

AFRANIO MARCILIANO AZEVEDO * ALANIR CARDOSO * ALDO SILVA ARANTES * ALÍPIO CRISTIANO DE FREITAS * AMARO ALEXANDRINO DA ROCHA * AMÉRICO
ANA MARIA SANTOS ROCHA * ANA WILMA OLIVEIRA MORAES * ANGELA TELMA OLIVEIRA LUCENA * ANTONIA MARA VIEIRA LOGUERCIO * ANTONIO CARLOS P
APOITIA NETTO * ANTONIO RIBEIRO PENNA * APARECIDA ALVES DOS SANTOS * APOLÔNIO DE CARVALHO * ARI CÂNDIDO FERNANDES * ARMANDO BORTO
BEATRIZ ARRUDA * BELARMINO BARBOSA SIQUEIRA * BENITO PEREIRA DAMASCENO * BERGSON GURJÃO FARIAS * BOLÍVAR NASCIMENTO PRESTES * CA
EUGÊNIO SARMENTO COELHO DA PAZ * CARLOS GUILHERME DE M. PENAFIEL * CARLOS LAMARCA * CARLOS LICHTISZTEJN * CECÍLIA VIEIRA FERNANDES * CEL
CHARF * CLEY DE BARROS LOYOLA * CRISTINA MARIA BUARQUE * DANIEL AARÃO REIS FILHO * DARCI GIL DE OLIVEIRA BOSCHIERO * DARCY RODRIGUES D
DENISE OLIVEIRA LUCENA * DENIZE FONTELLA GOULART * DENIZE PERES CRISPIM * DEUSDANTE FERREIRA DE FREITAS * DIMAS FLORIANI * DINALVA OLIVEIR
DE ALMEIDA MARTINS * EDSON MENEZES DA SILVA * EDUARDA CRISPIM LEITE * EDUARDO DIAS CAMPOS SOBRINHO * ELIA MENEZES ROLA * ELIANA BEL
CAMARGO * ELISEU GABRIEL DE PIERI * ELIZABETH TEIXEIRA * ELZA MONNERAT * EMÍLIO RUBENS CHASSEREUX * EPAMINONDAS JACOME RODRIGUES * EST
IVO VIEIRA * FÉLIX AUGUSTO DE ATHAYDE * FLÁVIO KOUTZII * FRANCISCO DE ASSIS LEMOS * FRANCISCO DERLI * FRANCISCO MARTINELLI * FRANCISCO
FREDERICK BIRTE MORRIS * FREI FERNANDO * FREI JOÃO * GEORGE DE BARROS CABRAL * GERMANA CORREA LIMA * GILDO SCALCO * GILNEY AM
YA MAGYTI * HAMILTON PEREIRA DA SILVA * HELDER SUAREZ BEDENDO *
MATOS SIPAHI * HONESTINO GUIMARÃES * HORÁCIO MARTINS DE
* IGOR GRABOIS OLIMPIO * ILTO VIEIRA * INÁ MEIRELES DE SOUZA * INES
SOMMER * IVAN DE SOUZA ALVES * IVAN SEIXAS * IZABEL MARQUES
MARC VON DER WEID * JEOVÁ FERREIRA * JESUS PAREDES SOTO *
JOÃO AMAZONAS * JOÃO ARTHUR VIEIRA * JOÃO BATISTA FRANCO
CARLOS ALMEIDA GRABOIS * JOÃO CHILE * JOÃO LUIZ SILVA FERREIRA *
JOÃO VICENTE FONTELLA GOULART * JOELSON CRISPIM * JOILSON
JORGE SALDANHA DE ARAUJO * JOSAIL GABRIEL DE SALES * JOSÉ
CALISTRATO CARDOSO FILHO * JOSÉ CARLOS NOVAIS DA MATTA MACHADO * JOSÉ CELSO MARTINEZ * JOSÉ DALTRO DA SILVA * JOSÉ MACHADO * JOSÉ M
SOUZA * JOSÉ ROGÉRIO LICKS * JOSÉ SERRA * JOSÉ TADEU CARNEIRO CUNHA * JOSÉ VELOSO * JÚLIO PRATA * JURACI MENDES DE OLIVEIRA * JURANDIR
LAURINDO MARTINS JUNQUEIRA FILHO * LENIRA MARIA DE CARVALHO * LEONEL BRIZOLA * LETA VIEIRA DE SOUZA * LINCOLN RAMOS VIANA * LUIS CARLO
FELIPE RATTON MASCARENHAS * LUIZ GONZAGA TRAVASSOS DA ROSA * MAGNÓLIA DE FIGUEIREDO CAVALCANTI * MANOEL CYRILLO DE OLIVEIRA NETTO * M
* MARCOS JOSÉ BURLE DE AGUIAR * MARIA ALICE ALBUQUERQUE SABOYA * MARIA DALCE RICAS * MARIA DAS DORES DA SILVA * MARIA DE FÁTIMA MEND
SOCORRO DE MAGALHÃES * MARIA EMÍLIA LISBOA PACHECO * MARIA FAUSTINO DE ALMEIDA AMARAL * MARIA IGNES DA COSTA D. E. BASTOS * MARIA
FIGUEIREDO * MARIA TERESA GOULART * MARIJANE VIEIRA LISBOA * MARILIA DE CARVALHO GUIMARÃES * MARINA VIEIRA * MARIO COVAS * MÁRIO MAG
MARISTELA VILLAR * MAURICE POLITI * MIGUEL ARRAES * MIGUEL DARCY DE OLIVEIRA * MIGUEL PRESSBURGER * NANCY MANGABEIRA UNGER * NARCISA
NAZAREH ANTONIA OLIVEIRA * NELSON CORDEIRO * NELSON REMY GILLET * NELSON RODRIGUES * NESTOR PEREIRA DA MOTA * NILMÁRIO DE MIRANDA * NI

revista
anistia
política e justiça de transição

APRESENTAÇÃO Paulo Abrão * Marcelo D. Torelly **ENTREVISTA** Kai Ambos **ANAIS DO SEMINÁRIO A Justiça Transicional no Brasil: A anistia e o papel das Cortes na superação do passado autoritário** * Kai Ambos * Lauro Joppert Swensson Jr. * Fabiana Godinho McArthur * Rafael Longhi * Saulo Monteiro de Matos * Eneas Romero de Vasconcelos * Antonio Martins * Gabriel Ducatti Lino Machado * Pedro Adamy * Paula Maria Nasser Cury * Regis Dudena **DOCUMENTOS** Voto do Relator Processo 2004.01.42025 – José Anselmo dos Santos * Documento nº 02/2011 2ª Câmara Criminal (MPF) **ISSN 2175-5329 Nº 7 Janeiro/Junho 2012**

JOFFILY * ORLANDO MARETI SOBRINHO * OSCAVU JOSÉ COELHO * PAULO FRATESCHI * PAULO FREIRE * PAULO SARACENI * PAULO WRIGHT * PEDRO DE CA
CIPRIANO * PETER JOHN MCCARTHY * RAUL JORGE ANGLADA PONT * REGENIS BADING PROCHMANN * RENATA FERRAZ GUERRA DE ANDRADE * REYNA
ROBERTO FARIA MENDES * ROGÉRIO LUSTOSA * RÔMULO DANIEL BARRETO DE FARIAS * ROSE MARIE MURARO * ROSEMARY NOGUEIRA * RUY FRAÇÃO SOARE
MONTARROYOS * SÉRGIO DE MAGALHÃES GOMES JAGUARIBE * SILVIA LÚCIA VIANA MONTARROYOS * SINVAL DE ITACARAMBI LEÃO * SOLANGE LOURENÇO GO
* ULYSSES DE MENEZES FREITAS * VICENTE CARLOS Y PLA TREVAS * VITOR BORGES DE MELO * VLADIMIR HERZOG * WALMIR ANDRA DE OLIVEIRA * ZIR



revista
anistia
política **e** justiça **e** transição

Comissão de Anistia

Ministério da Justiça

GOVERNO FEDERAL
BRASIL
PAÍS RICO É PAÍS SEM POBREZA

Governo Federal

Ministério da Justiça

Comissão de Anistia

REVISTA ANISTIA POLÍTICA E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Presidente da República

Dilma Rousseff

Ministro da Justiça

José Eduardo Cardozo

Secretária-Executiva

Márcia Pelegrini

Presidente da Comissão de Anistia

Paulo Abrão

Vice-presidentes da Comissão de Anistia

Egmar José de Oliveira

Sueli Aparecida Bellato

Secretário Executivo da Comissão de Anistia

Muller Borges

Coordenador Geral da Revista

Marcelo D. Torelly

Coordenadora-Executiva do Memorial da Anistia

Amarilis Busch Tavares

A Revista Anistia nº 7 é alusiva ao primeiro semestre de 2012, tendo sido editada durante o segundo semestre de 2012. Trabalharam, como revisores dos textos aprovados para publicação, os seguintes colaboradores:

Eneas Romero, Lauro Swensson, Gabriel Ducatti, Saulo Matos e Marcelo D. Torelly.

As fotos desta edição ilustram atividades realizadas pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça ao longo do primeiro semestre de 2012, exceto as fotos históricas, que pertencem ao acervo do Arquivo Nacional.

Os cartazes das campanhas pela anistia pertencem ao acervo do CEDEM/UNESP.

Conselho Editorial

Antônio Manuel Hespanha (Universidade Nova de Lisboa – Portugal), Boaventura de Sousa Santos (Universidade de Coimbra – Portugal), Bruna Peyrot (Consulado Geral – Itália), Carlos Cárcova (Universidade de Buenos Aires – Argentina), Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto (Universidade de Brasília), Dani Rudinick (Universidade Ritter dos Reis), Daniel Aarão Reis Filho (Universidade Federal Fluminense), Deisy Freitas de Lima Ventura (Universidade de São Paulo), Eduardo Carlos Bianca Bittar (Universidade de São Paulo), Edson Cláudio Pistori (Memorial da Anistia Política no Brasil), Enéa de Stutz e Almeida (Universidade de Brasília), Flávia Carlet (Projeto Educativo Comissão de Anistia), Flavia Piovesan (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), Jaime Antunes da Silva (Arquivo Nacional), Jessie Jane Vieira de Sousa (Universidade Federal do Rio de Janeiro), Joaquin Herrera Flores (*in memoriam*), José Reinaldo de Lima Lopes (Universidade de São Paulo), José Ribas Vieira (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro), Marcelo Dalmás Torelly (Coordenador-Geral), Maria Aparecido Aquino (Universidade de São Paulo), Paulo Abrão (Presidente), Phil Clark (Universidade de Oxford – Inglaterra), Ramon Alberch Fugueras (Arquivo Geral da Cataluña – Espanha), Rodrigo Gonçalves dos Santos (Comissão de Anistia), Sandro Alex Simões (Centro Universitário do Estado do Pará), Sean O'Brien (Universidade de Notre Dame – Estados Unidos), Sueli Aparecida Bellato (Comissão de Anistia).

