sua ocorrência e com a democracia decorrente já consolidada, dentro dos parâmetros que se espera de um direito penal garantista e aliado aos ditames democráticos que o país escolheu pós 1988. Esse é o debate que se propõe no capítulo seguinte.

Capítulo 3

A PERSPECTIVA DA PENA AOS AGENTES DO REGIME MILITAR – FUNÇÕES E RAZÕES

3.1 O CONTEXTO

Como se viu até aqui, há razões de cunho jurídico, especialmente aliadas ao direito internacional, para se afastar as leis de anistia, ao menos em relação àqueles crimes considerados contra a humanidade, perpetrados por agentes do Estado contra civis, como foi o caso dos militares brasileiros que se desviaram inclusive da legalidade reinante no período de exceção e utilizaram a tortura como método sistemático de atuação. Isso sem contar os desaparecimentos forçados de pessoas, que, em boa parte, até hoje não tiveram os corpos encontrados pelos familiares.

Mas, além das razões jurídicas que até aqui se delineou, há também um aspecto filosófico/jurídico que se busca perquirir, acerca principalmente das funções, razões e necessidade da pena em casos tais.

A ditadura militar brasileira deixou o poder há quase 30 anos; o início do regime militar tem mais de meio século. O período mais duro do regime militar tem mais de 40 anos. A questão, a partir daí, reside no questionamento acerca das razões ou do porquê vale, ou não, ao Direito, punir tais agentes. Isso sem esquecer que no plano real, vários desses agentes, embora vivos, hoje contam com avançada idade, com vidas, em sua maioria, pacatas e que não apresentam qualquer risco atual à sociedade, ao menos não há nenhuma evidência disso.

Essa questão, evidentemente, é de resolução muito mais complexa do que a solução puramente jurídica, embora no plano legal não se exija das instituições a obtenção de tal resposta para os processos em curso. Do mesmo modo, não se tem a pretensão ilusória de apresentar uma resposta fechada sobre tal tema. Essa é uma questão eminentemente reflexiva.

Nesse ponto, aliás, é de se lembrar que o Brasil tem uma tradição de não lidar com as violências de sua história. O país foi o último a abolir a escravidão e sua sociedade pouco toca no assunto, apesar de contar com a segunda maior população negra do mundo. Há pouquíssima memória crítica do papel do País na guerra do Paraguai. A população indígena foi exterminada e a mendicância dos que

sobreviveram é exposta nas ruas das grandes cidades, sem que haja qualquer debate sério sobre o tema na sociedade nacional. Não bastasse, o Brasil ostenta o título de campeão mundial de homicídios, embora ainda povoe o imaginário popular (e por vezes jurídicos, como comprova o voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153) a dita natureza cordial de sua gente.

Com o legado da ditadura não é diferente. Não raro, a expressão mais utilizada no país é da “ditabranda”, advinda da ideia da existência de um grupo de estado que defendeu o país de “um perigo comunista”, e para isso utilizou da força em seu favor. Grande parte da sociedade brasileira prefere acreditar que esta *melhor assim*, e que deve isso à força e aos métodos utilizados pelos militares. Se “eu” ou “os meus” não foram diretamente vitimados, tudo bem.

Essa mesma parcela de cidadãos prefere não retirar a máscara que parece cercar a vida real para encarar o que passou nos porões, como se isso não fizesse parte da história da sociedade brasileira. Acredita-se, em grande parte, ou se prefere acreditar, que tais atos foram uma exceção, necessária em determinado período, contra um grupo pequeno, isolado e que não representava a comunidade brasileira.

É esse o cenário que se apresenta para a discussão sobre punir ou não, e é nele que se deve analisar a problemática proposta.

Mas antes ainda de tal discussão, cabe uma outra observação, que é bem lembrada por Lenio Streck, e que é absolutamente pertinente, embora lógica. É preciso lembrar que o motivo da discussão é a relevância sociojurídica da matéria, não questões e posições pessoais. Como lembra o professor gaúcho, para discutir seriamente tal assunto é preciso realizar um filtro acadêmico e deixar as visões de mundo de cada intérprete de lado, divergências dessa natureza não interessam ao mundo acadêmico e jurídico.

[...] em alguns posicionamentos, misturam-se, inclusive, as concepções pessoais com a análise jurídica (algo como “esquerda” e “direita” do Direito). Nesse sentido, é preciso fazer um alerta: esses tipos de manifestações traduzem-se, na verdade, em meras opiniões, que, em um contexto de tomada de decisão individual (no que se costuma chamar acertadamente de tomar partido), possuem relevância talvez política, mas não jurídica, isto é, não para o Direito. Ainda que seja impossível àquele que pretende dizer algo sobre o Direito estabelecer um grau zero compreensivo, não podemos confundir a inexorável afetação de nossas pré-compreensões com a subjetividade arbitrária do intérprete. Como já defendido em outras oportunidades, não podemos decidir “conforme a nossa consciência”. Juiz não escolhe. Juiz decide. Com efeito, a escolha se situa na dimensão de

superfície da enunciação. Não existe, por assim dizer, 'comprometimento existencial'.²³⁷

É a partir de tais premissas que se busca analisar a necessidade da pena, ou o amargor puro do esquecimento sobre a lógica de uma eventual conciliação nacional, como narrada, várias vezes, pelo Supremo na ADPF 153.

3.2 DO PERDÃO E DAS FUNÇÕES DA PENA À JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

A discussão inicial está afeta às vantagens da pena ao perdão estatal. A lógica do perdão, contudo, não deixa de estar vinculada a certa compreensão histórico-filosófica que acompanhou a evolução humana, em especial na pós-modernidade.

3.2.1 A lógica do perdão

Regra geral, aqueles que compreendem pela punição dos criminosos de estado baseiam-se na ideia da não repetição, é assim que se estabeleceu a idealização do *nunca mais*.

A dialética entre o perdão e a punição está presente, de há muito, na filosofia jurídica. Hannah Arendt²³⁸, por exemplo, ao examinar o holocausto, asseverou a existência de crimes aos quais não há pena possível, tampouco o perdão:

[...] na época, o horror, na sua monstruosidade, parecia, não apenas para mim, mas para muitos outros, transcender todas as categorias morais e explodir todos os padrões da justiça; era algo que os homens não podiam punir adequadamente, nem perdoar. [...] aqui estamos nós, exigindo e impondo punição de acordo com nosso senso de justiça, enquanto, por outro lado, esse mesmo senso de justiça nos informa que todas as nossas noções anteriores sobre punição e suas justificações nos desapontaram.

Já em *A condição humana*, Arendt traz a ideia de uma possível combinação entre perdão e punição, ao afirmar que a punição é uma alternativa ao perdão, não seu oposto, ambos, segundo ela, “têm em comum o fato de tentarem pôr fim a algo que, sem sua interferência, poderia prosseguir indefinidamente”²³⁹.

²³⁷ STRECK, Lenio Luiz. Os equívocos do Supremo Tribunal Federal do Brasil na interpretação da Lei de Anistia, p. 233.

²³⁸ ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 490.

²³⁹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2007, p. 253

Jaques Derrida, por seu turno, citado por Cláudia Perrone-Moisés²⁴⁰, levanta a questão sobre quem teria a prerrogativa de perdoar. Para o filósofo francês, é impossível a ideia do perdão por instituições públicas. Para ele, o perdão nada tem a ver com o julgamento e com a justiça judiciária, e só seria possível pelos próprios vitimados.

François Ost²⁴¹ destaca que punir ou responsabilizar é recordar. Para além das discussões a respeito dos fins e funções da pena, seria possível associá-las ao tempo, na medida em que a função preventiva se preocuparia com o futuro, a função reparatória com o presente e a função de retribuição estaria vinculada com o passado. A justiça da pena estaria na função de promover uma anamnésia, trazendo ao presente o mal passado, com a finalidade de verificar a importância da pena e evitar a repetição, evitando, ainda, o desejo cego de vingança.

Mas, além da compreensão acerca do perdão, saber até onde o direito penal pode ir na resolução dos fatos do passado é algo que precisa ser analisado, assim como qual é a utilidade da pena em tais casos.

Antes de analisar o caso específico, é necessário verificar, ainda que em linhas bastante gerais, como se compreendem as funções da pena nos dias atuais²⁴².

3.2.2 As teorias legitimadoras da sanção no direito penal

As teorias que justificam o castigo estatal dividem-se, especialmente, entre a retribuição e a prevenção. Há várias críticas a essas teorias. Todavia, na proposta do presente trabalho, vale analisar as principais vertentes de tal legitimação.

Partindo do pensamento alemão, encontram-se as teorias retributivas da pena. Elas buscam legitimar a ideia de que a pena serve para a realização de um ideário de justiça. Belling, um de seus adeptos, afirma que, da mesma forma que existe uma retribuição *in bonam partem* quando alguém pratica um fato louvável, a

²⁴⁰ PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **A justiça e o perdão em Jacques Derrida**. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/a-justica-e-o-perdao-em-jacques-derrida>>. Acesso em: 10 maio 2016.

²⁴¹ OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005. p. 127.

²⁴² Como lembra Salo de Carvalho, no ordenamento jurídico brasileiro, os princípios relativos à punição referem exclusivamente às formas de sanção e limites punitivos, ou seja, o constituinte abdicou da resposta ao 'por que punir?', direcionando os esforços para delimitar o 'como punir?' (CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de Criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 135).

pena é uma retribuição *in malam partem* pela prática de um ato ilícito. Logo, a pena é a retribuição negativa do fato²⁴³.

Essas teorias encontram amparo filosófico, dentre outros, em Kant. Para o citado filósofo, a pena é uma exigência ética irrenunciável e sua retribuição ao fato um imperativo categórico. É uma lei de causa e efeito. Como consequência, a pena deve ser executada a qualquer custo, ainda que não proporcione benefício algum, além desse ideário²⁴⁴. O filósofo alemão rejeita a ideia de que a pena possa ser instrumentada por meio da prevenção de crimes, porque isso significaria a admissão da punição dos criminosos com vistas a objetivos que o transcendem enquanto ser²⁴⁵.

Roxin²⁴⁶ esclarece que por detrás das teorias absolutas encontra-se a velha medida de Talião: olho por olho, dente por dente. Para as teorias retributivas²⁴⁷, portanto, a pena teria como objetivo exclusivo a imposição de um mal decorrente da violação do dever jurídico, encontrando nesse mal sua devida proporção e justificação²⁴⁸.

De outro lado, há as teorias relativas, para as quais a pena não visa à retribuição, mas à prevenção da prática de futuros crimes. Se na lógica das teorias absolutas a pena é consequência da delinquência do agente, nas teorias relativas a

²⁴³ BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**: la doutrina del delito-tipo. Buenos Aires: Depalma, 1944. p. 6.

²⁴⁴ KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. p. 176.

²⁴⁵ Assim com Kant, outro filósofo de grande importância que encampou tal teoria é Hegel. A teoria de Hegel tem em comum com a de Kant a ideia essencial de retribuição e reconhecimento de que entre o delito praticado e a sua punição deve haver uma relação de igualdade. A diferença entre elas repousa no fato de que a teoria hegeliana se aprofunda mais na construção de uma teoria positiva acerca da retribuição penal e na renúncia à necessidade de uma equivalência empírica no contexto do princípio da igualdade. Pode-se dizer que o pensamento de Hegel continua tendo certa influência na atualidade (v.g., Jakobs), mas convém lembrar que a 'função repressiva da pena não mais é vista como retribuição pelo fato, mas sim como compensação da culpabilidade (*Schuldausgleich*), e como expiação (*Sühne*)' (PRADO, Luiz Régis. **Teorias da Pena**: Breves Reflexões. Disponível em: <<http://www.regisprado.com.br/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Teoria%20dos%20fins%20da%20pena.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016).