Conselho Técnico

Aline Sueli de Salles Santos, Ana Maria Guedes, Ana Maria Lima de Oliveira, André Amud Botelho, Carolina de Campos Melo, Cristiano Paixão, Daniela Frantz, Egmar José de Oliveira, Henrique de Almeida Cardoso, José Carlos M. Silva Filho, Juvelino José Strozake, Kelen Meregali Model Ferreira, Luciana Silva Garcia, Marcia Elayne Berlich de Moraes, Márcio Gontijo, Marina Silva Steinbruch, Mário Miranda de Albuquerque, Muller Luiz Borges, Narciso Fernandes Barbosa, Nilmário Miranda, Paulo Abrão, Prudente José Silveira Mello, Rita Maria de Miranda Sipahi, Roberta Camineiro Baggio, Roberta Vieira Alvarenga, Rodrigo Gonçalves dos Santos, Vanderlei de Oliveira, Virginius José Lianza da Franca, Vanda Davi Fernandes de Oliveira.

Esta é uma publicação científica que objetiva a difusão de ideias plurais. As opiniões e dados nela inclusos são de responsabilidade de seus autores, e não do Ministério da Justiça ou do Governo Federal, exceto quando expresso o contrário.

Projeto Gráfico
Ribamar Fonseca

Revisão ortográfica
Carmen da Gama

Editoração eletrônica
Supernova Design

Capa inspirada no trabalho original de AeM'Hardy'Voltz

Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N. 7 (jan. / jun. 2012). – Brasília : Ministério da Justiça , 2012.

Semestral.
Primeira edição: jan./jun. 2009.

ISSN 2175-5329

1. Anistia, Brasil. 2. Justiça de Transição, Brasil. I. Brasil. Ministério da Justiça (MJ).

CDD 341.5462

COMISSÃO DE ANISTIA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO ATUAL¹

PRESIDENTE:

Paulo Abrão

Conselheiro desde 04 de abril de 2007

Nascido em Uberlândia/MG, em 11 de junho de 1975, é graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. É especialista em Direitos Humanos e Processos de Democratização pela Universidade do Chile. Atualmente, é secretário Nacional de Justiça, presidente do Conselho Nacional de Refugiados (Conare), professor licenciado do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e membro da diretoria da Coalizão Internacional de Sítios de Consciência. Integrou o grupo de trabalho que redigiu a lei de criação da Comissão Nacional da Verdade.

VICE-PRESIDENTES:

Egmar José de Oliveira

Conselheiro desde 26 de abril de 2004

Nascido em Jaraguá/GO, em 02 de agosto de 1958, é graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Anápolis. Atualmente, é advogado militante em Goiás, atuando em causas criminais e de direitos humanos. Em 2012, foi indicado como Presidente da Comissão da Verdade da Ordem dos Advogados do Brasil em Goiás.

Sueli Aparecida Bellato

Conselheira desde 06 de março de 2003

Nascida em São Paulo/SP, em 1º de julho de 1953, é religiosa da Congregação Nossa Senhora - Cônegas de Santo Agostinho e advogada graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo, com intensa atividade nas causas sociais. Já trabalhou junto ao Ministério Público Federal na área de Direitos Humanos, foi assistente parlamentar e atuou no processo contra os assassinos do ambientalista Chico Mendes. É integrante da Comissão Brasileira de Justiça e Paz da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e conselheira da Rede Social de Direitos Humanos. Compõe o Grupo de Trabalho Araguaia (GTA).

CONSELHEIROS:

Aline Sueli de Salles Santos

Conselheira desde 26 de fevereiro de 2008

Nascida em Caçapava/SP, em 04 de fevereiro de 1975, é graduada em Direito pela Universidade de São Paulo, mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília. É professora da Universidade Federal do Tocantins/TO.

Ana Maria Lima de Oliveira

Conselheira desde 26 de abril de 2004

Nascida em Irituia/PA, em 06 de dezembro de 1955, é procuradora Federal do quadro da Advocacia-Geral da União desde 1987 e graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará.

Ana Maria Guedes

Conselheira desde 04 de fevereiro de 2009

Nascida em Recife/PE, em 19 de abril de 1947, é graduada em Serviço Social pela Universidade Católica de Salvador.

Atualmente é membro do Grupo Tortura Nunca Mais da Bahia e integrante da comissão organizadora do Memorial da Resistência Carlos Mariguella, em Salvador/BA.

Carolina de Campos Melo

Conselheira desde 02 de fevereiro de 2012

Nascida na cidade do Rio de Janeiro, em 22 de janeiro de 1976, é graduada e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). É advogada da União desde setembro de 2003. É, também, professora do Departamento de Direito da PUC-Rio e coordenadora acadêmica do Núcleo de Direitos Humanos.

Carol Proner

Conselheira desde 14 de setembro de 2012

Nascida em Curitiba/PR, em 14 de julho de 1974, é advogada, doutora em Direito Internacional pela Universidade Pablo de Olavide de Sevilha (Espanha), coordenadora do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil, co-diretora do Programa Máster-Doutorado Oficial da União Europeia, Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo - Universidade Pablo de Olavide/Universidad Internacional da Andaluzia. Concluiu estudos de Pós-Doutorado na École de Hautes Etudes de Paris (França). É secretária-geral da Comissão da Verdade da Ordem dos Advogados do Brasil no Paraná.

Cristiano Paixão

Conselheiro desde 1º de fevereiro de 2012

Nascido na cidade de Brasília, em 19 de novembro de 1968, é mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e fez estágio pós-doutoral em História Moderna na Scuola Normale Superiore di Pisa (Itália). É procurador regional do Trabalho em Brasília e integra a Comissão da Verdade Anísio Teixeira da Universidade de Brasília, onde, igualmente, é professor da Faculdade de Direito. Foi professor visitante do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Sevilha (2010-2011). É coordenador de relações institucionais da Comissão Anísio Teixeira de Memória e Verdade da Universidade de Brasília.

Edson Claudio Pistori

Conselheiro desde 13 de janeiro de 2009

Nascido em Rondonópolis/MT, em 15 de março de 1977, é graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia e mestre em Geografia pela mesma instituição. Foi assessor da Subsecretaria de Planejamento e Orçamento do Ministério da Educação e da Secretaria-Geral da Presidência da República.

Eneá de Stutz e Almeida

Conselheira desde 22 de outubro de 2009

Nascida no Rio de Janeiro/RJ, em 10 de junho de 1965, é graduada e mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. É professora da Universidade de Brasília, onde, atualmente, é coordenadora do curso de graduação em Direito. Foi vice-presidente do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi) na gestão 2009-2011. É membro da Comissão Anísio Teixeira de Memória e Verdade da Universidade de Brasília.

1 Em novembro de 2012.

Henrique de Almeida Cardoso

Conselheiro desde 31 de maio de 2007

Nascido no Rio de Janeiro/RJ, em 23 de março de 1951, é o representante do Ministério da Defesa junto à Comissão de Anistia. Oficial de artilharia do Exército pela Academia Militar das Agulhas Negras (Aman), é bacharel em Ciências Econômicas e em Ciências Jurídicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

José Carlos Moreira da Silva Filho

Conselheiro desde 25 de maio de 2007

Nascido em São Paulo/SP, em 18 de dezembro de 1971, é graduado em Direito pela Universidade de Brasília, mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Atualmente, é professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Juvelino José Strozake

Conselheiro desde 25 de maio de 2007

Nascido em Alpestre/RS, em 18 de fevereiro de 1968, é advogado graduado pela Faculdade de Direito de Osasco (Fieo), mestre e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É membro da Rede Nacional de Advogados Populares (Renap).

Luciana Silva Garcia

Conselheira desde 25 de maio de 2007

Nascida em Salvador/BA, em 11 de maio de 1977, é graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia e mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Atualmente, coordena a área de proteção a testemunhas da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

Márcia Elayne Berbich de Moraes

Conselheira desde 23 de julho de 2008

Nascida em Cianorte/PR, em 17 de novembro de 1972, é advogada graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). É especialista, mestre e doutoranda em Ciências Criminais, todas pela mesma instituição. Foi integrante do Conselho Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul entre 2002 e 2011 e professora da Faculdade de Direito de Porto Alegre (Fadipa).

Márcio Gontijo

Conselheiro desde 21 de agosto de 2001

Nascido em Belo Horizonte/ MG, em 02 de julho de 1951, é advogado público de carreira e pertencente aos quadros da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça desde 1976. É representante dos anistiados políticos na Comissão de Anistia. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, é o decano da Comissão de Anistia, tendo, ainda, acompanhado a criação da Comissão Especial de indenização dos familiares dos mortos e desaparecidos políticos.

Marina da Silva Steinbruch

Conselheira desde 25 de maio de 2007

Nascida em São Paulo/SP, em 12 de abril de 1954, é graduada em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP. Atuou como defensora pública da União por 22 anos.

Mário Albuquerque

Conselheiro desde 22 de outubro de 2009

Nascido em Fortaleza/CE, em 21 de novembro de 1948, é membro da Associação Anistia 64/68. Atualmente preside a Comissão Especial de Anistia Wanda Sidou do Estado do Ceará.

Narciso Fernandes Barbosa

Conselheiro desde 25 de maio de 2007

Nascido em Maceió/AL, em 17 de setembro de 1970, é graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas e possui especialização em Direitos Humanos pela Universidade Federal da Paraíba. É advogado militante nas áreas de Direitos Humanos e Segurança Pública.

Nilmário Miranda

Conselheiro desde 1º de fevereiro de 2012

Nascido em Belo Horizonte/ MG, em 11 de agosto de 1947, é jornalista e mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Foi deputado estadual, deputado federal e ministro da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH – 2003/2005). Quando deputado federal, presidiu a Comissão Externa para Mortos e Desaparecidos Políticos. Foi autor do projeto que criou a Comissão de Direitos Humanos na Câmara, a qual presidiu em 1995 e em 1999. Representou, por sete anos, a Câmara dos Deputados na Comissão Especial dos Mortos e Desaparecidos Políticos. É membro do Conselho Consultivo do Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil, denominado “Memórias Reveladas”. Atualmente, é presidente da Fundação Perseu Abramo.

Prudente José Silveira Mello

Conselheiro desde 25 de maio de 2007

Nascido em Curitiba/PR, em 13 de abril de 1959, é graduado em Direito pela Universidade Católica do Paraná e doutorando em Direito pela Universidade Pablo de Olavide (Espanha). Advogado trabalhista de entidades sindicais de trabalhadores desde 1984, atualmente leciona nos cursos de pós-graduação em Direitos Humanos e Direito do Trabalho do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (Cesusc).

Rita Maria de Miranda Sipahi

Conselheira desde 22 de outubro de 2009

Nascida em Fortaleza/CE, em 23 de fevereiro de 1938, é graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Recife. É servidora pública aposentada pela Prefeitura do Município de São Paulo. Possui experiência em Planejamento Estratégico Situacional e já desenvolveu trabalhos na área de gestão como supervisora geral de desenvolvimento de pessoal da Secretaria do Bem-Estar Social da Prefeitura de São Paulo. Participa do Núcleo de Preservação da Memória Política de São Paulo/Coletivo de Mulheres.

Roberta Camineiro Baggio

Conselheira desde 25 de maio de 2007

Nascida em Santos/SP, em 16 de dezembro de 1977, é graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Atualmente, é professora na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre/RS.

Rodrigo Gonçalves dos Santos

Conselheiro desde 25 de maio de 2007

Nascido em Santa Maria/RS, em 11 de julho de 1975, é advogado graduado e mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor licenciado do Centro Universitário Metodista Isabela Hendrix de Belo Horizonte. Atualmente, é consultor da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Vanda Davi Fernandes de Oliveira

Conselheira desde 26 de fevereiro de 2008

Nascida em Estrela do Sul/MG, em 31 de junho de 1968, é graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia e doutoranda em Direito pela Universidad de Alicante (Espanha). É membro do Conselho Estadual de Política Ambiental do Estado de Minas Gerais.

Virginus José Lianza da Franca

Conselheiro desde 1º de agosto de 2008

Nascido em João Pessoa/PB, em 15 de agosto de 1975, é advogado graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, especialista em Direito Empresarial e mestrando em Direito pela mesma instituição. Atualmente, é coordenador-geral do Conselho Nacional de Refugiados do Ministério da Justiça (Conare). Ex-diretor da Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados – Seccional Paraíba. Ex-procurador do Instituto de Terras e Planejamento Agrário (Interpa) do Estado da Paraíba. Igualmente, foi secretário-executivo do Conselho Nacional de Combate à Pirataria (CNCP).

SUMÁRIO

- ▶ 10 **APRESENTAÇÃO**
MUTAÇÕES DO CONCEITO DE ANISTIA NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA: A TERCEIRA FASE DA LUTA PELA ANISTIA
PAULO ABRÃO & MARCELO D. TORELLY
- ▶ 48 **ENTREVISTA**
SUPERAÇÃO DO PASSADO: COMO ENFRENTAR AS INJUSTIÇAS DE UM REGIME DE EXCEÇÃO?
KAI AMBOS RESPONDE
- ▶ 62 **ANAIS DO SEMINÁRIO**
A JUSTIÇA TRANSICIONAL NO BRASIL: A ANISTIA E O PAPEL DAS CORTES NA SUPERAÇÃO DO PASSADO AUTORITÁRIO
- ▶ 64 **PREFÁCIO**
KAI AMBOS
- ▶ 66 **NOTA INTRODUTÓRIA: DITADURA E PENSAMENTO**
LAURO JOPERT SWENSSON JR.
- ▶ 78 **JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: O CASO BRASILEIRO**
FABIANA GODINHO MCARTHUR
- ▶ 108 **A PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS NO CASO BRASILEIRO: DA REPARAÇÃO CIVIL E OUTRAS MEDIDAS (LEIS Nº 9.140/1995 E Nº 10.559/2002)**
RAFAEL LONGHI
- ▶ 136 **ANISTIA DEMOCRÁTICA? SOBRE A (I)LEGITIMIDADE DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA**
SAULO MONTEIRO DE MATOS
- ▶ 170 **DO CONFLITO ENTRE DIREITO NACIONAL E INTERNACIONAL: A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (“CASO ARAGUAIA”) VS. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 153)**
ENEAS ROMERO DE VASCONCELOS

- ▶ 202 **A LEGALIDADE E A PROIBIÇÃO DE RETROATIVIDADE DAS LEIS NO DIREITO PENAL E NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL E O TRATAMENTO DOS CRIMES ESTATAIS PRATICADOS DURANTE O REGIME MILITAR NO BRASIL**
ANTONIO MARTINS
- ▶ 232 **O JULGAMENTO DA LEI DE ANISTIA (LEI Nº 6.683/79) PELO STF: DOS PROBLEMAS METODOLÓGICOS AO PROBLEMA SUBSTANCIAL**
GABRIEL DUCATTI LINO MACHADO
- ▶ 260 **VAGUEZA NORMATIVA E TRANSIÇÕES POLÍTICAS**
PEDRO ADAMY
- ▶ 262 **COMISSÃO DA VERDADE: ANÁLISE DO CASO BRASILEIRO**
PAULA MARIA NASSER CURY
- ▶ 286 **A COMISSÃO DA VERDADE DO SISTEMA POLÍTICO**
REGIS DUDENA
- ▶ 336 **DOCUMENTOS**
- ▶ 338 **VOTO DO RELATOR PROCESSO 2004.01.42025 – JOSÉ ANSELMO DOS SANTOS**
COMISSÃO DE ANISTIA, CONSELHEIRO NILMÁRIO MIRANDA
- ▶ 358 **DOCUMENTO Nº 02/2011 MPF, 2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO CRIMINAL (MPF)**
- ▶ 372 **NORMAS EDITORIAIS**





APRESENTAÇÃO
PAULO ABRÃO &
MARCELO D. TORELLY

**MUTAÇÕES DO CONCEITO DE
ANISTIA NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO
BRASILEIRA: A TERCEIRA FASE DA
LUTA PELA ANISTIA**



MUTAÇÕES DO CONCEITO DE ANISTIA NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA:

A TERCEIRA FASE DA LUTA PELA ANISTIA¹

Como introdução a esta Revista Anistia Política e Justiça de Transição nº 07, procuraremos sistematizar algumas teses defendidas em textos esparsos ao longo dos últimos quatro anos. Partimos da ideia de que o programa de reparações às vítimas constitui o “eixo estruturante” da justiça de transição no Brasil², promovendo os denominados “direitos da transição³”. E, a partir daí, buscamos explicitar a ambiguidade da Lei de Anistia de 1979, enquanto processo social cujo legado e consequências seguem em disputa, ensejando um “paradoxo da vitória de todos”⁴, que se traduz em

1 Uma versão anterior deste texto encontra-se publicada em Abrão, Paulo & Torelly, Marcelo D. “Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira”. In: *Revista Brasileira de Direito*, Ano 02, vol. 03, jul.-dez/2012, pp.357-379. As opiniões expressas neste texto são de seus autores, não necessariamente refletindo posições das instituições em que atuam. Versões preliminares deste trabalho foram apresentadas nos seguintes encontros políticos e acadêmicos: seminário internacional *Limites e Possibilidades da Justiça de Transição*, Porto Alegre: Faculdade de Direito da PUCRS, abril de 2012; seminário internacional *História Contemporânea: memória, trauma e reparação*, Rio de Janeiro: Instituto de História da UFRJ, maio de 2012; seminário *O direito à verdade: informação, memória e cidadania*, São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado, junho de 2012; seminário brasileiro-alemão *Transitional Justice: vergleichende einblicke in transitionsprozesse aus Brasilien und Deutland*, Frankfurt: Goethe Universität Frankfurt am Main, julho de 2012; concessão de título de Doutor *Honoris Causa* à Paulo Abrão Pires Junior pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Florianópolis, do Centro de Estudos Universitários de Santa Catarina (CESUSC), em agosto de 2012. Agradecemos a todos os que contribuíram para seu aprimoramento nestes distintos fóruns, permitindo agora a publicação de uma versão impressa de maior qualidade.

2 Veja-se nosso: Abrão, Paulo & Torelly, Marcelo D. “O programa de reparações como eixo estruturante da justiça de transição no Brasil”, in: Reátegui, Felix (org.). *Justiça de Transição – Manual para a América Latina*. Brasília/Nova Iorque: Ministério da Justiça/ICTJ, 2011, pp. 473-516. O termo Justiça de Transição será utilizado em sentido amplo para referir-se aos mecanismos disponíveis para lidar com o legado de violência do passado: verdade, reparação, justiça e reforma das instituições.

3 Cf. Abrão, Paulo & Genro, Tarso. *Os direitos da transição e a democracia no Brasil: estudos sobre a Justiça de Transição e a Teoria da Democracia*. Coleção Fórum Justiça e Democracia, vol. 01. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Capítulo 2.

4 Cf.: Torelly, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Capítulo 04, item 4.3.

A forte e histórica mobilização social da luta pela anistia e pela abertura política é de tal sorte que do conceito de anistia emana toda a concepção da Justiça de Transição no Brasil.

distintas concepções sobre a anistia no Brasil: de um lado, é lida como *impunidade e esquecimento*, de outro, como *liberdade e reparação*⁵.

A aprovação da lei de anistia no Brasil em 1979, durante o regime militar, é o marco jurídico fundante do processo

de redemocratização. A forte e histórica mobilização social da luta pela anistia e pela abertura política é de tal sorte que do conceito de anistia emana toda a concepção da Justiça de Transição no Brasil. O conceito de anistia enquanto “impunidade e esquecimento” defendido pelo regime militar e seus apoiadores seguiu estanque ao longo dos últimos anos, passando por atualizações jurisprudenciais. Por outro lado, o conceito de anistia defendido pela sociedade civil na década de 1970, anistia enquanto “liberdade”, seguiu desenvolvendo-se durante a democratização, consolidando-se na ideia de anistia enquanto “reparação” constitucionalizada no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988.

Para além da exposição da síntese desta tese, o presente texto procurará analisar também o momento atual da justiça transicional brasileira, com a articulação de novos movimentos sociais, com demandas por justiça junto ao Supremo Tribunal Federal⁶ e na Corte Interamericana

5 Cf.: Abrão, Paulo & Torelly, Marcelo D. “Resistance to change: Brazil’s persistent amnesty and its alternatives for truth and justice”, in: Lessa, Francesca & Payne, Leigh (org.) *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability*. Nova Iorque: Cambridge University Press, pp. 152-180 ou Payne, Leigh; Abrão, Paulo; Torelly, Marcelo D. (orgs.). *A Anistia na Era da Responsabilização – o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília/Oxford: Ministério da Justiça/Universidade de Oxford, 2011. pp.212-248.

6 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/2008.

de Direitos Humanos⁷. Em acréscimo, serão enfocadas a nova posição da Câmara Criminal do Ministério Público Federal⁸, a aprovação da Lei de Acesso à Informação⁹, a criação da Comissão Nacional da Verdade¹⁰ e as primeiras condenações judiciais relacionadas aos crimes da ditadura militar¹¹.

Tais elementos factuais, de acordo com o modelo de análise aqui proposto, consolidam a perspectiva social de uma ideia de anistia como “liberdade” e como “reparação”. E apontam para o surgimento de uma terceira fase de significação social da ideia de “anistia” no processo transicional brasileiro, a qual chamamos de *anistia enquanto verdade e justiça*.

Estas percepções alteram, concretamente, os pressupostos da *anistia enquanto impunidade e esquecimento*, propagada durante o regime militar e, ainda, afirmada por setores e instituições conservadoras.