²⁴⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Fundamentos. Madrid: Civitas, 1997. Tomo I, La estructura de la teoría del delito, p. 82.

²⁴⁷ Ferrajoli critica estas formulações, contudo, a partir da constatação de que tanto o modelo kantiano como o modelo hegeliano se amparam em uma premissa errônea, qual seja, a confusão entre direito e natureza, pois veem na pena a função de restauração de uma ordem violada, seja ela moral ou jurídica. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 321).

²⁴⁸ CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55.

pena se impõe para que o agente não volte a delinquir²⁴⁹. O castigo é justificado por sua utilidade, ou seja, pelos objetivos de prevenção aos que se dirigem. Com eles, busca-se uma finalidade utilitarista para a pena criminal. Há uma divisão em tais teorias entre teorias relativas da prevenção geral e especial.

A prevenção geral funda-se na ideia da ameaça da imposição da pena como coação geral, como modo de desestimular os potenciais delinquentes a praticarem um crime (prevenção geral negativa), ou como forma de reforçar a confiança da população no ordenamento jurídico, vez que a impunidade de um ato criminoso colocaria em xeque a eficácia do ordenamento jurídico (prevenção geral positiva).

No aspecto positivo, a prevenção geral busca reafirmar a confiança na norma por parte de todos os homens e não mais somente aos propensos criminosos. A pena passa a ser algo positivo para toda a sociedade, deixando de ter um caráter meramente intimidativo, orientando-se para o futuro, com o escopo de evitar a prática de delitos por qualquer integrante do corpo social²⁵⁰.

A prevenção especial, de seu turno, consiste na atuação sobre a pessoa do delinquente, para evitar que volte a delinquir no futuro. Assim, enquanto a prevenção geral se dirige indistintamente à totalidade dos indivíduos integrantes da sociedade, a ideia de prevenção especial refere-se ao delinquente em si, concretamente considerado, o qual deve ser contido. A prevenção especial se apoia basicamente na periculosidade individual, buscando sua eliminação ou diminuição. O ordenamento garante sua segurança com o atingimento de tal objetivo. Para tal teoria, a pena justa é a pena necessária.

Todavia, a teoria que acabou tendo maior espaço foi a teoria mista ou unificadora, com a defesa de uma junção de ideias das teorias absolutas com as relativas. Para essa teoria, a pena apresenta facetas preventivas e retributivas, as quais devem ser observadas conjuntamente. A partir dessa junção, objetiva-se

²⁴⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 89.

²⁵⁰ Essa teoria é cercada por diversas críticas, a exemplo de Cezar Roberto Bittencourt, para quem entre outras objeções demonstrou-se a ideia de um *homo economicus*, que avalia vantagens e desvantagens de sua ação e, conseqüentemente, desiste de cometê-la, porque o sistema jurídico-penal com a cominação da pena e a possibilidade de executá-la leva à conclusão (suposição) de que não vale a pena praticá-la. Infelizmente, esse *homo economicus*, que a fórmula da prevenção geral supõe, não existe (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, p. 92).

alcançar um conceito único de pena. A teoria dialética unificadora de Claus Roxin e o garantismo de Luigi Ferrajoli são as duas espécies de teorias unitárias²⁵¹.

Há que se referir, por último, a concepção agnóstica da pena criminal, defendida por Zaffaroni²⁵² a partir da obra de Tobias Barreto. Essa teoria sustenta a necessidade de limitação do poder punitivo estatal, mas o ato de punir, enquanto mero fato de poder, não encontra justificativa racional em nenhum fundamento, seja ele retributivista ou preventivo. A pena criminal, neste viés, seria apenas manifestação fática, em essência política, isenta de qualquer fundamentação jurídica racional. Tal como a guerra, a pena caracterizar-se-ia como meio extremo e cruel, isento de justificativa jurídica.

Logicamente, essas teorias, brevemente repassadas, não estão imunes a críticas²⁵³ em especial em relação à função real do direito penal, nelas reflexo. Salo de Carvalho²⁵⁴, por exemplo, crítica os ideais de justificação da pena, porque, para ele, as justificativas legitimadoras da pena historicamente apenas potencializaram a violência das agências punitivas, “[...] a par do fim nobre sempre houve correspondente espúrio”. O autor continua sua crítica concluindo que “[...] os fins retributivos ou preventivos, invariavelmente geram aporias, questões sem saída, pois, além de não serem passíveis de comprovabilidade, dependem de como o

²⁵¹ A teoria dialética unificadora de Roxin fundamenta que o direito de punir deve ser analisado em três momentos: cominação, aplicação e execução. Nesses três momentos estará sempre presente a finalidade da pena. A cominação é ligada à finalidade do Estado, haja vista ser a pena um instrumento de poder do Estado. Quanto à aplicação da pena, haveria um misto da teoria da prevenção geral, que é limitada pelas garantias constitucionais, e a prevenção especial, que possui limite na culpabilidade. Em relação à execução da pena, Roxin acredita na ressocialização do delinquente, ou seja, utiliza-se a função da prevenção especial (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, p. 92).

²⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 38.

²⁵³ Nesse sentido, Alessandro Baratta aduz que o núcleo central do enfoque idealista é representado pelas teorias dos fins da pena. A premissa fundamental dessas teorias é o axioma segundo o qual a pena é uma resposta à criminalidade, um meio de luta contra ela. Não obstante as opiniões acerca da questão sobre qual deveria ser a função primária ou fundamental dessa instituição, há dois séculos estão divididas entre os que sustentam que essa função deveria ser retributiva, os que sustentam que tal função deveria ser intimidativa (prevenção geral) e, enfim, os que são, antes, de parecer que essa função deveria ser reeducativa (prevenção especial). O duvidoso êxito de tão amplo debate tem sido uma teoria “polifuncional” da pena, que, atualmente, na maioria dos casos, põe o acento particularmente, na reeducação. Mas, por outro lado, a sociologia e a história do sistema penitenciário chegaram a conclusões, a propósito da função real da instituição carcerária na nossa sociedade, que fazem com que o debate sobre a teoria dos objetivos da pena pareça absolutamente incapaz de conduzir a um conhecimento científico desta instituição.” (BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 191).

²⁵⁴ CARVALHO, Salo. **Anti-manual de criminologia**, p. 199.

sujeito concreto que sofre o castigo, transformará sua experiência punitiva em ação”. A conclusão para o autor é que se faz necessário abdicar da resposta ao porque punir, direcionando esforços para como punir?

Na mesma linha, os autores abolicionistas, a exemplo de Louk Hulsman, não concordam com qualquer funcionalidade à pena, em verdade, propõem a substituição e a extinção do próprio sistema penal, ao qual não reconhecem legitimidade. Para Hulsman, a questão filosófica da pena é uma questão metafísica. Vingá-lo, responder com violência, não é a melhor forma de reação. Hulsman denota que a pena, para o reconhecimento de sua autoridade, demanda uma relação de concordância entre autor e vítima, o que, sabe-se, não ocorre no caso da ditadura brasileira, o que acarreta um certo problema de legitimidade da função penal:

[...] se não há uma relação entre aquele que pune e aquele que é punido, ou ausente o reconhecimento da autoridade, estaremos diante de situações em que se torna extremamente difícil falar de legitimidade da pena. Se a autoridade for plenamente aceita, poderemos falar de uma pena justa. Se, ao contrário, houve uma total contestação da autoridade, não teremos mais uma pena verdadeira, mas pura violência. Entre estes dois extremos, podemos imaginar toda sorte de situações intermediárias.²⁵⁵

Na mesma linha, Foucault lembra que é preciso antes de tudo “desfazer-se da idéia de que a pena seja, principalmente (se não exclusivamente), um modo de repressão de delitos [...] é preciso antes analisar os concretos sistemas punitivos, estudá-los como fenômenos sociais, dos quais não pode dar conta a só armadura jurídica da sociedade, nem as suas escolhas fundamentais”²⁵⁶.

Dito isso, cabe questionar se as teorias tradicionais da pena são válidas e justificam a intervenção do direito penal no quadro da Justiça de Transição.

Aos que defendem a ideia da validade da Lei da Anistia e a não punição, o propósito de ressocialização, decorridos trinta anos, pouco sentido faz. A prevenção geral negativa é criticada, por exemplo, por António Martins²⁵⁷, por compreender que

²⁵⁵ HULSMAN, Louk; DE CELLIS, Janqueline Bernart. **Penas Perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993. p. 87.

²⁵⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 7.

²⁵⁷ MARTINS, António. Direito penal como instrumento da política? Sobre os limites da argumentação a favor e contra a “superação do passado” por meio do direito penal. Tradução de João Manoel Fernandes. In: PRITTWITZ, Cornelius et al. (Orgs.). **Justiça de Transição**: Análises Comparadas Brasil x Alemanha. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, 2015. (p. 206-229), p. 208. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/>>

criminosos de Estado não entram por regra em consideração com o fato de que irão perder o seu poder. O citado autor defende que é mais plausível, nesse ponto, defender a ideia da prevenção geral positiva, e mesmo assim ele acredita que a expectativa de evitar, através da punição de crimes de Estado passados, a tomada do poder por regimes autoritários, significa uma sobrevalorização das capacidades do Direito²⁵⁸.

A retribuição, de seu turno, nessa linha crítica, também não serve, porque em constelações catastróficas uma compensação da culpa fica excluída. A questão para Martins é: “como seria possível insistir no caráter expresso da pena como veredicto de culpa e ao mesmo tempo rejeitar o seu caráter de infligência de um sofrimento?”²⁵⁹.

Mas, para entender esse ponto, é preciso, antes de tudo, compreender como evoluiu a ideia dos *crimes de estado*, que vai gerar influências no caso ora em análise.

3.3 OS CRIMES DE ESTADO

O saber criminológico nos últimos anos, em especial desde o pós-guerra, tem se deparado com situações que fogem da tradicional concepção conduta do agente vs. resposta do Estado. Essa tradicional dicotomia encontra um campo de estudo distinto no que tange aos crimes praticados por agentes do próprio Estado em um contexto de reiteradas violações de direitos humanos.

Na criminologia contemporânea, há ainda pouco espaço para tal discussão, embora, inegavelmente, tal espaço tenha ganho fôlego nos últimos anos. Zaffaroni anota que a criminologia, ao longo do tempo, vem desprezando essa categoria, a qual, em termos morais, é a que mereceria maior atenção, uma vez que é voltada a comprometer um número maior de seres humanos do que os delitos tradicionais. Além disso, os agentes criminosos não enfrentam os valores da sociedade de seu tempo, mas buscam reforçá-los. Trata-se de crimes no bojo de uma hierarquia em

anistia/anexos/justica_transicao_analise_comparada_brasil_alemanha.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

²⁵⁸ MARTINS, António. Direito penal como instrumento da política? Sobre os limites da argumentação a favor e contra a “superação do passado” por meio do direito penal, p. 209.

²⁵⁹ MARTINS, António. Direito penal como instrumento da política? Sobre os limites da argumentação a favor e contra a “superação do passado” por meio do direito penal, p. 209.

que há um agente treinado e aceito em certos contextos políticos, não meramente um psicopata no exercício da função²⁶⁰.

Todavia, independentemente da categoria que se designe, é certo que os postulados tradicionais do direito penal, em sua maioria, continuam em vigor, mesmo em tais circunstâncias. Não muda, por exemplo, a conotação de que a atuação do direito penal é voltada a superar o passado. A pena é sempre uma volta ao passado que necessita de superação. O passado nunca é “em si”, ele sempre é produto de reconstrução histórica²⁶¹.