1. A CENTRALIDADE DA ANISTIA DE 1979 E SUA AMBIGUIDADE DE SENTIDO NA TRANSIÇÃO POLÍTICA

A compreensão do significado político e jurídico do termo “anistia” na história do Brasil remete-nos, diretamente,

7 Caso Júlia Gomes Lund e outros vs. Brasil (caso Araguaia). Sentença disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_219_por.pdf, bem como em: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília: Ministério da Justiça, nº 04, jul/dez 2010, pp. 402-554.

8 Cf.: 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Documento nº 02/2011. *Workshop Internacional sobre Justiça de Transição: os efeitos domésticos da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil e as atribuições do Ministério Público Federal*. Brasília, 03 de outubro de 2011. Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/diversos/justica-de-transicao/documento%202.pdf>

9 Brasil. Lei 12.527 de 18 de novembro de 2011.

10 Brasil. Lei 12.528 de 18 de novembro de 2011.

11 Como na recente condenação à indenização de vítimas proferida em segunda instância contra Brilhante Ustra e a recente abertura de processo criminal na Justiça Federal do Pará, envolvendo o episódio da Guerrilha do Araguaia.

ao contexto político de disputa entre regime ditatorial e a resistência política na década de 1970. Após o golpe militar de 1964, que contou com o apoio de importantes setores civis, surgem diversos movimentos de resistência, inclusive de formas de resistência armada que não existiam antes do golpe, e que passam a ser utilizadas pelo regime militar em sua autojustificação¹².

Com a proclamação da medida de exceção denominada Ato Institucional nº 05, em 13 de dezembro de 1968, a ditadura, estimulada pelo ambiente da Guerra Fria, passou a atuar sistematicamente na repressão de tais movimentos de resistência, gerando, inclusive, uma política

A palavra de ordem do movimento social é a “anistia ampla, geral e irrestrita”, referindo-se a todos os “crimes” políticos praticados na resistência contra o regime. Esta fase, que chamamos de *primeira fase da luta pela anistia* caracteriza, portanto, a anistia “enquanto liberdade”.

oficial típica de Terror de Estado. Política destinada a generalizar a tortura e a exterminar os membros da resistência armada¹³, a banir ou exilar líderes políticos e sociais identificados com as ideologias de esquerda do país, além de gerar um incalculável número de atingidos por prisões, por demissões arbitrárias no setor público e privado, por perseguição política,

em sentido amplo. Promovendo cassações de direitos políticos, compelimento à clandestinidade, censuras, torturas, desaparecimentos forçados e execuções sumárias.

12 Skidmore, Thomas. *The politics of military rule in Brazil 1964-85*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1988, p.23.

13 É desta época que trata o caso Guerrilha do Araguaia, acima referida.

O movimento em favor da aprovação de uma anistia aos perseguidos políticos já é presente desde o início do Golpe, mas se fortalece entre os anos de 1974 e de 1975, liderado pelas mulheres. Após o momento mais crítico da repressão, as mães de filhos mortos, as viúvas de maridos vivos, os familiares de desaparecidos, dos presos e exilados políticos, ocupam a arena pública em busca de liberdade e de notícias para seus entes. O movimento pela anistia se irradia pela sociedade, abrangendo desde os militantes organizados que permaneceram no país, até o movimento estudantil e do meio cultural. Aliadas ao movimento popular operário insurgente, estas agremiações protagonizaram uma das maiores mobilizações sociais já registradas na história do Brasil.

A palavra de ordem do movimento social é a “anistia ampla, geral e irrestrita”, referindo-se a todos os “crimes” políticos praticados na resistência contra o regime. Esta fase, que chamamos de *primeira fase da luta pela anistia* caracteriza, portanto, a anistia “enquanto liberdade”. A luta social buscou o resgate das liberdades públicas: civis e políticas. A propósito, uma das crônicas políticas mais reconhecidas sobre o período, a relatar a histórica greve de fome de 32 dias dos presos políticos, em todo o Brasil, em favor da aprovação da lei de anistia, leva o simbólico título de “Fome de Liberdade”¹⁴.

A ampla mobilização popular obrigou a ditadura a rever sua posição contrária a qualquer anistia. Junto ao parlamento brasileiro bipartidário - que funcionou de forma descontinuada, sob intervenções e com parte

de senadores “biônicos” durante o período de exceção – o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), partido da oposição consentida, formulou um projeto de lei de anistia que tinha este condão: *devolver a liberdade a todos aqueles que o Estado ditatorial criminalizou*. Não obstante, o governo militar apresentou outro projeto de lei, que previa uma anistia aos “crimes políticos e conexos”, ou seja, uma anistia bilateral, porém restrita, excluindo os crimes violentos contra a pessoa, os ditos “crimes de sangue” praticados pela resistência¹⁵. Por apertada maioria de 206 a 201 votos, a anistia proposta pelo gabinete do governo militar foi aprovada.

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 aplicação¹⁶, segundo a legalidade autoritária vigente¹⁷.

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 a aprovar alguma lei de anistia. A anistia, mesmo parcial, permitiu recompor muitos direitos políticos, a saber: 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

15 Cf.: Gonçalves, Danyelle Nilin. “Os múltiplos sentidos da Anistia”, in: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, Jan/Jun 2009, pp. 272-295.

16 Na apreciação do caso “Rio Centro”, em 1981, a lei de anistia de 1979 sofrerá uma mutação jurisprudencial pela atuação do Superior Tribunal Militar, passando a ser uma lei “ampla e irrestrita” a todos os tipos de crimes, incluindo os crimes de Estado, e, forçosamente, até mesmo aqueles crimes cometidos posteriormente à sua edição.

17 O conceito de “legalidade autoritária” é do politólogo Anthony W. Pereira, tendo sido amplamente desenvolvido em: Pereira, Anthony W. *Ditadura e Repressão – o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, Chile e Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010, pp. 237-255.

PROCURADOS

Eles foram presos, sequestrados e torturados.
Eram pais de família.
Encontram-se desaparecidos e talvez mortos.

ANISTIA
Comite Brasileiro pela Anistia mais próximo
Qualquer informação procure o



Jana Moraes Barros



Orlando Bonfim



Maria Alves de Sousa



Stuart Angel Jones



Rui Fracho



João Romão



Roberto Pyles



Nilson Telen Guandú



Walter de Souza Ribeiro



Jorge José Forno



Lene Igênia Maranhão Filho



Fernando A. de Santa Cruz



Hiram de Lousa Pereira



Marcos Antonio Dias Barros



Ivo Dória de Oliveira



Ana Rosa Kacinski



Igar José Veloso



Luiz Eurico Tejera Lisboa



Helderino Monteiro Guimarães



Paulo de T. Celestino da Silva



Eduardo Collor Filho



Wilson Silva



Paulo Stuart Wright



Carlos Alberto S. de Frenco



David Capistrano



Vagner Gomes de Silva



Edgêr Aguiar Duarte



Edgêr Aguiar Duarte

CBA
Comite Brasileiro pela Anistia mais próximo
Qualquer informação procure o



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 a retomada do processo democrático e início da 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”¹⁸.

2. O CONTEXTO DA APROVAÇÃO DA LEI DE ANISTIA DE 1979:

UM ACORDO POLÍTICO ENTRE IGUAIS?

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*¹⁹. Seja em seu aspecto *jurídico*, de alcance concomitante aos crimes políticos da resistência e aos crimes “conexos” perpetrados pelos agentes públicos da repressão, seja em seu aspecto *político*, de uma condição de possibilidade inafastável para a reconciliação nacional, essa compreensão, ao nosso ver, merece algumas considerações críticas.

¹⁸ Cf.: Torelly, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Democrático de Direito*. Coleção Fórum Justiça e Democracia, vol. 02. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 184-198.

¹⁹ Por exemplo: Fico, Carlos. “A negociação parlamentar da anistia de 1979 e o chamado ‘perdão aos torturadores’”, in: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, Jul./Dez. 2010, pp. 318-332.

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”²⁰. 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, produzindo-se uma chantagem

20 Diferentemente do caso espanhol, onde uma anistia similar à brasileira é aprovada em um parlamento com possibilidade de oposição mais efetiva, integrado, inclusive, pelo Partido Socialista. Para uma excelente exposição crítica do caso espanhol, veja-se: Aguilar, Paloma. “A lei espanhola de anistia de 1977 em perspectiva comparada: de uma lei para a democracia a uma lei para impunidade”, in: Payne, Leigh; Abrão, Paulo; Torelly, Marcelo D. (org.). *A Anistia na Era da Responsabilização – o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília/Oxford: Ministério da Justiça/Universidade de Oxford, 2011, pp. 394-427.

odiosa e repressiva: a concessão de uma *liberdade restrita* somente seria admitida com a condição da *impunidade*.

Os aspectos percebidos neste suposto “acordo político”, no contexto da aprovação da lei de anistia, definitivamente, não são suficientes para carregar consigo as características e os efeitos *éticos* e *normativos* que caracterizam os acordos firmados sob a liberdade e a democracia. Mesmo que os personagens negociadores do “acordo” tenham considerado a anistia de 1979 como bilateral, não cabe afirmar-se o mesmo quanto aos movimentos políticos articulados pela sociedade civil.

Quanto ao *déficit* de juridicidade, a questão que se apresenta é a seguinte: acordos políticos do passado autoritário podem ter o condão de afastar o exercício de direitos humanos na democracia? Existe democracia sem direitos humanos?

Estes questionamentos não pretendem, de nenhuma maneira, deslegitimar a luta política daqueles que, pelos meios institucionais disponíveis, atuaram pela aprovação da lei de anistia de 1979 em favor dos presos políticos, mas sim, contextualizar o limite do possível à época. Procuram, portanto, diferenciar o momento da *contingência da transição* de seu momento de justiça, no caso, de *justiça de transição*. Tais questionamentos contribuem para elucidar os contornos claros deste eventual acordo: a atuação da oposição consentida (*restrita e limitada*), que não pode ser traduzida historicamente como um *abrangente acordo social*.

3. A CONSTITUINTE E A INSURGÊNCIA DA “ANISTIA COMO REPARAÇÃO”

Após a anistia, o movimento pela redemocratização ganha fôlego, mesmo sem afetar a manutenção do poder de controle do regime militar. Grandes manifestações clamam por eleições diretas para o cargo de Presidente da República. A ditadura, mais uma vez, demonstra sua força e capacidade de controle parlamentar e impõe mais uma derrota à sociedade organizada. Derruba a emenda Dante de Oliveira pelas “diretas já”. E, com o apoio de um parlamento fragilizado, aprova a manutenção das eleições indiretas, para a escolha do primeiro presidente civil pós-período ditatorial. Após as eleições, é convocada uma Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana. Este será o cenário de uma nova disputa pelo conceito de anistia, tida em um ambiente efetivamente mais democrático.

O colégio eleitoral para a eleição indireta de um presidente civil para o Brasil, este sim, foi um momento de acordo político. A chapa vencedora foi resultante de uma composição de um líder da oposição consentida, com o antigo presidente do partido de sustentação da ditadura. Este acordo sinalizou a falta de interesse em uma ruptura com o regime autoritário. Se, na aprovação da Lei de Anistia, mais de cinco anos antes, não houve *acordo*, e sim *disputa* entre dois projetos, eis aqui o momento do pacto político da transição brasileira. A transição, pela via indireta da eleição de Tancredo Neves (1985), foi pactuada com os militares. E transcorreu de forma tranqüila.

Enquanto a ditadura Argentina terminou em ruptura, o Brasil e o Chile são exemplos de transições controladas. E a ditadura brasileira executou de forma meticulosa seu *plano de saída*: (I) uma lei de autoanistia restrita para afastar posições políticas radicalizadas; (II) eleições indiretas para assegurar uma lógica de continuidade; e (III) ampla destruição de arquivos públicos dos centros e órgãos de repressão para tentar apagar vestígios e responsabilidades individuais pelas graves violações aos direitos humanos.

Um fator relevante para a compreensão da mutação do conceito de anistia acontece na convocação da Assembleia Constituinte. O ato de convocação da constituinte é formalizado por uma Emenda Constitucional à Carta outorgada pela Junta Militar de 1969. Esta Emenda reafirmou a anistia nos termos da lei de 1979, inclusive em suas ambiguidades, fazendo remissão ao perdão aos crimes políticos e conexos. A reafirmação da anistia ambígua, “bilateral”, no texto da Emenda Constitucional teve a intenção de “constitucionalizar” referido dispositivo e reiterar a dimensão da anistia enquanto “impunidade e esquecimento”.

Deve a Emenda Constitucional convocatória da Constituinte ser compreendida como uma limitação ao Poder Constituinte²¹? Uma espécie de limitação apriorística à própria Constituição democrática²²?

21 O voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF 153 é uma importante leitura desta tese, a qual defende que a Emenda 26 vincula e limita o Poder Constituinte.

22 A esse respeito, veja-se: Torelly, Marcelo D. “A anistia e as limitações prévias à Constituição”, in: *Constituição e Democracia (UnB)*, Brasília, outubro de 2009, pp. 20-21.

O fato é que independentemente de sua *forma* de chamamento, o Poder Constituinte brasileiro, *materialmente*, mostrou-se independente e não vinculado, como sói de ser um espaço político desta natureza²³. Como resultado, o processo constitucional consolidou-se como espaço de ampla discussão política e social, levando ao abandono do texto-base produzido por uma comissão de notáveis, e pela redação de uma efetiva constituição

o conceito de anistia defendido pela sociedade civil movimentou-se constitucionalmente para o sentido de uma *anistia enquanto liberdade e reparação*, antagônico com o sentido de anistia enquanto *impunidade e esquecimento* imposto pelo regime, seus cúmplices e seus intérpretes legais.

democrática, marcada pelas lutas e contradições que todo processo político crítico, como o é a insurgência constitucional, possui²⁴. O debate da anistia não escapou ao alcance deste processo.

esquecimento. Ao contrário, a Constituição da República de 1988 faz referência, em seu Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, a uma anistia *para os que foram atingidos por atos de exceção*, prevendo, inclusive, mais um conjunto de novos direitos reparatórios.

O que ocorre é que a nova Constituição resultante da Assembleia Constituinte não previu, em seus dispositivos, os mesmo termos da anistia ambígua e bilateral, a anistia enquanto *impunidade e*

23 Neste sentido, veja-se: Paixão, Cristiano. "A Constituição em disputa: transição ou ruptura?". In: Seelaender, Airton (org.) *História do Direito e construção do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, no prelo.

24 A esse respeito: Barbosa, Leonardo Augusto Andrade. *Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Universidade de Brasília, Faculdade de Direito: Tese de Doutorado, 2009.

Portanto, a anistia constitucional dirigiu-se aos *perseguidos políticos* e não aos *perseguidores*, omitindo-se quanto à anistia a crimes políticos e conexos. A propósito, esta mesma Constituição democrática, de modo coerente, declarou no rol dos direitos e garantias individuais (art. 5º) que *ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante* (inc. III); bem como que a lei considerará crimes *inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou de anistia* a prática da tortura(inc. XLIII).

Ao que tudo indica, a Constituição corroborou o sentido da *anistia enquanto liberdade*, somando-a a uma dimensão de *reparação*. E determinou que todos aqueles cidadãos atingidos por atos de exceção deveriam ser reparados pelo Estado democrático.

Desta feita, o conceito de anistia defendido pela sociedade civil movimentou-se constitucionalmente para o sentido de uma *anistia enquanto liberdade e reparação*, antagônico com o sentido de anistia enquanto *impunidade e esquecimento* imposto pelo regime, seus cúmplices e seus intérpretes legais.

Temos, portanto, que, dentre os quatro pilares da justiça de transição, quais sejam: verdade e memória; reformas das instituições, justiça e reparações²⁵; este último foi efetivamente constitucionalizado em 1988. Esta conquista constitucional só foi possível a partir da mobilização na Constituinte, especialmente exercida pelos sindicatos e associações de servidores públicos em geral, pelos perseguidos políticos - atingidos por atos de exceção ou afastados de suas funções durante

25 Veja-se: ONU. "O Estado de Direito e a Justiça de Transição em sociedades em conflito ou pós-conflito". S/2004/626. Tradução disponível em: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, Jan/Jun. 2009, pp. 320-350.



movimentos grevistas ocorridos durante a ditadura militar -, insatisfeitos com a incompletude das medidas reparatórias presentes na Lei de Anistia de 1979 e na Emenda Constitucional nº 25/85.

4. A SEGUNDA FASE DA LUTA PELA ANISTIA NO BRASIL:

A REPARAÇÃO COMO EIXO ESTRUTURANTE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

A ambiguidade da anistia de 1979, somada ao discurso social construído ao longo do Estado de Exceção estrutura, desta feita, os pilares da transição controlada, em três âmbitos distintos: *politicamente*, a negação da existência de vítimas e a justificação da violência por meio da tese dos dois demônios, que implica na inexistência de vítimas²⁶; *culturalmente*, pela afirmação do esquecimento como melhor forma de tratamento do passado²⁷; e *juridicamente*, pela garantia da impunidade por meio da lei de anistia.

Se, num primeiro momento, as forças sociais não foram capazes de superar esta estratégia, o desenvolvimento do programa de reparações às vítimas no Brasil, gradualmente, significou uma primeira ruptura. O seu resultado concreto é o de que um dos já citados pilares da transição controlada - a pretensão ditatorial ao esquecimento -, é rompido. Afinal, somente foi e é possível reparar aquilo que é objeto de conhecimento e conseqüente exercício da memória.

26 Confira-se, refutando tal tese em foro de estudos comparados: Pascual, Alejandra Montiel. *Terrorismo de Estado: a Argentina de 1976 a 1983*. Brasília: Ed.UnB, 2004.

27 Cf.: "País deveria olhar para frente, dizem militares"; in: *Folha de S. Paulo*, 06 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u464785.shtml>

Assim, um primeiro resultado imediato do programa de reparações é, por fim, um “estado de negação da violência de Estado” experimentado pelo país²⁸.

O Brasil tem duas comissões de reparação: a *Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*, que funcionou entre 1995 e 2007, e a *Comissão de Anistia*, atuante desde 2001 até os dias atuais. Para promover reparação, o Estado, necessariamente, reconhece a existência de vítimas e suas narrativas. E, mais ainda, reconhece as graves violações contra os direitos humanos perpetradas contra a resistência à ditadura.

De forma menos imediata, as comissões de reparação passaram a produzir *verdade e memória*, tornando-se mecanismos justransicionais transversais. Ao desfazer as narrativas oficiais sobre os crimes de Estado e reconhecer as narrativas das vítimas, as comissões efetivavam o direito à verdade, diante das violações de direitos humanos, mesmo antes de tal direito restar positivado no ordenamento jurídico doméstico pelo disposto na lei de criação da Comissão Nacional da Verdade. O processo de reparação resulta em um inédito acervo de testemunhos e de registros de violência que compõem os arquivos das duas Comissões de reparação²⁹.

Mais ainda, as comissões iniciaram a implantação de projetos de resgate da memória histórica das vítimas e passaram a promover diversas ações de educação e direitos humanos em todo o Brasil. A este relevante

28 Para um maior desenvolvimento da ideia de “estado de negação”, veja-se: Cohen, Stanley. *Estado de Negación*. Buenos Aires: UBA/ British Council, 2005.

29 Um amplo panorama deste processo é apresentado no nosso já referido texto “O programa de reparações como eixo estruturante da justiça de transição no Brasil”.

quadrante histórico, de mais de 20 anos, de conquista e afirmação da reparação e memória contra o esquecimento; de enfrentamento ao negacionismo dos agentes de repressão; de visibilidade às vítimas e seus relatos de violência sofrida; de reconstrução de episódios históricos que vigiam sob versões oficiais deturpadoras da verdade factual; de construção crescente de um importante consenso social sobre a existência e a gravidade destas violações; e do surgimento de novas mobilizações em torno da agenda da Justiça de Transição ainda pendente; damos o nome de *segunda fase da luta pela anistia*.

Ao desenvolver ao máximo o processo de reparações, transversalmente produzindo memória e verdade, a segunda fase da luta pela anistia caracteriza, portanto, um momento em que a anistia é lida como *liberdade e reparação*. Nesta fase, o conceito de anistia passou a ser debatido de forma mais direta e aberta.

Em 2007, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República lançou o livro relatório *Direito à Memória e à Verdade*, traçando, de forma sistematizada, seus 12 anos de atuação e quase 400 casos reconhecidos de mortes e desaparecidos praticados pela ditadura.

No mesmo ano, a Comissão de Anistia empreende uma particular virada hermenêutica. E, em deliberada disputa pela significação deste mecanismo histórico de clemência, institui atos públicos de pedidos de desculpas oficiais, em nome do Estado, a cada um dos ex-perseguidos e afetados pela violência do Estado de Exceção, por meio das chamadas *Caravanas da Anistia*³⁰. Se o conceito de

30 Vide: Abrão, Paulo; Carlet, Flávia *et alli*. "As Caravanas da Anistia: um mecanismo privilegiado da Justiça de Transição Brasileira." In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça. Nº 02. Jul./Dez. 2009, seção especial, pp.110-149.

anistia significava um gesto político do Estado direcionado a perdoar os cidadãos enquadrados nos dispositivos legais da Doutrina de Segurança Nacional, com a medida, a anistia ressignificada passou a constituir-se em ato no qual o cidadão violado é quem perdoa o Estado pelos erros cometidos contra ele no passado. A declaração de anistiado político torna-se um ato oficial de reconhecimento do direito de resistência da sociedade contra o autoritarismo e a opressão. Se o significado da anistia, para alguns, reverberava o *esquecimento* ou *amnésia*, agora ele passa, pela ação estatal de *reconhecimento*, a revelar o protagonismo da *reparação* e da *memória*³¹.