A questão em situações de crimes de estado analisada no caso brasileiro é até que ponto vale recuperar o passado com a penalização dos agentes. Como questiona Dirk Fabricius²⁶²: será o processo penal um fator que promova o objetivo de “superação do passado”? Ou vale, como entendeu o Ministro Marco Aurélio em seu voto na ADPF 153, não tratar de reabrir velhas feridas, já cicatrizadas?

Independentemente da linha de resposta que se escolha, uma coisa é certa: é preciso superar o ocorrido no passado para a própria evolução humana, porque, como lembra Günther Jakobs²⁶³, “se o passado fosse nada mais que o passado, não haveria nada a superar”. Mas não é assim. Do que se trata então a superação do presente perturbado pelo passado?

O citado autor alemão, ao comentar a questão dos crimes cometidos na Alemanha Oriental e no nazismo, lembra que o direito penal não cura as feridas das vítimas, ele só faz com que ao mal sofrido pela vítima siga um novo mal que é a

²⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El crimen del Estado como objeto de la criminología**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r20412.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016, p. 38.

²⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. Os equívocos do Supremo Tribunal Federal do Brasil na interpretação da Lei de Anistia, p. 238.

²⁶² FABRICIUS, Dirk. Por que razão é a anistia demasiado pouco e a pena um erro? A incumbência de uma Comissão de Verdade e Reconciliação. Tradução de João Manoel Fernandes. In: PRITTWITZ, Cornelius et al. (Orgs.). **Justiça de Transição: Análises Comparadas Brasil x Alemanha**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, 2015. (p.144-176), p. 152. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/justica_transicao_analise_comparada_brasil_alemanha.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

²⁶³ JAKOBS, Günther. ¿Superación del pasado mediante el Derecho Penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del derecho penal tras una fractura del régimen político. Tradução para o espanhol de Patricia S. Ziffer (Universidad de Buenos Ayres). **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, ISSN 0210-3001, Tomo 47, Fasc/Mes 2, 1994, p. 137-158, p. 137. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46455>>. Acesso em: 10 abr. 2016. Traducción del original alemán: Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch, publicado en: ISENSEE (comp.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht - Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem, Berlin, 1992. No original em espanhol: “Naturalmente, si lo pasado no fuera mas que pasado, no habría nada que superar”.

pena. Com relação às sociedades saídas de uma ruptura política, ele estabelece três condições para a punição dos fatos passados: primeiro, que o fato seja previsto como crime à época de seu cometimento; segundo, que a pena seja necessária para restabelecer a vigência da norma lesada e; terceiro, que o ordenamento jurídico reconheça a si mesmo e seja reconhecido por suas fontes positivas e decisões concretas afetas ao ordenamento²⁶⁴.

É possível dividir tal questionamento em dois pontos em termos globais. De um lado, há sociedades que saíram de Estados totalitários, em que os criminosos de estado praticaram atos que não eram previstos como crime em seu tempo, atendendo a uma legalidade então vigente, embora partindo de atos claramente injustos. De outro lado, há sociedades em que mesmo a conduta praticada pelos agentes do estado saiu da legalidade prevista pelo próprio regime autoritário.

Tratando do primeiro caso – Estados em que os agentes agiram dentro da legalidade vigente – há interessante posição de Jakobs, em ensaio publicado em 1992, no qual ele defende que, se após a ruptura do Estado totalitário não existir discussão acerca da solidificação da democracia ou traços do totalitarismo, é possível renunciar à sanção penal.

*[...] una sociedad firme, segura de sí misma, se puede dar el lujo de la generosidad; pues en ella un hecho punible no puede actuar como un ejemplo fuertemente atractivo. Dicho nuevamente con un ejemplo: si en una sociedad un giro hacia el totalitarismo queda completamente fuera de discusión, frente a intentos totalitarios residuales, será suficiente reacción encogerse de hombros sin comprender.*²⁶⁵

Ao tratar especificamente do caso das sentinelas do Muro de Berlim²⁶⁶, Jakobs defende uma polêmica posição ao afirmar que se os fatos não eram puníveis

²⁶⁴ JAKOBS, Günther. ¿Superación del pasado mediante el Derecho Penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del derecho penal tras una fractura del régimen político, p. 139.

²⁶⁵ JAKOBS, Günther. ¿Superación del pasado mediante el Derecho Penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del derecho penal tras una fractura del régimen político, p. 139.

²⁶⁶ O caso se referia a soldados responsáveis pela guarda do Muro de Berlim que separava a parte ocidental da parte oriental da cidade. Os soldados do Muro recebiam ordem de atirar contra qualquer pessoa que tentasse passar, sem autorização, para o setor ocidental da cidade. Dezenas de pessoas morreram ou foram feridas na tentativa de atravessar “ilegalmente” esta fronteira. Processados após a anexação da Alemanha socialista, os soldados defenderam sua inocência dizendo que: primeiro, executavam ordens de seus superiores; segundo, a obrigação de atirar contra quem tentasse fugir do país era prevista em lei; terceiro, eventual descumprimento dos deveres militares lhes exporia a duras punições”. Mesmo assim, vários soldados e funcionários do regime socialista foram condenados. (DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciante invejoso**: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça. São Paulo: RT, 2005. p. 12-13.

à época do cometimento, ainda que no Estado totalitário, eles serão melhor compreendidos como equivocada política do que como crimes, e se já houve uma reforma cognitiva suficiente no Estado, pouco satisfatória será para as vítimas que ainda vivem e seus parentes uma resposta penal, que, nesse caso, não seria nada mais que uma vingança.

¿Debe quedar sin pena todo esto? Visto a partir de las víctimas, no debería ser así. ¿Por que una víctima debería interesarse por la punibilidad en el lugar del hecho? ¿Por qué una víctima no debería entender como criminalidad a la política de sometimiento? ¿Y, por que una víctima no podría demostrar mediante la punición de los autores cuan seria es su exigencia de ser reconocida? Ciertamente, en el caso de la víctima, la situación es especial: ella no conoce las vinculaciones del Estado de derecho, no debe aceptar como política aquello que la hace sufrir, y cuando pena allí donde ya no es necesario para el mantenimiento del Orden, es decir, por venganza, entonces, es difícil discutir al respecto con ella. Pero IDS ciudadanos de la DDR no eran solamente víctimas; la situación es diferente a la de los judíos cuando capturaron a Eichmann. Cabe agregar algo más: la víctima que encierra a su opresor o lo mata, o en todo caso to saca de su círculo visual, protesta de este modo contra la disminución de su persona; ejerce venganza. El Estado no ejerce venganza, tampoco reacciona solamente contra el daño a sus víctimas. El Estado reacciona más bien contra el daño a la generalidad, al quebrantamiento del derecho, y ello, por cierto, libre de la emoción con la cual la víctima se dirige, como víctima, a su opresor.²⁶⁷

Entretanto, essa posição não foi adotada sequer pelo Tribunal Constitucional Alemão ou pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, mesmo no caso das sentinelas do Muro de Berlim, no qual se adotou a tese da famosa “Fórmula de Radbruch”. Citada fórmula, em resumo, dispõe que a validade das normas jurídicas não depende da justiça ou injustiça de seu conteúdo, salvo quando este seja insuportavelmente injusto, como se entendeu naqueles casos²⁶⁸.

²⁶⁷ JAKOBS, Günther. ¿Superación del pasado mediante el Derecho Penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del derecho penal tras una fractura del régimen político, p. 154.

²⁶⁸ A fórmula de Radbruch é citada na íntegra por Alexy, um de seus defensores: “*El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley ‘positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como ‘Derecho injusto’ ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo ‘Derecho injusto’, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica.*” (ALEXY, Robert. Una defensa de la Fórmula de Radbruch. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña**, n. 5, p. 75-96, 2001. Disponível em: <<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2109/AD-5-4.pdf;jsessionid=3B1116A68E4F8B6B2998B2501378CDAE?sequence=>>>. Acesso em: 30 maio 2016)

A Fórmula limita a aplicação do Direito positivo, uma vez que este “estaria submetido ao critério da ‘medida de justiça’, retirando o caráter jurídico de determinadas condutas que ultrapassam o ‘umbral da injustiça extrema’”²⁶⁹.

Embora criticada por conta de uma eventual negação do princípio *nulla poena sine lege*, a Fórmula foi aceita pelo Tribunal Constitucional Alemão em vários casos²⁷⁰, a começar por aqueles envoltos em julgamentos do Terceiro Reich, até o caso das sentinelas do Muro da Alemanha Oriental. A tese foi defendida, dentre outros, por Robert Alexy, para quem a “aplicação da Fórmula não cria nenhum novo tipo penal, senão que elimina as causas de justificação de um regime injusto, e sua aplicação não modifica retroativamente a norma, senão que somente se constata como era a situação jurídica no momento do fato”²⁷¹.

No caso brasileiro, há quem defenda a aplicação da Fórmula de Radbruch para se afastar a validade da Lei da Anistia²⁷². Entretanto, punir ou não os militares não é um caso que sequer aceite a discussão da Fórmula de Radbruch, por uma razão bastante simples: é que, ao contrário do caso alemão, no regime militar brasileiro, os agentes que praticaram crimes em nome do Estado não estavam atuando com base em nenhuma normativa legal. Mesmo a legalidade autoritária não previa a tortura, que era negada ao grande público, e tampouco os desaparecimentos forçados, muitos dos quais até hoje negados. Como lembra Lenio

²⁶⁹ MARTINS, Fábio Henrique Araujo. Uma análise da ADPF 153 desde a Fórmula de Radbruch e da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 9, p. 43-53, fev. 2011, p. 46. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/uma_analise_da_adpf_153_desde_a_formula_de_radbruch_e_da_jurisprudencia_da_corte_interamericana_de_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 30 maio 2016)

²⁷⁰ Enfatizou a Corte alemã: “*La relación entre los así vinculados criterios de la fórmula de Radbruch y de los derechos humanos protegidos por el Derecho de Gentes ha sido precisada por la Corte Suprema Federal en el sentido de que a los criterios de la fórmula de Radbruch, difíciles de operar a causa de su indeterminación, se les habrían añadido pautas de evaluación más concretas, dado que los pactos internacionales sobre derechos humanos ofrecerían puntos de apoyo para ello, cuando un Estado lesiona derechos humanos según la convicción de la comunidad jurídica universal. Esta valoración se ajusta a la Ley Fundamental.*” (Decisão disponível em: VIGO, Rodolfo Luis. **La Injusticia Extrema no es Derecho**. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA – La Ley, 2006. p. 73-99.

²⁷¹ ALEXY, Robert. Una Defensa de la Fórmula de Radbruch. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña**, n. 5, p. 79. Disponível em: <<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2109/AD-5-4.pdf;jsessionid=3B1116A68E4F8B6B2998B2501378CDAE?sequence=>>>. Acesso em: 30 maio 2016)

²⁷² Nesse sentido: MARTINS, Fábio Henrique Araujo. Uma análise da ADPF 153 desde a Fórmula de Radbruch e da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Streck²⁷³, “não se trata de fingir que as pessoas no passado tinham como descobrir a injustiça da lei. Elas sabiam que nenhum país permite a tortura”. Portanto, a discussão no caso brasileiro, não reside em qualquer critério de obediência hierárquica ou justiça do direito de sua época.

É impossível que qualquer agente que tenha se dedicado à tortura sistemática de pessoas presas, legal ou ilegalmente, ou que tenha participado de atos de estupro e outras violações sexuais no cárcere, possa em algum momento ter acreditado que atuava conforme o direito, por mais que sincera e ingenuamente acreditasse no discurso de que atuava em *defesa do país contra os terroristas*²⁷⁴.

Por isso é que Zaffaroni vai chamar a atenção para a importância da comunicação social desse tempo, que, assim como hoje ainda é, representa fator preponderante na continuidade de fatos criminosos, porque faz com que a sociedade de seu tempo prefira não investigar, não saber e não querer tomar parte no que está acontecendo. Como lembra o professor argentino, “todos sabem da existência dos fatos atrozes, mas se omitem de qualquer ato a respeito, não existe desinformação, mas negação do fato”²⁷⁵.

Há uma indiferença moral da opinião pública em muitos desses fatos, que acaba tendo reflexos inclusive na criminologia. Para Zaffaroni²⁷⁶, os crimes de estado, hoje, representam o grande desafio da criminologia, em virtude da gravidade dos fatos e da massiva vitimização.

O autor lembra que nenhum crime de Estado é cometido sem antes se ensaiar um discurso justificante de prevenção. O autor do ilícito é produto de um sistema de aprendizagem profissional, imposto em larga escala pelo Estado que impõe sua violação. O discurso da *guerra suja* acaba por impregnar tais sujeitos. “[...] o criminoso de estado se considera um mártir, sacrificado por sua ingenuidade e boa-fé política e pelo oportunismo e pela falta de escrúpulos daqueles que tomaram

²⁷³ STRECK, Lenio Luiz. Os equívocos do Supremo Tribunal Federal do Brasil na interpretação da Lei de Anistia, p. 238.

²⁷⁴ Contra tal discurso, há de serem lembradas, por exemplo, as várias denúncias de sevícias sexuais no cárcere, incapazes, sob qualquer prisma, de serem justificadas como um ato de guerra.

²⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El crimen de Estado como objeto de la criminología**. No original “*todos saben la existencia de hechos atroces, pero se omite cualquier acto al respecto; no existe desinformación sino negación del hecho.*” (p. 4).

²⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El crimen de Estado como objeto de la criminología**, p. 3.

o poder²⁷⁷. O criminoso de estado quase sempre se apresenta como um moralista, como um verdadeiro líder moral de sua comunidade.

A tese de Zaffaroni é comprovada empiricamente, como se nota ao ler a justificativa pública lançada pelo General Carlos Alberto Brilhante Ustra²⁷⁸, um dos mais famosos e reconhecidos agentes da repressão brasileira:

Nossos acusadores reclamam com frequência de nossos interrogatórios. Alegam que presos inocentes eram mantidos horas sob tensão, sem dormir, sendo interrogados. Reclamam também de nossas 'invasões de lares', sem mandados judiciais. É necessário explicar, porém, que não se consegue combater o terrorismo amparado nas leis normais, eficientes para um cidadão comum. Os terroristas não eram cidadãos comuns.

A partir de tal compreensão acerca do apoderamento do discurso é que Zaffaroni²⁷⁹ identifica cinco técnicas de neutralização, sempre presentes nos crimes de estados: (i) a negação da responsabilidade, seja pela negação dos fatos ou por sua descrição; (ii) pela negação da lesão; (iii) pela negação da vítima, colocando-a na posição de terrorista ou traidora; (iv) condenação moral dos que buscam indenizações; (v) o apelo a aspectos afetos a deveres de consciência.

Essas cinco técnicas de neutralização são claramente verificadas na análise do caso brasileiro. Até hoje não há reconhecimento oficial das Forças Armadas brasileiras acerca da totalidade de suas violações no contexto de sua participação no evento. A tortura como método sistemático de atuação é ainda negada. As vítimas dos crimes de estado são tratadas por esses atores como terroristas, pura e simplesmente. As indenizações pagas pelo Estado brasileiro são questionadas, tanto que se cunhou a jocosa expressão *bolsa-ditadura*. Além disso, o discurso de que os militares salvaram o Brasil do comunismo ainda é o mais adotado nos círculos militares e por grande parte da população²⁸⁰.

²⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El crimen de Estado como objeto de la criminología**, p. 4.

²⁷⁸ USTRA, Carlos Alberto Brilhante. **Rompendo o Silêncio**. Brasília: Editera, 1987. p. 15.

²⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El crimen de Estado como objeto de la criminología**, p. 5.

²⁸⁰ Nesse sentido, observa-se o Manifesto dos Militares Brasileiros Reformados em face da Comissão Nacional da Verdade: "Nós, Generais-de-Exército, antigos integrantes do Alto Comando do Exército e antigos Comandantes de Grandes Unidades situadas em todo o território nacional, abominamos peremptoriamente a recente declaração do Sr. Ministro da Defesa à Comissão Nacional da Verdade de que as Forças Armadas aprovaram e praticaram atos que violaram direitos humanos no período militar. [...] O que nós, militares fizemos foi defender o Estado brasileiro de organizações que desejavam implantar regimes espúrios em nosso país. Temos orgulho do passado e do presente de nossas Forças Armadas. Se houver pedido de desculpas será por parte do ministro. Do Exército de Caxias não virão! Nós sempre externaremos a nossa convicção de que salvamos o Brasil! (Disponível em: <<http://www.ternuma.com.br/>

3.4 O PAPEL DO DIREITO PENAL NA RESOLUÇÃO DO PASSADO

Analizada a questão dos crimes de estado, o questionamento que cabe fazer a partir daí é se o direito penal tem alguma função na resolução do passado.

Vale dizer, de antemão, ser inconteste que ao direito penal não é lançada a missão (salvo em um discurso puramente simbólico) de resolução de todos os problemas do passado. Tampouco se imagina que o direito penal vá alterar completamente a formação política de uma sociedade. Essa é uma pretensão que qualquer análise que não seja puramente ingênua deve afastar.

Do mesmo modo, não se imagina um direito penal máximo, capaz de resolver todos os problemas de uma determinada ordem-política. Entretanto, se a pena pode ter alguma função simbólica de anamnese, não há dúvidas de que ela deve estar restrita aos tipos de crimes vinculados a graves violações de direitos humanos²⁸¹.

Contra a opção pela utilização do direito penal, há vários argumentos que merecem análise. Para a compreensão de Dimoulous e Sabadell²⁸², dentre tantos outros doutrinadores na mesma linha, “quando a opção prevalecente na Justiça de Transição é não punir criminalmente, nem atribuir outra forma de responsabilidade jurídica aos agentes do regime anterior (como no caso das anistias amplas), não temos “crimes” e “ilícitos” que permanecem impunes”. Dimoulous e Sabadell também compreendem que “decidir responsabilizar os agentes da ditadura décadas após a ocorrência dos fatos gera uma responsabilização não esperada, que muda retroativamente a valoração de certos fatos. Isso pode gerar novos conflitos e ferir imperativos do sistema jurídico (integridade, segurança jurídica)”²⁸³.

Por fim, os citados autores compreendem que, aqueles que buscam a punição penal, assim só o fazem por inconformismo e clamor de justiça no plano abstrato, não jurídico.

Quem lamenta a impunidade faz uma inversão retórica da situação real. Sente-se inconformado e apresenta seu pedido de responsabilização como queixa de impunidade. Talvez esse protesto seja politicamente correto. Mas

index.php/art/2213-manifesto-a-nacao-brasileira-generais-de-exercito-da-reserva-do-exercito-brasileiro>. Acesso em: 10 jun. 2016)

²⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El crimen de Estado como objeto de la criminología**, p. 10.

²⁸² DIMOULIS, Dimitri; SABADELL, Ana Lucia. **Anistia**: a política além da Justiça e da Verdade. Disponível em: <https://www.academia.edu/1615328/Anistia_A_pol%C3%ADtica_al%C3%A9m_da_justi%C3%A7a_e_da_verdade>. Acesso em: 30 abr. 2016, p. 4.

²⁸³ DIMOULIS, Dimitri; SABADELL, Ana Lucia. **Anistia**: a política além da Justiça e da Verdade, p. 6.

juridicamente tenta transformar em crimes atos juridicamente lícitos. Estamos diante de construções que atribuem *ex post facto* significado de ilicitude-reprovabilidade a certas condutas, modificando a primeira avaliação. Isso é uma decisão política e como tal deveria ser assumida. Por fim, o discurso sobre a impunidade é reducionista, pois identifica a responsabilidade individual e coletiva com a punição penal-estatal. Sempre há espaço para a responsabilização social não sendo a ausência de penalização sinônimo de impunidade.²⁸⁴

Essa linha argumentativa também é seguida por Swensson Júnior²⁸⁵, que aponta as seguintes desvantagens na persecução penal: (i) a criação de riscos à concretização e à estabilidade da recém-instaurada democracia; (ii) a perpetuação ainda maior da criminalidade ou a violação dos direitos fundamentais praticados pelos agentes estatais como resposta à persecução penal; (iii) a promoção da vingança dos antigos reprimidos políticos contra os seus repressores, no lugar de uma correta e imparcial aplicação do direito; (iv) o perigo de se fomentar a hostilidade social; (v) o perigo de se fazer do tribunal um palco para discussões políticas e morais sobre a criminalidade e abusos do passado, com o risco de o réu ser julgado e punido não pelos seus atos, mas como bode expiatório de todas as atrocidades praticadas pelo regime anterior; e (vi) a superação de critérios consagrados do direito, no intuito de se punir a qualquer custo os acusados por crimes relacionados à repressão política estatal.

Entretanto, com a devida vênia aos posicionamentos citados, todos eles são passíveis de serem plenamente afastados no caso brasileiro.

Com efeito, de plano é preciso destacar que soa absolutamente dissonante que o direito penal seja utilizado em larga escala no mundo moderno, e em especial no Brasil, por vezes criminalizando condutas típicas de um Estado meramente regulamentador de atividades cotidianas, mas seja afastado da aplicação nos mais atrozes fatos praticados pelo homem em sua existência.

É até possível a defesa, a depender da linha crítica que se siga, quanto à abolição do direito penal no seu todo, como Hulsman, para quem é preciso abolir completamente o direito penal, que nada de positivo produz, para, em seu lugar, nascer algo novo, até porque é inegável que a criação de determinados tipos penais é artificial, e é a Lei que acaba, em certos casos, por criar o criminoso, como lembra

²⁸⁴ DIMOULIS, Dimitri; SABADELL, Ana Lucia. **Anistia**: a política além da Justiça e da Verdade, p. 5.

²⁸⁵ SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert. **Anistia Penal**: Problemas de Validade da Lei de Anistia Brasileira (Lei 6.683/79), p. 94.

o autor em famosa afirmação, “um belo dia o poder político deixa de caçar bruxas e aí não existem mais bruxas”²⁸⁶.

Mas, ao mesmo tempo, não pode ser ignorado o fato de que o direito penal, apesar de todas as críticas, é considerado um instrumento legítimo em cada Estado de Direito que efetivamente funcione²⁸⁷. Além disso, não há nada que justifique um pretense abolicionismo penal para uma só espécie de crime ou de pessoas, sob pena de estarmos diante de uma seletividade de criminalização de condutas inversamente proporcional ao seu grau de lesividade.

Aliás, não há como não identificar essa defesa da não punição e não atuação do direito penal com a velha crítica advinda da criminologia, em especial da criminologia crítica, de que, na realidade e na prática cotidiana, o sistema de poder não escolhe as condutas que quer punir, mas sim os atores que quer atingir, crítica que normalmente é direcionada para os atores mais desfavorecidos do sistema, mas que, nesse caso, assume aspectos invertidos, vez que busca afastar um determinado estrato social da punição.

Ademais, quem fala ocasionalmente na discussão jurídico-política sobre a falta de legitimidade do direito penal cotidiano vê-se ao mesmo tempo forçado a pensar em alternativas correspondentes e explicar por que é que exatamente no caso das graves violações dos direitos do homem se deveria prescindir do direito penal, que já existe e é legitimado através do processo democrático²⁸⁸.