No mesmo sentido desta ressignificação institucional e política da ideia de anistia no Brasil, e, considerando iniciativas do Ministério Público Federal em ajuizar ações civis contra agentes torturadores da ditadura militar, a Comissão de Anistia realizou uma Audiência Pública no Ministério da Justiça. A iniciativa foi apoiada por mais de 30 entidades nacionais de direitos humanos, com o objetivo de questionar o alcance e a interpretação da lei de anistia de 1979 como regra de impunidade para os crimes contra a humanidade³².

31 Neste mesmo sentido, veja-se: Baggio, Roberta. “Justiça de Transição como reconhecimento: limites e possibilidades do processo brasileiro”. In: Santos, Boaventura; Abrão, Paulo; MacDowell, Cecília; Torelly, Marcelo D. (org.). *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro*. Brasília/Coimbra: Ministério da Justiça/Universidade de Coimbra, 2010, pp. 260-285.

32 Diante das reivindicações sociais e das obrigações assumidas pelo Brasil em compromissos internacionais, a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça promoveu a Audiência Pública “Limites e Possibilidades para a Responsabilização Jurídica dos Agentes Violadores de Direitos Humanos durante o Estado de Exceção no Brasil”, ocorrida em 31 de julho de 2008. Foi a primeira vez que o Estado brasileiro tratou oficialmente do tema após quase trinta anos da lei de anistia. A audiência pública promovida pelo poder executivo, com a devida representação de posições jurídicas e políticas divergentes, rompeu com uma espécie de mito em torno do “tema proibido” e teve o condão de unir forças que se manifestavam de modo disperso, articulando as iniciativas da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público Federal de São Paulo, das diversas entidades civis. Dentre estas, a Associação dos Juizes pela Democracia, o Centro Internacional para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), a Associação Brasileira de Anistiados Políticos (ABAP), a Associação Nacional Democrática Nacionalista de Militares (ADNAM). E, ainda, fomentou a re-articulação de iniciativas nacionais pró-anistia. A audiência pública resultou em um questionamento junto ao Supremo Tribunal Federal, por meio de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 153) pelo Conselho Federal da OAB. Ressalte-se que a controvérsia jurídica debatida e levada ao STF pela Ordem dos Advogados do Brasil advinha, inclusive, do trabalho do Ministério Público Federal de São Paulo, ao ajuizar ações civis públicas em favor da responsabilização jurídica dos agentes torturadores do DOI-CODI, além das iniciativas judiciais interpostas por familiares de mortos e desaparecidos. A exemplo do pioneirismo da família do jornalista Vladimir Herzog que, ainda em 1978, saiu vitoriosa de uma ação judicial que declarou a responsabilidade do Estado por sua morte e afastou a versão oficial e inverídica de seu suicídio.

O tema, que era considerado um tabu político, foi recolocado na pauta nacional. A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil junto ao Supremo Tribunal Federal é um dos produtos mais imediatos desta mobilização interinstitucional.

Em 2009, com a ampliação do rol de atores sociais atuantes na pauta, a sociedade civil mobilizada aprova junto à Conferência Nacional de Direitos Humanos a proposta de uma “Comissão da Verdade e Justiça”. A pauta seria incorporada ao III Plano Nacional de Direitos Humanos³³, e coadunaria, dois anos depois, na criação da Comissão Nacional da Verdade.

Em 2010, os familiares dos mortos e desaparecidos no episódio da Guerrilha do Araguaia, com apoio do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), conquistam uma sentença junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos. A sentença declara o dever do Estado brasileiro de suspender todos os obstáculos jurídicos impeditivos do direito à proteção judicial das vítimas, inclusive na esfera penal. E, ainda, de declarar a lei de anistia brasileira como uma clara autoanistia, incompatível com a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, especialmente em relação às graves violações contra os direitos humanos³⁴.

Como se percebe, na segunda fase da luta pela anistia, desde o trabalho das comissões de reparação e das ações

33 Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf>

34 Sobre a mobilização junto à Corte, veja-se: Kristicevic, Viviana; Affonso, Beatriz. “A dívida histórica e o caso Guerrilha do Araguaia na Corte Interamericana de Direitos Humanos impulsionando o direito à verdade e à justiça no Brasil” In: Payen, Leigh A.; Abrão, Paulo; Torelly, Marcelo D. (org.). *A Anistia na Era da Responsabilização – o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília/Oxford: Ministério da Justiça/Universidade de Oxford, 2011, pp. 344-390.

políticas de promoção da memória e da verdade, resgata-se e amplia-se o leque de atores sociais mobilizados para a agenda da justiça de transição³⁵. Mobilizam-se os familiares dos mortos e desaparecidos, os movimentos dos presos e perseguidos políticos, o movimento dos trabalhadores civis demitidos em lutas paredistas, o movimento de outros segmentos civis e militares sociais atingidos por atos de exceção. Enfim, mobiliza-se toda uma agenda de entidades de direitos humanos que se volta à temática com grande vitalidade.

Este momento de conscientização social sobre o passado gerou a corrosão dos pilares do *negacionismo* e do *esquecimento*, restando funcional apenas o pilar da *impunidade*, assegurada nos dias de hoje pela persistência da leitura dada à anistia de 1979 pelos tribunais superiores brasileiros.

5. IMPUNIDADES E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

A impunidade dos crimes de Estado perpetrados pela ditadura civil-militar abrange duas dimensões. Uma, relativa ao *conhecimento histórico* das graves violações aos direitos humanos e suas autorias individuais e institucionais. Outra, à possibilidade jurídica de aplicação de *sanções penais e civis* a estes autores.

Sobre o primeiro aspecto, a lei que institui a Comissão da Verdade pode representar um avanço. Enquanto que as

³⁵ Ao colocar na agenda nacional tal questionamento, as comissões de reparação recapitalizaram o papel político dos ex-perseguidos políticos. Entidades que haviam se afastado, momentaneamente, da agenda justransional, como a Ordem dos Advogados do Brasil, a União Nacional dos Estudantes, o Movimento de Direitos Humanos, a Associação Brasileira de Imprensa e a própria Conferência Nacional dos Bispos do Brasil retornam ao tema.



Comissões de reparação, por competência legal, apenas puderam reconhecer *atos* e assumir a *responsabilidade abstrata* do Estado brasileiro pelas violações ocorridas³⁶, a Comissão da Verdade tem poderes para sistematizar, pelo menos, as graves violações aos direitos humanos (torturas sistemáticas, desaparecimentos forçados, execuções sumárias, genocídios e massacres) e identificar sua *autoria individual e institucional*.

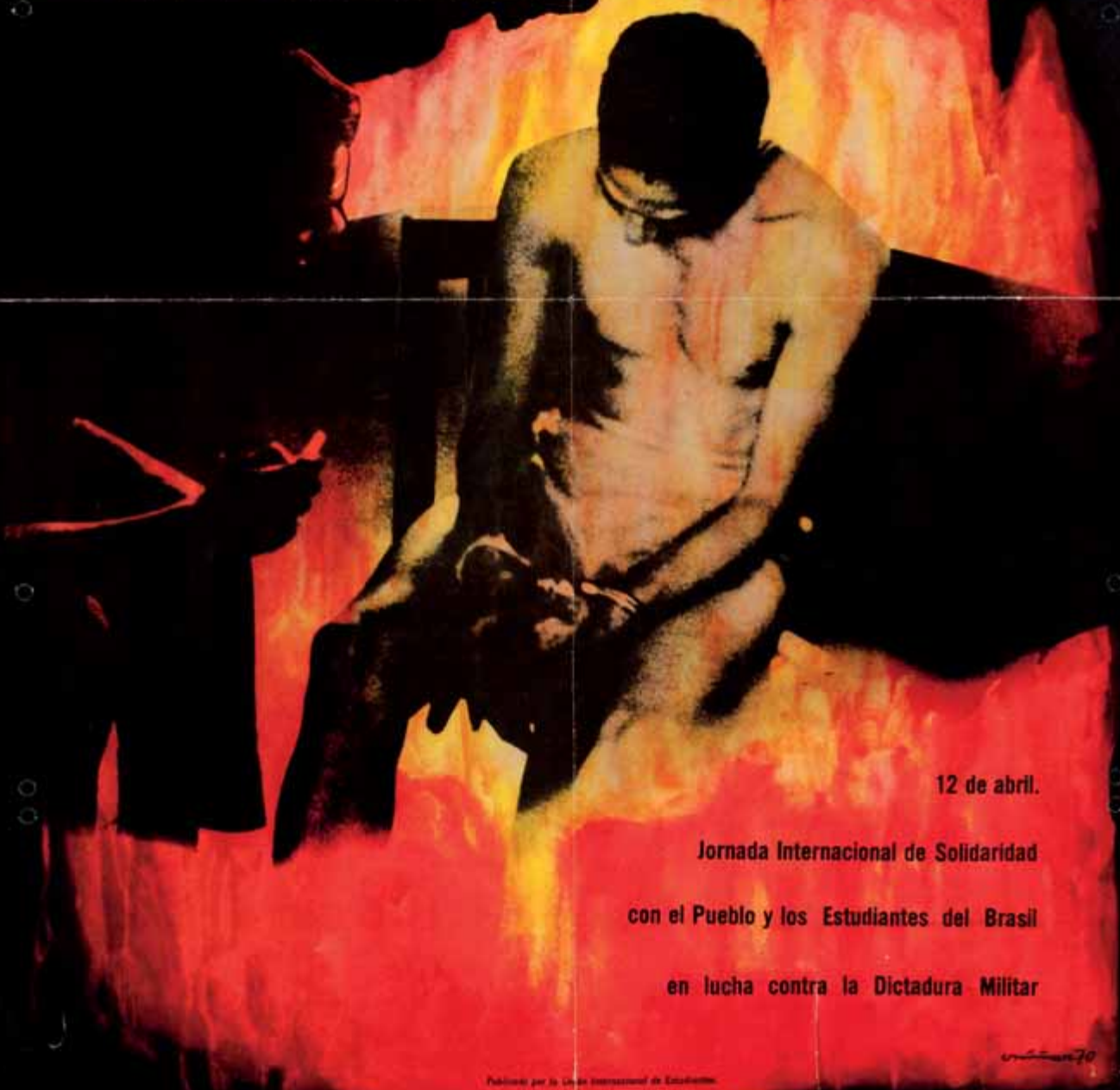
Isso significa que a Comissão da Verdade tem poderes para apurar todas as violações ocorridas, verificando um certo grau de responsabilidade, uma responsabilidade individual em sentido amplo. Não uma responsabilidade estritamente jurídica ou judicial, mas sim, no escopo do exercício do direito à verdade que é pertencente às vítimas e a toda a sociedade. O próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro negou o direito à proteção judicial das vítimas, impedindo a investigação criminal dos fatos cobertos pela lei de anistia, mas afirmou o direito da sociedade ter acesso à verdade.