Quanto aos efeitos da não punição e a consolidação futura da impunidade, reconhece-se ser impossível dizer com convicção plena se a punição ou não dos torturadores de estado vai promover a repetição desses atos no futuro. Mas é possível extrair diversas conclusões da realidade que vivemos, três décadas após o fim do regime autoritário, como reflexos desse comportamento.

Lenio Streck aduz que:

Talvez inconscientemente estejamos sendo reféns desse “olhar generoso” que dirigimos à Lei da Anistia. Por que reféns? Porque não estamos conseguindo punir os crimes que colocam em xeque os objetivos da

²⁸⁶ HULSMAN, Louk; DE CELLIS, Janqueline Bernart. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*, p. 54.

²⁸⁷ MARTINS, António. *Direito penal como instrumento da política? Sobre os limites da argumentação a favor e contra a “superação do passado” por meio do direito penal*, p. 211.

²⁸⁸ MARTINS, António. *Direito penal como instrumento da política? Sobre os limites da argumentação a favor e contra a “superação do passado” por meio do direito penal*, p. 208.

República. É visível que não estamos “querendo” usar o Direito Penal para “jogar duro” com a delinquência “asséptica” (colarinho branco etc.). Do mesmo modo como não conseguimos punir os torturadores. Aliás, ainda hoje, o crime de abuso de autoridade é considerado “crime de menor potencial ofensivo”...! Ou seja, efetivamente precisamos fazer um ajuste de contas com a história.

Luciano Oliveira²⁸⁹ traça um paralelo entre o eterno retorno de Nietzsche e a situação nacional, com um interessante exemplo que ajuda na compreensão do tema:

Na manhã de 27 de agosto de 1993, no Recife, cidade onde em 1964 o líder comunista Gregório Bezerra foi amarrado e arrastado pelas ruas, enquanto era espancado a coronhadas por um oficial do Exército, foi inaugurado o primeiro monumento no Brasil para homenagear as vítimas da repressão militar. Nome do monumento: Tortura Nunca Mais. [...] Menos de 48 horas depois, no Rio de Janeiro ocorreu a chacina de vigário Geral. Número de mortos: 21. Alguns meses antes já havia ocorrido a chacina da Candelária: 7 mortos. E menos de um ano antes, no massacre do Carandiru, os mortos atingiram a cifra impressionante de 111. Só considerando esses três acontecimentos, o aparato de repressão do Estado – de forma oficial no caso de Carandiru e de forma clandestina nos outros dois – foi responsável, em menos de um ano pela morte de 139 pessoas, das chamadas classes populares. Detalhe: é um número praticamente igual aos dos desaparecidos políticos durante o regime militar – 138 pessoas. [...] Ao invés de nos vangloriarmos com um vibrante Nunca mais, não seria o caso de cairmos na real e nos resignarmos com a perspectiva de um eterno retorno?

Aliás, na mesma esteira do autor acima mencionado, pode-se pensar o *eterno retorno* em outro caso emblemático, o do assassinato do Deputado Rubem Paiva, em comparativo com o recente homicídio do pedreiro Amarildo em uma favela carioca.

Rubem Paiva foi detido em sua casa por agentes estatais, e levado a um departamento de polícia. Dali em diante sua família nunca mais o viu. A versão oficial é de que ele fugiu e em confronto acabou morrendo por seus próprios pares. Quase 40 anos depois, o pedreiro Amarildo também foi detido em sua comunidade por policiais, são, com vida e sem acusação formal ou mandado judicial. Tempos depois, descobriu-se que seu corpo e sua vida também haviam desaparecido.

A versão oficial dos agentes do estado nos dois casos foi a mesma – a negação da realidade e a culpa da própria vítima por seu destino. A verdade: os dois foram torturados e assassinados por agentes estatais, sem que tivessem cometido

²⁸⁹ OLIVEIRA, Luciano. **Do Nunca Mais ao Eterno Retorno**: Uma reflexão sobre a tortura. São Paulo: Brasiliense, 2009. p. 13-14.

qualquer crime. Essa situação é descrita pelo depoimento de Marcelo Rubem Paiva, filho de Rubem Paiva:

Amarildo tinha cinco filhos, meu pai tinha cinco filhos, Amarildo foi levado de casa, meu pai também. O corpo do Amarildo foi levado de madrugada por uma viatura militar, assim como meu pai. Meu pai não tinha nenhuma acusação contra ele e o Amarildo também não. A morte dele foi determinada por um major, assim como o meu. O Brasil continua o mesmo.²⁹⁰

Essa situação demonstra bem como o País ainda não conseguiu lidar com seu passado de autoritarismo, e como as práticas estatais e os sistemas de repressão ainda não conseguiram lidar firmemente com o legado da ditadura.

A tortura, infelizmente, embora não mais como prática sistemática de uma política de estado, ainda não sumiu das repartições policiais, mesmo que, em grande parte das ocasiões, a sociedade não lembre ou prefira não tocar no assunto. Esse legado autoritário, que já foi lembrado no primeiro capítulo, infelizmente remete à mesma análise da época da ditadura, porque as vítimas, em regra, não pertencem ao estrato social que detém voz ativa no País. Se não há a indignação dessas classes sociais, a conduta, nota-se, permanece atuante, não raro com o objetivo de acalmar essas mesmas classes sociais que não se importam com o que não veem, mas que comemoram a pseudosseguurança da repressão a qualquer custo.

Não fosse só isso, independentemente da teoria da pena que se justifique ou se legitime, há um direito das vítimas e de toda a sociedade (porque não é possível se pensar que atos estatais sistemáticos de violência vitimem apenas o seviciado) de buscar uma efetiva persecução penal dos delitos de tal estirpe.

Como aduz Huhle²⁹¹ “a essência do que significa a ideia de direitos humanos e de sua proteção é que se os delitos de lesa-humanidade não são sanções, o que passa a estar em questão é a vida humana como tal”.

²⁹⁰ PAIVA, Marcelo Rubem. **Depoimento**. Disponível em: <<http://www.tribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/atualidades/marcelo-rubens-paiva-e-ivo-herzog-abordam-casos-da-ditadura-em-debate/?cHash=9fcf54ba5360f069a7712031ceb9498d>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

²⁹¹ HUHLE, Rainer. **De Nürenberg a la Haya**. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/nuremberg/nuremb2.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2016. No original: “Creo que aquí estamos llegando a la esencia de lo que significa la idea de los derechos humanos y de su protección: Como bien dice la expresión castellana – que no existe en otros idiomas de la misma manera - se trata de crímenes ‘de lesa humanidad’. Si no se les sanciona, está en cuestión la vida humana como tal”.

É preciso também afastar a ideia de que a punição aos criminosos de tal condição é uma espécie de revanchismo ou vingança. Toda pena carrega consigo algo de vingança. Todavia, é justamente o direito penal posto e os parâmetros legais definidos que diferenciam a pena como instituição estatal da vingança privada.

La justicia es un derecho humano. Con estas palabras, el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, José Ayala Lasso, comenzó su discurso en una conferencia celebrada en 1995, en conmemoración de los 50 años del proceso de Nuremberg. El fiscal de La Haya, Richard Goldstone, precisó: “La justicia no es solamente una cuestión del castigo de criminales de guerra y de derechos humanos. Es también una cuestión del reconocimiento de los sufrimientos de las víctimas. Y para los afectados, en muchos casos, este reconocimiento es una parte esencial de su proceso de rehabilitación.”²⁹²

O discurso da vingança vem desde Nuremberg e desde então vem sendo gradativamente afastado, porque não ataca o problema em toda sua vastidão. Foi justamente a evolução da vingança privada que fez com que surgisse o sistema de justiça penal tal como conhecemos hoje.

Obviamente, há sentimentos conscientes e subconscientes sobre a relação entre a dor sofrida e o castigo como recursos para aplacar essa dor. Todavia, não há como confundir tal sentimento com pura vingança na aplicação da pena, legalmente prevista a fatos já tipificados como criminosos²⁹³.

Em um sistema de direito não é tolerável a vingança, e é justamente por isso que há que se ter uma resposta adequada. Quando o Direito, de maneira generalizada, falha em sua função e nega justiça às vítimas de graves violações de direitos humanos, ele não falha em aplicar vingança, como aduzem os críticos, ele falha em aplicar a lei, que justamente busca substituir e evitar a vingança.

A punição, nesses casos, tenta justamente evitar o sentimento de vingança, porque é por demais difícil entender e defender que haja alguma forma de resposta a tais atos que possa ser conceituada como justiça fora da pena.

Como aduz novamente Huhle²⁹⁴, se o castigo serve para dissuasão de crimes é uma pergunta sem solução definitiva. As respostas sempre foram contraditórias e

²⁹² HUHLE, Rainer. **De Nürenberg a la Haya**. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas.

²⁹³ HUHLE, Rainer. **De Nürenberg a la Haya**. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas, p. 4.

²⁹⁴ HUHLE, Rainer. **De Nürenberg a la Haya**. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas, p. 6.

continuarão sendo, porque dependem mais da filosofia da natureza humana e da visão que a sociedade tem dos fatos. Contudo, em um sistema em que o Judiciário tem a última palavra, a justiça também tem a função de manter intacto um sistema de valores. Se a justiça falha nessa missão, os valores básicos da sociedade tornam-se irreconhecíveis, primeiro para os algozes que perdem sua má consciência, depois para as vítimas, que perdem a sua fé.

En un Estado moderno de derecho, hasta ahora, y pese a muchos deseos de tener otros mecanismos tal vez más humanos, el castigo judicial es el recurso más válido que tiene la sociedad para declarar lo que considera justo e injusto. Mientras esto sea así, la condena judicial con su castigo correspondiente, o también la falta de condena, tienen un valor de orientación imprescindible. Un crimen sin castigo tarde o temprano perderá su carácter de crimen. Si analizamos bien los pocos testimonios disponibles de perpetradores de graves violaciones de derechos humanos bajo sistemas de terrorismo de Estado, en América Latina o en otras partes del mundo -por ejemplo, en la Alemania nazi- podemos observar la importancia de esta función orientadora de la justicia y de la pena. Para mí resulta mucho más importante, desde el punto de vista de la prevención, que el efecto disuasivo.²⁹⁵

Outrossim, no que concerne à crítica de Lauro Joppert Swennson Júnior, aqui citada, de que os julgamentos trariam o perigo de se fazer do tribunal um palco para discussões políticas e morais, com o risco de o réu ser julgado e punido como bode expiatório de todas as atrocidades praticadas pelo regime, ela também não é imune a críticas e não procede por si.

É evidente que todo julgamento penal de repercussão traz em si mazelas. Entretanto, o objetivo de qualquer julgamento é buscar a aplicação da justiça dentro de uma sistemática de direitos e garantias normativamente posta. Eventuais consequências dos julgamentos não podem servir de justificativa para se evitar o próprio direito. Isso significa confundir causas com consequências e traduz uma irracionalidade lógica: como os julgamentos trarão problemas consequenciais, no lugar de buscar minimizar esses problemas, evita-se o julgamento.

Essa situação foi analisada por Hannah Arendt que, mesmo criticando o julgamento-espetáculo que se formou em Jerusalém no caso Eichmann, ao afirmar que “as irregularidades foram tantas que chegaram a obscurecer os grandes

²⁹⁵ HUHLE, Rainer. **De Nürenberg a la Haya**. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas, p. 8.

problemas morais, políticos e legais que o julgamento propunha”²⁹⁶, negou que o julgamento não havia feito justiça, muito embora sob fundamentos equivocados²⁹⁷.

Nessa mesma linha da vingança, também não se aceita a tese de que a não punição dos militares deriva de um pretense direito ao esquecimento. A teoria do *direito ao esquecimento* ou ao *direito de ser deixado em paz*, foi formulada no direito comparado. Uma de duas utilizações mais famosas foi no caso Lebach²⁹⁸, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão, em que se vedou a exibição de um documentário televisivo acerca de um crime ocorrido trinta anos antes, às vésperas do momento em que os condenados deixariam a prisão. A objeção principal dessa teoria é que os autores de determinados fatos, julgados, não podem ter sob si, para a eternidade, a pecha do ilícito cometido.

No Brasil, essa teoria já foi aplicada, por exemplo, no caso da Chacina da Candelária, para sancionar emissora de televisão que, anos depois do crime, voltou a apresentar um documentário apontando a autoria a um dos acusados à época do crime, que já havia sido absolvido dentro do devido processo legal²⁹⁹.

Em relação aos crimes da ditadura militar, já se cogitou a aplicação de tal teoria, como demonstra o voto da Ministra Nancy Andrighi na ação cível que pedia o reconhecimento dos atos de tortura praticados pelo Coronel Brilhante Ustra. Nesse caso, o voto da Ministra, que acabou vencida, foi pelo direito ao esquecimento, como obstáculo à responsabilização dos militares (embora a causa em si fosse na esfera cível). O referido voto conta com a seguinte passagem:

²⁹⁶ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal, p. 318.

²⁹⁷ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal, p. 318.

²⁹⁸ Trata-se de um vilarejo (Lebach), situado na Alemanha, onde, em 1969, ocorreu uma chacina de quatro soldados, os quais guardavam um depósito de armas e munições. Foram três pessoas processadas, duas delas foram condenadas à prisão perpétua e o terceiro a seis anos de reclusão. Dois dias antes do término do cumprimento da pena pelo terceiro condenado, uma TV alemã (ZDF) ia apresentar um documentário que iria retratar o crime com dramatizações e apresentação de fotografias reais e nomes dos condenados. Diante desse fato, o terceiro condenado buscou, por meio de uma tutela liminar, que o programa não fosse exibido. A Corte então decidiu que se o documentário veiculasse a foto ou nome do condenado, a rede de televisão não poderia transmitir o programa. O caso foi para o Tribunal Constitucional Federal, que decidiu por rejeitar a tese de ofensa ao direito fundamental dos autores, baseando-se, principalmente, no seguinte argumento: “Passaram-se 30 anos da ocorrência do crime (de 1969; o acórdão é de 1999) e os riscos para a ressocialização foram bastante minorados”.

²⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.334.097/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe de 10/09/2013. Disponível em: <http://midia.pgr.mpf.gov.br/pfdc/hotsites/mpdcom/docs/violacaodireitoshumanos/atuacao%20udicial/resp-1334097-rj-decisao.pdf>. Acesso em 30.06.2016

É preciso reconhecer, ademais, o direito ao esquecimento dos anistiados políticos – sejam eles agentes públicos, sejam aqueles que lutaram contra o sistema posto –, direito esse que, no particular, se revela como o de não ser pessoalmente responsabilizado por fatos pretéritos e legitimamente perdoados pela sociedade, ainda que esses fatos sobrevivam como verdade histórica e, portanto, nunca se apaguem da memória do povo. Insta ressaltar que o direito ao esquecimento não representa leniência com os crimes cometidos, mas o reconhecimento de que a Lei da Anistia, como pacto social firmado e reafirmado, “confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda” (REsp 1.334.097/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe de 10/09/2013).

25. A eternização de conflitos entre particulares, como o de que ora se cuida, traz em si mesmo um efeito pernicioso àquele ideal de reconciliação e pacificação nacional pretendido com o fim do regime militar; é a própria jurisdicionalização da vendeta, que não deve ser chancelada pelo Poder Judiciário, sobretudo passados mais de 40 anos dos acontecimentos.

26. Sob essa ótica, mostra-se inviável a pretensão deduzida na petição inicial, de obter a declaração de “que o réu, por agir com dolo e cometer ato ilícito passível de reparação, causou danos morais e danos à integridade física dos autores” (fl. 47, e-STJ), como se a decisão judicial fosse um desses certificados que se pendura na parede para imortalizar o malfeito do recorrente.

27. O ordenamento jurídico, por todos os fundamentos expostos, veda tal pedido, e clama pelo perdão.

28. Constatada, portanto, a ausência de condição para o exercício do direito de ação, ficam prejudicados os demais pedidos do recurso.³⁰⁰

Contudo, assim como o voto acima elencado acabou restando vencido, também não se mostra possível concluir pela utilização da teoria do direito ao esquecimento no caso dos crimes dos agentes estatais na ditadura militar, por vários aspectos.

De início, porque nos casos dos crimes praticados por agentes de estado nunca houve, por conta da própria Lei da Anistia, um processo penal em que os fatos foram apresentados e debatidos. Então, o esquecimento, nesse ponto, não se trata de direito dos envolvidos, porque, ao contrário de todos os casos em que se utilizou da referida teoria, não houve cumprimento algum de pena.

Ademais, em regra, a teoria é aplicada quando os fatos levados a público tratam de situação já superada, que, desnecessariamente, acabem reacendendo na comunidade sentimentos de ojeriza à imagem do pretenso criminoso, ferindo seu direito à privacidade pessoal e de seus familiares.

³⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.334.097/RJ**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe de 10/09/2013. Disponível em: <<http://midia.pgr.mpf.gov.br/pfdc/hotsites/mpdcom/docs/violaodireitoshumanos/atualizacao%20judicial/resp-1334097-rj-decisao.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

Mas isso não ocorre em casos em que os crimes praticados são necessariamente parte da própria história de um povo, e que recontar essa história é justamente o fator capaz de auxiliar a evolução dessa própria sociedade.

Como adverte Cláudio Godoy:

Por esse direito (ao esquecimento), então, aquele que tenha cometido um crime, todavia já cumprida a pena respectiva, vê a propósito preservada sua privacidade, honra e imagem. Cuida-se inclusive de garantir ou facilitar a interação e reintegração do indivíduo à sociedade, quando em liberdade, cujos direitos da personalidade não podem, por evento passado e expirado, ser diminuídos. Isso encerra até corolário da admissão, já antes externada, de que fatos passados, em geral, já não mais despertam interesse coletivo. Assim também com relação ao crime, que acaba perdendo, com o tempo, aquele interesse público que avultava no momento de seu cometimento ou mesmo de seu julgamento. É claro que essa consideração não se aplica àqueles crimes históricos, que passam enfim para a história, aos grandes genocídios, como é o exemplo nazista, citado por Costa Andrade. Aliás, pelo contrário, esses são casos que não devem mesmo ser esquecidos.³⁰¹

Portanto o direito ao esquecimento, nesses casos, não guarda correlação com a não punição dos crimes de estado, porque a ideia é justamente garantir uma política de memória para evitar a repetição. Como lembra Lucia Elena: “esquecimento de tudo o que ocorreu seria a adequação à lógica da barbárie e da própria lógica da redução do homem à vida nua, ao contrário, recordar é reconhecer a todo homem o direito à felicidade e, portanto, reconhecer as demandas de justiça que cercam as vítimas da história³⁰².”

De outro lado, a justificativa do perdão como condição para a concretização de nossa democracia também não procede. Não há nenhuma dúvida, nos dias atuais, de que a punição dos torturadores não traria quaisquer consequências negativas sérias a nossa incipiente democracia. Ao contrário, todos os indicativos orientam para um fortalecimento da democracia e de suas instituições com o desvelamento do passado e com o devido processamento de seus fatos.

A maioria dos países da América do Sul passou por períodos ditatoriais, em maior ou menor escala. Grande parte de nossos vizinhos já buscou a resolução do passado pelo direito penal nos termos aqui propostos. Todos seguem com sua democracia. Não há indicativos de que ela deixe de existir. Isso significa que o

³⁰¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 89-90.

³⁰² FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **Anistia: As leis internacionais e o caso brasileiro**, p. 87.

discurso de que para o Brasil a não punição e o esquecimento desses crimes tornam-se necessários para a continuidade democrática é frágil e falso.

Uma nação é grande quando resolve claramente seus erros do passado. Talvez o fato de que os militares jamais reconheceram seus equívocos demonstre, nada mais, nada menos, que o passado não foi superado. Se não é o direito penal que sozinho vai realizar tal superação, é inegável que também não é seu completo afastamento que vai contribuir para isso.

A não repetição de tais atrozes fatos, se não tem plausibilidade de ocorrer do mesmo modo que no Estado totalitário (porque de maneira otimista não se imagina uma nova ditadura no Brasil), acaba tendo grande campo de ocorrência no cotidiano comum das polícias brasileiras. O exemplo que o General Ustra utilizou em sua expressão já citada de que os *terroristas* não eram criminosos comuns, é o que diuturnamente vem sendo utilizado pelo discurso repressivo no Brasil com o crime cotidiano. Discurso esse que acaba ensejando mais recrudescimento das penas, maior encarceramento, enfim, mais direito penal, ou seja, tudo o que se critica com tal admoestação.

Isso significa que a crítica de que a punição aos perpetradores de graves violações de direitos humanos traduz-se em uma crença de que o direito penal a tudo resolve não procede. Isso porque a não aplicação da punição aos agentes estatais envolvidos na tortura e no desaparecimento forçado cria, justamente, o efeito inverso, de uma maior opressão pelo sistema penal/estatal.

A punição, não há dúvidas disso, é um trunfo primordial para a renovação das instituições nacionais, que jamais passaram por um processo de depuração. A crença na impunidade baseada no discurso, por vezes honesto, de que se combate um crime que afeta nosso modo de ser, é, sem dúvida, legitimadora de que as agências de repressão, legalmente instituídas, saiam da legalidade para buscar a pseudolegitimação social com base nesse discurso.

Ademais, não se trata de transformar em crimes algo juridicamente lícito como defende Dimoulis, já que o que se pretende é somente a punição do que já era ilícito – e de há muito conhecido, como já se explanou com relação ao *ius cogens* e em outros casos em que sequer é necessário se socorrer do direito consuetudinário, como o caso dos abusos sexuais e dos assassinatos, desde sempre criminalizados no País.

Não se nega as mazelas do direito penal. Não se tem a inocência de acreditar que o direito penal teria o condão de mudar o plano real ou resolver todos os problemas de uma sociedade, pois não é para isso que ele serve. Mas se o direito penal tem alguma serventia, é certamente para atuar nos casos em que os mais comezinhos princípios de humanidade são violados.

Não é possível defender que o direito penal deve agir no dia a dia, para crimes por vezes impostos pela ordem tão só do capital, e não deva agir para os crimes de nossa primordial natureza, sob o argumento da (des)continuidade da convivência pacífica.

São possíveis vários indicativos para se obter o caráter do que é justiça nesses casos. Aliás, definir o que é justiça é por demais difícil, como se sabe, mas se há dificuldades em conceituar ou explicar o que se entende por justiça, não há dificuldade alguma em compreender a injustiça.

Por fim, vale lembrar que não é só de tortura como agressão física que se está a falar, pois são de muito conhecidos os casos de crimes sexuais e homicídios nos porões, desde sempre punidos sociedade brasileira, e mesmo esses delitos ficarão impunes com base em um pretense perdão, proposto pelo Estado sem sequer consultar as vítimas.

Assim, pelos argumentos aqui expostos e pelos demais existentes, já que não se teve a pretensão de esgotá-los nesta pesquisa, cabe, provocativamente, inverter a pergunta inicial. No lugar do “por que punir? ”, pode-se questionar “por que não punir?”.