E, neste aspecto, o Brasil diferenciou-se da tradição latinoamericana de associar verdade e justiça. “*No hay verdad sin justicia*”, expressa o Estado argentino que, em 2005, por meio de sua suprema corte, declarou a lei local de anistia inconstitucional. Com isso, foi possível abrir processos contra cerca de mil agentes da ditadura, sendo que 250 já foram condenados por crimes graves, entre outros, o próprio ex-ditador Jorge Videla³⁷.

36 Aquilo que Torelly definiu como o “modelo transicional brasileiro de responsabilidade abstrata” e que agora pode ser revertido, a depender do êxito das ações judiciais em curso pelo Ministério Público Federal e resultantes do trabalho da Comissão Nacional da Verdade. Para conhecer o modelo proposto por Torelly, veja-se: Torelly, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Coleção Fórum Justiça e Democracia, vol. 02. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp.354-368.

37 A esse respeito, veja-se: CELS/ICTJ. *Hacer Justicia*. Buenos Aires: Siclo XXI, 2011.

Contra la represión y las torturas en BRASIL



12 de abril.

Jornada Internacional de Solidaridad
con el Pueblo y los Estudiantes del Brasil
en lucha contra la Dictadura Militar

Publicado por la Unión Internacional de Estudiantes

1970



A Justiça de Transição, *in concreto*, pode ser concebida segundo três características: a complementaridade, a circularidade e a contextualidade dos seus mecanismos.

O Chile, mesmo não revogando sua lei de anistia, reconheceu e cumpriu a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para abrir investigações e condenar casos de graves violações aos direitos humanos, os

quais, como já dito, escapam ao alcance das leis de anistia³⁸. O Uruguai condenou Juan Bordaberry, seu último ditador, por atentado contra a democracia e por ser responsável por crimes de desaparecimento forçado. Isto, além de incentivar a realização de um intenso debate sobre a promoção de justiça, ante a outras violações³⁹. O Peru indiciou e sentenciou Alberto Fujimori⁴⁰. A Guatemala abriu dois julgamentos por acusações de genocídio contra o ex-ditador, Efraín Ríos Montt⁴¹.

São medidas que expressam, para as sociedades destes países, que a lei é igual para todos, inclusive para aqueles que um dia estiveram em posição de poder para manipular o modo de produção legislativa e direcionar institutos jurídicos de clemência para neutralizar seus próprios crimes. Trata-se de uma concepção na qual o Estado democrático

38 Sobre o caso chileno, veja-se: Collins, Cath *et alli*. "Verdad, justicia y memoria: las violaciones de derechos humanos del pasado" In: *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2011*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2011, pp 19-53.

39 Veja-se: Lessa, Francesca. "Barriers to justice. The *Ley de Caducidad* and Impunity in Uruguay" In: Lessa, Francesca; Payne, Leigh A. (org.). *Amensty in the Age of Human Rights Accountability – comparative and international perspectives*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012, pp. 123-151, bem como Skaar, Elin. "Impunidade versus responsabilidade no Uruguai: o papel da ley de caducidad" In: Payne, Leigh; Abrão, Paulo; Torelly, Marcelo D. *A Anistia na Era da Responsabilização*. Brasília/Oxford: Ministério da Justiça/Universidade de Oxford, 2011, pp. 428-469.

40 Cf.: BURT, Jo-Marie. "Culpado: o julgamento do ex-presidente peruano Alberto Fujimori por violações dos direitos humanos" In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, nº 04, Jul./Dez. 2010, pp.108-137.

41 Veja-se: Roth-Arriaza, Naomi; Braid, Emily. "De facto and de Jure amnesty laws: the Central American case" In: Lessa, Francesca; Payne, Leigh A. (Org.). *Amensty in the Age of Human Rights Accountability – comparative and international perspectives*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2012, pp. 182-209.

presta contas daquilo que foi feito anteriormente pelo Estado de Exceção, pela via da justiça de transição.

A Justiça de Transição, *in concreto*, pode ser concebida segundo três características: a *complementaridade*, a *circularidade* e a *contextualidade* dos seus mecanismos.

Complementaridade significa que verdade, memória, justiça e reparação são elementos que se entrecruzam, suas funções são superpostas e interdependentes. Por exemplo, o direito à verdade depende tanto da atuação das comissões de verdade e reparação quanto do sistema de justiça.

Circularidade significa que os resultados de uns destes mecanismos remetem à necessidade de aplicação dos outros. Por exemplo, o trabalho final de uma comissão da verdade impõe novas medidas reparatórias, abre horizontes de justiça e promove novas memórias.

Contextualidade, por sua vez, implica que os mecanismos são aplicados conforme as características históricas, políticas e de cada transição local. Por exemplo, as ditaduras na América Latina ocorreram no contexto da Guerra Fria, estimuladas por uma das potências do mundo bipolar contra a expansão do poder da outra. No caso brasileiro, lutava-se contra a expansão do pensamento socialista e das ideias de esquerda. As ditaduras do Leste Europeu, por sua vez, são contextualmente diferentes das do Cone Sul. As eventuais democracias que insurjam do processo da Primavera Árabe serão, igualmente, distintas. Esses padrões contextuais devem ser levados em conta tanto para a integração de políticas interestatais, quando para sua diferenciação.

Para a América Latina, que possui défices históricos na consolidação do Estado de Direito, é particularmente caro que o sistema de Justiça participe do processo de democratização da sociedade e das instituições. E, assim, supere um conjunto de jurisprudências autoritárias para afirmar os direitos humanos visando vocacionar-se para a superação de uma concepção institucional de controle social repressivo rumo a uma concepção de segurança e justiça protetiva da emancipação social. Por sua vez, no Leste Europeu, o deságio residia na própria construção de sistemas de justiça vinculados ao ideário constitucionalista⁴².

Se estas diferenças contextuais interregiões são relevantes, as distinções interregionais também merecem atenção. É preciso registrar que a cooperação entre as justiças dos países sul-americanos, por exemplo, tem sido vital para a promoção de justiça. A posição do Brasil sobre justiça de transição tem, assim, reflexos em nível regional, vez que perpetradores de outros países latinoamericanos estão em território nacional e suas extradições dependem da compreensão jurídica que o Brasil assume sobre a sua própria anistia.

6. ANISTIA COMO “VERDADE E JUSTIÇA”?

Atualmente, emergem, no Brasil, *novos movimentos sociais* com o lema da busca de Verdade e Justiça, análogos aos movimentos que antes surgiram na Argentina e no Chile. Questionam a validade da lei de anistia. Exigem o

Se, na primeira fase da luta pela anistia, os movimentos sociais demandavam *liberdade*, e, na segunda, *reparação e memória*, estes novos movimentos sociais avançam ainda mais a agenda da transição, inaugurando a *terceira fase da luta pela anistia*, ao demandarem *verdade e justiça*.

estes novos movimentos sociais avançam ainda mais a agenda da transição, inaugurando a *terceira fase da luta pela anistia*, ao demandarem *verdade e justiça*. No período recente, após a aprovação da Comissão da Verdade e da Lei de Acesso à Informação, vemos surgirem novos atores sociais da agenda justransicional: os comitês estaduais pela memória, verdade e justiça, o “movimento quem?”, o “levante popular da juventude” e os “aparecidos políticos” são alguns destes novos atores. A manifestação popular contra a comemoração do golpe de 1964 pelos clubes militares, em 2012, no Rio de Janeiro, e os atos políticos dos “escrachos”, demonstraram a capacidade de mobilização destes atores e grupos⁴⁴.

cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos para que sejam superados os obstáculos jurídicos para a responsabilização judicial dos agentes perpetrados de crimes contra a humanidade⁴³.

Se, na primeira fase da luta pela anistia, os movimentos sociais demandavam *liberdade*, e, na segunda, *reparação e memória*,

43 Um exemplo pode ser encontrado em: Mourão, Alexandre *et alli*. “Os aparecidos políticos: arte ativista e justiça de transição.” Em: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, nº 06, jul./dez. 2011, no prelo.

44 Cf.: “Comemoração do golpe de 64 termina em tumulto no Rio”, disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/comemoracao-do-golpe-de-64-termina-em-tumulto>

Tais quais os movimentos anteriores, estes novos movimentos sociais não se insurgem contra a anistia, que mantém sua centralidade na agenda da justiça de transição brasileira desde os anos 1970. Mas sim, *disputam seu significado*, apontando para uma leitura da *anistia enquanto justiça e verdade*, que exclua dos efeitos da lei de anistia de 1979 os graves delitos de Estado, os denominados crimes contra a humanidade. Pode-se dizer que buscam gerar as condições objetivas para aproximação com o modelo chileno de justiça de transição, onde uma anistia penal para crimes comuns convive com julgamentos por delitos contra graves violações contra os direitos humanos⁴⁵.

O que explica a eficácia da lei de anistia no Brasil, distintamente dos demais países latinoamericanos, é a combinação de *fatores históricos*, relacionados à transição controlada; *fatores sociais*, como a mobilização social tardia em torno do tema; *fatores políticos*, típicos dos presidencialismos de coalizão e da dificuldade de composição de maiorias estáveis e programáticas; e *fatores jurídicos*, especialmente em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal ao validar a bilateralidade da lei de anistia de 1979.

A interpretação dada à lei de anistia pelo Judiciário da ditadura (em especial pelo Superior Tribunal Militar), recentemente reiterada pelo Supremo Tribunal Federal democrático, por meio do julgamento da ADPF nº 153, é um desafio objetivamente colocado.

45 O modelo de "equilíbrio da justiça", exemplificado pela compatibilização entre anistias e julgamentos é defendido por alguns autores como aquele que mais produz aprimoramentos democráticos pós-transicionais. Confira-se: Olsen, Trícia; Payne, Leigh A.; Reiter, Andrew. *Transitional Justice in Balance*. Washington: United States Peace Institute, 2010.

A decisão do Supremo Tribunal Federal baseou-se, em síntese, em três argumentos: 1º) Por ser bilateral, a lei de anistia brasileira não se trataria de uma autoanistia, como outras da região; 2º) Contra a anistia brasileira não se aplicaria a tipologia de crimes contra a humanidade; e 3º) Tratando-se de uma lei de reconciliação, somente o Poder Legislativo poderia modificá-la. Coincidentemente, essas foram as mesmas fundamentações recentemente utilizadas no julgamento do magistrado espanhol Baltazar Garzón, o que permite corroborar a por muitos alegada similitude entre o processo transicional brasileiro e espanhol⁴⁶.