A posição aqui lançada não deixa dúvidas de que a punição penal é o caminho adequado, seja por razões de direito, de justiça ou de reflexão humana. É preciso punir para reconhecer, para evoluir, para evitar a injustiça e para firmar efetivamente o Estado de Direito que respeite os direitos dos acusados, mas que respeite também o direito das vítimas e da sociedade lesada, sejam elas quem forem, sejam os algozes quem forem, para que amanhã não se repita o ontem e que o *nunca mais* seja efetivamente o ponto final na história do totalitarismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O regime militar brasileiro assumiu o poder com um discurso justificante que foi apoiado por grande parte da sociedade civil. O medo do comunismo, a repulsa à pretensa corrupção governamental e a própria insatisfação das classes dominantes com o governo de João Goulart que tendia à esquerda balizaram a ditadura militar-civil que se seguiu.

Os militares, todavia, seguiram no poder por muito mais tempo do que propunham inicialmente e utilizaram-se do direito para buscar legitimar seu poder. A legalidade autoritária buscava garantir a continuidade do poder usurpador, e pela via do discurso demonstrar a necessidade desse governo.

O discurso da *guerra contra o comunismo* perdurou, até porque abalizava a continuidade do regime de exceção e a tomada de medidas cada vez mais gravosas na defesa da segurança do País e da população. O discurso do medo do *outro* foi preponderante no período. Sob esse discurso é que é agentes do regime cometeram crimes que se caracterizam pela literatura jurídica mundial como lesa-humanidade, em especial em relação à tortura e os desaparecimentos forçados dos opositores.

Assim como os militares tomaram o poder praticamente sem resistência, também a saída do poder foi feita de maneira lenta, pensada e pactuada. A Lei da Anistia, advinda da proposta do próprio regime militar, pressionado pela sociedade civil quando não havia mais condições de permanência do regime, preparou o campo para a saída do poder, sem que os perpetradores de graves crimes apresentassem conta de seus atos.

A anistia foi aprovada por um parlamento dominado pelo regime militar, com o texto que o regime queria, não como a sociedade ansiava, a qual, nesse momento, em sua maioria, já não compactuava com o Estado ditatorial. Essa lei, contudo, nunca deixou de ser questionada no País.

A presente pesquisa pretendeu demonstrar, no primeiro capítulo, como regimes que passaram por tempos de transição reagiram ao legado autoritário no campo do direito, na análise do que hoje se compreende como justiça de transição.

Na sequência, o que se identificou, seguindo as hipóteses iniciais da pesquisa, foi que, após a Segunda Guerra Mundial, o mundo estabeleceu novos parâmetros de proteção aos direitos humanos, de forma universal. Com isso

estabeleceram-se sistemas internacionais de proteção, abalizados por Convenções assinadas pelos países-membros, como é o caso da Convenção Interamericana.

A análise desses sistemas permitiu compreender o funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e como o Brasil vincula-se às decisões desse órgão, no que se convencionou conceituar como controle de convencionalidade.

No que tange às leis de anistias, a hipótese de pesquisa demonstrou que a Corte Interamericana detém sólida jurisprudência quanto à não aceitação da validade de leis de autoanistias, tenham elas caráter bilateral ou não. Com base nessa jurisprudência é que se demonstrou como Argentina e Chile, seguindo as decisões da Corte, afastaram as leis que impediam o processamento dos crimes de estado em seus territórios e julgaram seus militares. No caso da Argentina, a apuração foi feita sem mesmo ter sido ré em qualquer processo de tal natureza na Corte IDH, apenas mediante a incorporação das decisões internacionais em seu direito interno, por meio da interpretação dos precedentes.

Na sequência, averiguando o caso brasileiro, buscou-se demonstrar a falta de legitimidade da Lei da Anistia aprovada ainda durante o regime militar, e analisar a propositura pela Ordem dos Advogados do Brasil da Ação de Descumprimento e Preceito Fundamental 153 perante o Supremo Tribunal Federal, almejando reverter a pretensa legitimidade da lei para os criminosos de estado. A decisão do STF avalizou a validade total da Lei da Anistia, ignorando por completo a jurisprudência firmada pela Corte IDH em tal julgamento. A maioria dos Ministros sequer tocou no tema, fato que demonstra a falta de compreensão do sistema judiciário nacional acerca dos precedentes internacionais a que o país é vinculado.

Essa decisão do STF acabou tendo um componente novo, quando a Corte IDH, em decisão específica atinente ao Brasil, no caso Gomes Lund, não aceitou a Lei da Anistia para graves violações de direitos humanos. Isso fez com que se levantasse a segunda hipótese de pesquisa, a qual procurou demonstrar que não há contrariedade entre a decisão do STF e da Corte IDH, tampouco hierarquia entre as Cortes, porque enquanto o STF analisou a norma sob o filtro constitucional, a Corte IDH analisou-a sob o filtro convencional. Nessa ótica, a Lei da Anistia, embora tenha sobrevivido ao controle de constitucionalidade, não passou no filtro de validade afeta ao controle de convencionalidade, logo, ela não é válida.

Essa interpretação lançou reflexos a institutos importantes do direito penal, aos quais a Corte IDH também já se posicionou em vários casos, em especial acerca da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e da criminalização de condutas mediante o *ius cogens* internacional, que demonstram que a tortura e os desaparecimentos forçados, em um contexto sistemático de graves violações dos direitos humanos, são crimes imprescritíveis e tipificados, de há muito, pelas normas e convenções internacionais.

Por último, a pesquisa buscou demonstrar as vantagens e as desvantagens da punição de criminosos de estado, tempos após o fim do regime totalitário, com base em estudo de criminologia, nas funções da pena e na formação do Estado de Direito. A conclusão, ao menos para a compreensão do pesquisador, é de que a pena é necessária para graves violações, é justa, atende aos postulados do direito penal e solidifica as transformações de um Estado totalitário rumo ao Estado de Direito, em que todas as suas instituições detenham parâmetros democráticos de atuação e não ranços do totalitarismo.

O direito penal, via de regra, não é solução para nada, senão um mal estatal como resposta ao mal do crime que, não raro, apenas replica a violência e pouco serve para a evolução social. Mas, se há alguma razão para a existência do direito de punir, é justamente para a resposta de casos atrozes como os crimes de estado e as graves violações dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. **Os Direitos da Transição e a Democracia no Brasil**: Estudos sobre Justiça de Transição e Teoria da Democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 34.

ABRÃO, Paulo; PAYNE, Leigh A.; TORELLY, Marcelo D. **A anistia na era da responsabilização**: contexto global, comparativo e introdução ao caso brasileiro. Brasília e Oxford: Comissão da Anistia, 2011.

ALEX, Robert. Una defensa de la Fórmula de Radbruch. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña**, n. 5, p. 75-96, 2001. Disponível em: <<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2109/AD-5-4.pdf;jsessionid=3B1116A68E4F8B6B2998B2501378CDAE?sequence=>>>. Acesso em: 30 maio 2016.

ALMEIDA, Agassis. **A ditadura dos generais**: Estado militar na América Latina – o calvário na prisão. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

AMBOS, Kai. **Anistia, justiça e impunidade**: reflexões sobre a justiça de transição no Brasil. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

AMBOS, Kai. O Marco Jurídico da Justiça da Transição. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, Fabíola Girão. **Anistia, Justiça e Impunidade**: Reflexões sobre a Justiça de Transição no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ANDRADE, Carlos Lindomar. **Evolução Política do Estado Brasileiro – 1822-1967**. Florianópolis: Insular, 2012.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. A. 869. XXXVII. Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio y asociación ilícita. **Causa n° 259**. Fallos: 327:3312. Buenos Aires, 8 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/data/lesahumanidad.pdf>> Acesso em: 12 maio 2016.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. S. 1767. XXXVIII. SÍMON, Julio Hector y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa n° 17.768. Fallos: 328:2056. Buenos Aires, 14 de junho de 2005. (F. Voto del Señor Ministro Doctor Don E. Raúl Zaffaroni. La apelación a la suprallegalidad). Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/nulidad.html>>. Acesso em: 20 maio 2016.

ARGENTINA. **Ley de Pacificación Nacional**. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/research/argentina/ley22-924.html>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: Nunca Mais**. Petrópolis: Vozes, 2011. (Coleção Vozes de Bolso)

ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; MONTECORADO, Fabíola Girão; ZILLI, Marcos. **Anistia, Justiça e Impunidade**: Reflexões sobre a justiça de transição no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. Aspectos jurídico-penais da anistia. **Revista Encontros com a Civilização Brasileira**, v. 19, p. 195-196, 1980.

BATISTA, Vanessa Oliveira; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. **Constituição e Anistia: Uma análise do discurso do STF no julgamento da ADPF n. 153**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=009a5510ad149a8e>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**: la doutrina del delito-tipo. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOITEAUX, Luciana; BATISTA, Vanessa Oliveira. Tratados Internacionais de Direitos Humanos, Anistia e Justiça: a influência do processo argentino. In: ABRÃO, Paulo; PRONER, Carol (Orgs.). **Justiça de Transição, Reparação, Verdade e Justiça**: Perspectivas Comparadas Brasil-Espanha. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; BORGES, Leonardo Estrela. **O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**: perspectivas e desafios. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/181734/Texto5.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

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

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 320**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1747_texto_5102145.pdf>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticia/stf/anexo/adpf153.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.334.097/RJ**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe de 10/09/2013. Disponível em: <<http://midia.pgr.mpf.gov.br/pfdc/hotsites/mpdcom/docs/violacaodireitoshumanos/atuacao%20udicial/resp-1334097-rj-decisao.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2016

CALETTI, Cristina. **Os precedentes do Tribunal Penal Internacional, seu estatuto e sua relação com a legislação brasileira**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3986/os-precedentes-do-tribunal-penal-internacional-seu-estatuto-e-sua-relacaocom-a-legislacao-brasileira>>. Acesso em: 20 out. 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. **Revista da Faculdade de Direito FMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 37-68, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; MORENO, Alfredo Martínez. **Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional**. San José da Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/Doclat1.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de Criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHILE. **Decreto Ley 2.191, de 18.04.1978**. Ministerio del Interior, Poder Ejecutivo, Santiago.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Relatório**, v. I, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/images/documentos/Capitulo3/Capitulo%203.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS **Caso Allmonacid Arellano x Chile**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barrios Altos x Peru**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gélman x Uruguay**. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em 30.05.2016

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros x Brasil**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 30 maio 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso La Cantuta x Perú**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/bbc1e35bbcf9642732059e06abd21568.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez x Honduras**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: 30 fev. 2015.

CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA. **Delitos de lesa humanidad**. Buenos Aires: Corte Suprema, 2009. p. 172. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/data/lesahumanidad.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Pena. In: BARRETO, Vicente de Paula (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Unisinos; Renovar, 2006.

DAHL, Robert. A. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas. São Paulo: WWF Martins, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Crimes sem anistia. In: TELLES, Janaína (Org.). **Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade**. São Paulo: HUmanitas, 2001.

DEL PORTO, Fabíola Briganti. **A luta pela Anistia no Regime militar brasileiro e a construção dos direitos de cidadania**. 2002. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 2002. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000246916>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciantes invejosos**: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça. São Paulo: RT, 2005.

DIMOULIS, Dimitri; SABADELL, Ana Lucia. **Anistia**: a política além da Justiça e da Verdade. Disponível em: <https://www.academia.edu/1615328/Anistia_A_pol%C3%ADtica_al%C3%A9m_da_justi%C3%A7a_e_da_verdade>. Acesso em: 30 abr. 2016.

ELSTER, Jon. **Rendición de cuentas**: la justicia transicional en perspectiva histórica. Tradução para o espanhol de Ezequiel Zaidenwer. Buenos Aires: Katz, 2006.

ENGSTROM, Par. A Anistia e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: **A Anistia na Era da Responsabilização**: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/9ago11_oxford_completo_web.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2014.

FABRICIUS, Dirk. Por que razão é a anistia demasiado pouco e a pena um erro? A incumbência de uma Comissão de Verdade e Reconciliação. Tradução de João Manoel Fernandes. In: PRITTWITZ, Cornelius et al. (Orgs.). **Justiça de Transição**: Análises Comparadas Brasil x Alemanha. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, 2015, p. 144-176. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/justica_transicao_analise_comparada_brasil_alemanha.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **Anistia**: As leis internacionais e o caso brasileiro. Curitiba: Juruá, 2009.

FICO, Carlos. **Além do golpe**: a tomada do poder em 31 de março de 1964 e a ditadura militar. Rio de Janeiro: Record, 2004.

FICO, Carlos. **Como eles agiam**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 20 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos direitos fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregório Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Júlio Cesar (Orgs.). **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

GASPARI, Élio. **A ditadura derrotada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GASPARI, Élio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Crimes contra a humanidade**: conceito e imprescritibilidade (Parte III). Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 10 maio 2016.

GRACIA MARTÍN, Luis et al. **Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal (LGL 1940\2) español**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

GREIFF, Pablo de. Los esfuerzos de reparación en una perspectiva internacional: el aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta. **Revista Estudios Socio Jurídicos**, Bogotá: Universidad del Rosario, ano 7, n. esp., p. 153-199, ago. 2005. Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/28163911_Los_esfuezos_de_reparacin_en_una_perspectiva_internacional_el_aporte_de_la_compensacin_al_logro_de_la_justicia_imperfecta>. Acesso em: 03 nov. 2015.

HUHLE, Rainer. **De Nürnberg a la Haya**. Los crímenes de derechos humanos ante la justicia, problemas, avances y perspectivas. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/nuremberg/nuremb2.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

HULSMAN, Louk; DE CELLIS, Janqueline Bernart. **Penas Perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

INSTITUTO DE ESTUDIOS JUDICIALES “HERNÁN CORREA DE LA CERDA” – IEJ. **Sentencia del Juzgado de Letras de Lautaro de 20 de septiembre de 1993; Condena por Secuestro y Sustración de Menores**, Chile, 2004. Disponível em:

<http://www.memoriaviva.com/Desaparecidos/D-C/Sentencia_del_Juzgado_de_Letras_de_Lautaro_de_20_de_Septiembre_de_1993.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2016.

JAKOBS, Günther. ¿Superación del pasado mediante el Derecho Penal? Acerca de la capacidad de rendimiento del derecho penal tras una fractura del régimen político. Tradução para o espanhol de Patricia S. Ziffer (Universidad de Buenos Ayres). **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, ISSN 0210-3001, Tomo 47, Fasc/Mes 2, 1994, p. 137-158. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46455>>. Acesso em: 10 abr. 2016. Traducción del original alemán: Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch, publicado en: ISENSEE (comp.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht - Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem, Berlin, 1992.

KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

LAMARÃO, Sérgio. **A conjuntura de radicalização ideológica e o golpe militar**: Comício das Reformas. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/AConjunturaRadicalizacao/Comicio_das_reformas>. Acesso em: 22 abr. 2015.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay). **Revista de Estudios Constitucionales**, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, v. 11, n. 2, p. 641-694.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MOLLER, Carlos Maria Pelayo. La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1º del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano. **Estudios Constitucionales**, Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 10, n. 2, p. 141-192, 2012.

MAIA, Fábio Fernandes. **Lei de Anistia e Justiça de Transição**: o redimensionamento do debate e julgamento da ADPF 153 pelo STF. Curitiba: Juruá, 2014.

MARTINS, António. Direito penal como instrumento da política? Sobre os limites da argumentação a favor e contra a “superação do passado” por meio do direito penal. Tradução de João Manoel Fernandes. In: PRITTWITZ, Cornelius et al. (Orgs.). **Justiça de Transição**: Análises Comparadas Brasil x Alemanha. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, 2015, p. 206-229. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/justica_transicao_analise_compara_da_brasil_alemanha.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

MARTINS, Fábio Henrique Araujo. Uma análise da ADPF 153 desde a Fórmula de Radbruch e da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 9, p. 43-53, fev. 2011, p. 46.

Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/uma_analise_da_adpf_153_desde_a_formula_de_radbruch_e_da_jurisprudencia_da_corte_interamericana_de_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 30 maio 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: RT, 2011.

MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências** – um estudo do caso brasileiro. São Paulo: Humanitas/Fapesp, 2006.

MEZETTI, Luca. **Teoria e Prasi delle Transizioni Costituzionali e del Consolidamento Democratico**. Padova/Itália: CEDAN, 2003.

MORENO, Nahuel. **Escuela de Cuadros**: Argentina, 1984. Argentina: uma revolução democrática triunfante. Buenos Aires: Crux, 1992.

MUÑOS, Herald. **A sombra do ditador**: memórias políticas do Chile sob Pinochet. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. Relatório do Secretário Geral nº S/2004/616. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, Ministério da Justiça, v. 1, 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={67064208-D044-437B-9F24-96E0B26CB372}>>. Acesso em: 1º jul. 2014.

NEDER MEYER, Emílio Peluso. **Ditadura e Responsabilização**. Elementos para uma justiça de transição no Brasil. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

NEIRA, Karinna Fernández. La Jurisprudencia de la Corte Suprema Chilena, frente a las graves violaciones contra los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs.). **Crimes da Ditadura Militar**: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NORRIS, Robert E. Leyes de Impunidad y los Derechos Humanos en las Américas. Una Respuesta Legal. **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, v. 15, 1992.

OLIVEIRA, Luciano. **Do Nunca Mais ao Eterno Retorno**: Uma reflexão sobre a tortura. São Paulo: Brasiliense, 2009.

OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PAGLIARI, Arturo Santiago. **Derecho Internacional Y Derecho Interno**: El Sistema Constitucional Argentino. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3700429.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2016.

PAIVA, Marcelo Rubem. **Depoimento**. Disponível em: <<http://www.tribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/atualidades/marcelo-rubens-paiva-e-ivo-herzog-abordam>>

casos-da-ditadura-em-debate/?cHash=9fcf54ba5360f069a7712031ceb9498d>. Acesso em: 30 abr. 2016.

PARRA VERA, Oscar. *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la Lucha contra la impunidad: algunos avances y debates*. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**. Ano 13. Número 1. Palermo, 2012. Disponível em: http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-13/01-Revista-Juridica-La-jurisprudencia-de-la-Corte.pdf . Acesso em 30 de maio de 2016.

PARENTI, Pablo F. A aplicação do Direito Internacional no Julgamento do Terrorismo de Estado na Argentina. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, Ministério da Justiça, n. 4, p. 32-54, jul./dez. 2010, 2011. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/2011/revistaanistia04.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General**. Madrid: Universidad Carlos III, 1999.

PÉREZ-LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **A justiça e o perdão em Jacques Derrida**. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/a-justica-e-o-perdao-em-jacques-derrida>>. Acesso em: 10 maio 2016.

PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, FMP, n. 4, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Força integradora e catalizadora do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional. In: OTERO, Paulo; QUADROS, Fausto de; SOUSA, Marcelo Rebelo de (Coords.). **Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda**. Coimbra: Coimbra, 2012. v. 5: Direito internacional e direito da União Europeia: direito internacional privado e direito marítimo: direito financeiro e direito fiscal.

PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: A convenção Americana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). **O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Luiz Régis. **Teorias da Pena: Breves Reflexões**. Disponível em: <<http://www.regisprado.com.br/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Teoria%20dos%20fins%20da%20pena.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016).

RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte IDH. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da ditadura militar**: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Título IV.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: Levando a Sério os Tratados de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009.

RODRIGUES, Natália Centeno; VERAS NETO, Francisco Quintanilha. Justiça de Transição: um breve relato sobre a experiência brasileira. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da (Org.). **Justiça de transição no Brasil**: violência justiça e segurança. Porto Alegre. EDIPUCRS, 2012. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/Ebooks/Pdf/978-85-397-0225-1.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

ROLIM, César. **A campanha da legalidade**: uma mobilização civil militar em defesa da posse de João Goulart. Disponível em: <www.legalidade.rs.gov.br/2011/08/a-campanha-da-legalidade-umamobilizacao-civil-militar-em-defesa-da-posse-de-joao-goulart/>. Acesso em: 10 jul. 2015.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Fundamentos. Madrid: Civitas, 1997. Tomo I, La estructura de la teoría del delito.

SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembléia Constituinte de 1987/88 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988, Instituto Brasiliense de Direito Público. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 1(30), 2009. Disponível em: <www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/788>. Acesso em: 15 jun. 2016.

SIKKINK, Kathryn. A era da responsabilização: a ascensão da responsabilização penal individual. In: **A anistia na era da responsabilização**: o Brasil em perspectiva internacional comparada. Tradução do Ministério da Justiça, Comissão de Anistia. Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2013.

SIKKINK, Kathryn. **The justice cascade**: how human rights prosecutions are changing world politics. Nova York/Londres: W.W. Norton & Company, 2011.

SILVA, Juremir Machado da. **Jango**: a vida e a morte no exílio. Porto Alegre: L&PM, 2013.

SKINDMORE, Thomas E. **Uma História do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Os equívocos do Supremo Tribunal Federal do Brasil na interpretação da Lei da Anistia. In: PRITTWITZ, Cornelius et al. (Orgs.). **Justiça de Transição**: Análises Comparadas Brasil x Alemanha. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, 2015. p. 230-243. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/>>

central-de-conteudo/anistia/anexos/justica_transicao_analise_comparada_brasil_alemanha.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

SUIAMA, Sergio Gardenghi. Problemas Criminais da Sentença da Corte IDH no caso Gomes Lund: Respostas do Direito Comparado. **Custus Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Suiama_Caso_Gomes_Lund.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert. **Anistia Penal**. Problemas de validade da lei de anistia brasileira (Lei 6.682/79). Curitiba: Juruá, 2007.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. “Ao julgar a justiça te enganas”. Aparentamentos sobre a Justiça da Justiça de Transição no Brasil. **Revista Anistia, Política e Justiça de Transição**, Brasília, Ministério da Justiça, n. 4, 2001.

TEITEL, Ruti G. Genealogia da Justiça Transicional. In: REATEGUI, Felix (Org.). **Justiça de Transição**: Manual para a América Latina. Tradução Ministério da Justiça. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

TORELLI, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito**: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

USTRA, Carlos Alberto Brilhante. **Rompendo o Silêncio**. Brasília: Editera, 1987.

VENTURA, Deyse. **A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional**. 2010. Disponível em: <<http://fes.org.br/brasilnomundo/wp-content/uploads/2014/06/a-interpretac3a7c3a3o-judicial-da-lei-de-anistia-brasileira-e-o-direito-internacional.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

VIGO, Rodolfo Luis. **La Injusticia Extrema no es Derecho**. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA – La Ley, 2006.

VILLA, Marco Antônio. **O Pacote de Abril e o Senado**. Disponível em: <<https://www.blogdovilla.com.br/politica-no-brasil/o-pacote-de-abril-e-o-senado/>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

WOJCIECHOWSKI, Paola Biachi. **Leis de Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**: Estudo Comparativo Brasil, Argentina e Chile. Curitiba: Juruá, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El crimen del Estado como objeto de la criminología**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r20412.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. **Nueva Doctrina Penal**, Buenos Aires, Ed. Del Puerto S.R.L., n. 2000-B, p. 437-446, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

ZAMUSIO, Hector-Fix. **Protección jurídica de los derechos humanos**. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001.

ZYL, Paul van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição** 01. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.