Particularmente temos leitura crítica a esta decisão pelos seguintes motivos: (I) ela reconhece, no regime iniciado após o golpe de Estado em 1964, os elementos essenciais de um Estado de Direito; (II) considera legítimo o pacto político contido na Lei de Anistia que, mesmo sendo medida política, teria o condão de subtrair um conjunto de atividades delitivas da esfera de atuação do poder judiciário; (III) conseqüentemente, como efeito prático, negou o direito à proteção judicial aos cidadãos violados em seus direitos fundamentais pelo regime militar, por meio de exercício de controle de constitucionalidade; (IV) reconhece que a lei de anistia e a emenda Constitucional convocatória da Constituinte são as bases do Estado Democrático de Direito no Brasil; (V) ignora que anistiar os “dois lados” em um mesmo ato não anula o fato de que o regime estaria anistiando a si próprio; (VI) não leva em conta os tratados e convenções internacionais em matéria de

46 Huntignton, por exemplo, define os dois casos como emblemáticos do modelo de “transição por transformação”. Cf.: Huntington, Samuel. *The third wave*. Norman: Oklahoma University Press, 1993.

direitos humanos, especialmente a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que já havia declarado como inválidas as autoanistias e a anistia a graves violações contra os direitos humanos; (VII) omite-se quanto ao tratamento consoante os precedentes do próprio tribunal constitucional pátrio, em sede da imprescritibilidade dos crimes de desaparecimento forçado, forjados nos casos de extradição de repressores argentinos.

Assim, o fato é que a decisão do STF tornou a lei de 1979, em sua dimensão de “impunidade”, formalmente válida no ordenamento jurídico democrático brasileiro, estabelecendo uma continuidade direta e objetiva entre o sistema jurídico da ditadura e o da democracia.

Evidentemente, é muito cedo para se saber em que medida esta *terceira fase da luta pela anistia* no Brasil tem – ou terá – a força política necessária para alterar este estado das artes. Mas o certo é que, como nos demais países da região, somente a atuação social poderá ensejar tal alteração⁴⁷.

Essa possibilidade de nova ressignificação do conceito de anistia, no Brasil, rumo à Verdade e à Justiça, constituiu-se em momento de reflexão sobre as conexões entre a *política* e o *direito* e envolvem um conjunto de aspectos muito interessantes:

1. A relação do direito internacional e o direito nacional no Brasil;

⁴⁷ Como recentemente afirmado pela titular da Comissão Nacional da Verdade, Rosa Cardoso. Cf.: “Revisão da Anistia depende da opinião pública” In: *O Estado de S. Paulo*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso, revisao-da-anistia-depende-de-opiniao-publica-diz-rosa-cardoso-cunha,873966,0.htm>.



2. Os fundamentos da Constituição brasileira;
3. Os efeitos penais e civis das leis de anistia;
4. A distinção entre crimes políticos e crimes comuns;
5. O papel do Judiciário nos processos de democratização;

O certo é que já existem resultados tangíveis que apontam, ao menos, para uma nova etapa de nossa justiça de transição. Primeiramente, temos, hoje, positivado em nosso ordenamento, o *Direito à Verdade*. Depois, resta criada – e em funcionamento – uma *Comissão Nacional da Verdade*, com poderes e estrutura para realizar algo nunca antes feito em nosso país: a sistematização e a identificação das autorias de um conjunto de violações contra os direitos humanos, promovidas pela ação ou pela omissão estatal. Tais ações de sistematização e identificação serão acompanhadas de um conjunto de *recomendações de reformas institucionais* para o enfrentamento do legado de tais violações.

A Comissão da Verdade é produto de um processo histórico que deita longas raízes, chegando à disputa original pelo conceito de anistia presente nas ruas em 1979. Constitui, certamente, um momento ímpar e extraordinário para avançar. Tem poderes, estrutura e atribuições que nenhum outro mecanismo de nossa justiça transicional já teve.

Não obstante, a Comissão Nacional da Verdade *não será a última etapa de nossa agenda transicional*. Somando-se aos esforços já empreendidos, a Comissão

da Verdade é um *passo à frente*, pois seria um erro esperar que a Comissão da Verdade possa, ou deva, dar conta de todas as dívidas pendentes da transição, ou que seja sua responsabilidade fazê-lo isoladamente. Experiência como a do Chile, que teve duas comissões da verdade e uma mesa de negociação, são extremamente exemplificativas dos potenciais e limitações que tais mecanismos têm para fazer avançar a democracia⁴⁸.

A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Guerrilha do Araguaia” também foi elemento determinante para a *alteração da posição institucional do Ministério Público Federal* que, após defender a anistia enquanto impunidade no julgamento da ADPF nº 153, passa, agora, a buscar alternativas para contornar tal interpretação. E, a partir daí, processar, pelo menos, as mais graves violações praticadas contra os direitos humanos, incorporando, em sua atuação institucional, importantes aportes da doutrina do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Propiciando, então, um deslocamento gradual do modelo de impunidade espanhol para o modelo de responsabilidade parcial chileno.

Finalmente, tivemos, recentemente, a *primeira denúncia criminal aceita pela Justiça Federal do Brasil, no estado do Pará*⁴⁹.

Aos somarem-se ao contexto dos novos atores sociais, atualmente mobilizadas, essas mudanças institucionais insurgem-se justamente contra o último sustentáculo da estratégia de saída dos agentes do regime militar

48 Cf.: “Verdade e Justiça em perspectiva comparada” José Zalaquett responde Marcelo D. Torelly. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, nº 04, Jul./Dez. 2010, pp. 12-29.

49 Justiça Federal. Seção do Pará. Subseção Marabá. 2ª Vara. Autos nº 4334-29.2012.04.01.3901.

de 1964: *a perpetuação da impunidade*. Embora ainda muito recente, esse novo cenário que se desenha é o mais favorável para a Justiça de Transição no Brasil desde a redemocratização.

7. APORTES FINAIS:

A ANISTIA ENQUANTO REPARAÇÃO, MEMÓRIA, VERDADE E JUSTIÇA

Esta apresentação buscou resumir e apresentar, de forma direta e sintética, um conjunto de argumentos que vem sendo construído coletivamente, há alguns anos, para não apenas explicar, mas, também, incidir no processo transicional brasileiro. Resumimos, então, suas teses centrais.

Primeiro, a de que a anistia é um elemento cuja centralidade e mutabilidade é fundamental para a devida compreensão da justiça de transição brasileira. Do conceito de anistia emana toda a concepção da Justiça de Transição no Brasil. No Brasil, Verdade, Reparação e Justiça dependem do conceito de anistia. Sem compreender a amplitude, ambiguidade e a disputa em torno do conceito de “anistia” no Brasil, corre-se o risco de assimilar um senso comum do discurso da “anistia enquanto impunidade e esquecimento”, desperdiçando-se, assim, o enorme potencial político que o conceito de anistia tem em nossa transição para a expansão das liberdades públicas.

Segundo, a tese que considera que o processo de reparação às vítimas foi o *eixo estruturante* da justiça de

transição no Brasil. Mesmo tratando-se de um processo tardio, quando comparado com o dos países vizinhos, temos que seu fluxo de seguimento nunca cessou. E desenvolveu-se, gradualmente, com o somatório de forças ocorrendo justamente na medida que o processo de reparação corroía dois dos pilares de sustentação da estratégia de saída do regime (a negação da existência de vítimas e a imposição do esquecimento). Engendrando, inclusive, o atual questionamento do pilar da impunidade.

Terceiro, a luta pela anistia atravessa gerações e consolida-se como marco de formação de nossa identidade democrática. É por meio desta luta que a sociedade se mobiliza para mudar um conjunto de alegados elementos de conformação de nossa identidade nacional. Como exemplo, temos a premissa do “homem cordial”, avesso à ruptura, que é apropriada e distorcida pela estratégia de saída do regime por meio de um “acordo político”. É esta luta que nos leva a refutar a ilação de que somos um povo pacífico, somente porque temos um número de vítimas fatais menor em nossa ditadura que nas de alguns dos países vizinhos, o que nos leva à falácia da “ditabranda”. E, sobretudo, a ideia de que é possível esquecer o passado e olhar para o futuro como se o mundo se iniciasse neste mesmo instante.

Quarto, o processo transicional brasileiro nos deixa claro que somente um amplo trabalho político e jurídico é capaz de superar o legado e os reflexos das culturas autoritárias advindas dos regimes de exceção. E que é função do Direito das democracias do presente *romper* com as pretensões das transições controladas.

Quinto, o legado de direitos que a Justiça de Transição vem consolidando, no Brasil e no mundo, é um patrimônio comum da humanidade, que deve ser cultivado e universalizado. No plano doméstico, o enfrentamento ao autoritarismo deve ser estendido a outras causas e a outros períodos. O direito à verdade e ao acesso à informação é, sem dúvida, um exemplo por excelência do que esta conclusão pretende apontar. Todos nós temos direito a um Estado transparente e que preste contas a população sobre seus atos. Esse é um caso de legado transicional que deve ser universalizado. No plano internacional, resta clara a consolidação de uma *norma global de responsabilização individual*. Seja no plano civil, seja no plano criminal, nenhuma pessoa pode ser considerada inalcançável pelo devido processo legal, nem ser excluída da responsabilidade por seus atos, principalmente quando estes implicam em graves violações contra os direitos humanos.

As experiências de justiça de transição nos demonstram que a palavra “justiça” não existe no singular, vez que pode ser praticada de distintas maneiras. Não obstante, parece-nos claro que a noção de crimes contra a humanidade – impassíveis de anistia e imprescritíveis –, ajuda a consolidar um padrão mínimo de justiça efetivamente capaz de promover a proteção dos direitos humanos no âmbito global.



ABERTURA DOS TRABALHOS DA COMISSÃO DE ANISTIA EM 2012



Isaac Amorim/ACSI/MJ

ENTREVISTA

**KAI AMBOS RESPONDE
COM EXCLUSIVIDADE**



**SUPERAÇÃO DO PASSADO: COMO
ENFRENTAR AS INJUSTIÇAS DE UM
REGIME DE EXCEÇÃO?**



SUPERAÇÃO DO PASSADO: COMO ENFRENTAR AS INJUSTIÇAS DE UM REGIME DE EXCEÇÃO?

KAI AMBOS RESPONDE EM ENTREVISTA EXCLUSIVA

O conceito de justiça de transição, em toda a sua dimensão - considerado desde os seus objetivos até o papel das suas diferentes medidas - é o principal tema abordado pelo jurista alemão Kai Ambos, em entrevista exclusiva concedida à Revista Anistia. Durante um encontro realizado em agosto de 2012, no Departamento de Direito Penal Internacional e Comparado da Universidade de Göttingen (Alemanha), o entrevistado respondeu às perguntas formuladas por Eneas Romero de Vasconcelos, Gabriel Ducatti Lino Machado e Saulo Monteiro de Matos. Como resultado, o conteúdo das respostas vai além do desafio de fundamentar um debate amplo e profundo sobre subtemas relevantes, a exemplo de responsabilização penal, anistia e comissão de verdade. O texto justifica e, ao mesmo tempo, reafirma o fato de Kai Ambos ser consagrado, hoje, como um dos principais nomes do direito penal no âmbito da comunidade científica internacional.



KAI AMBOS
FONTE: UNIVERSIDADE DE GÖTTINGEN

RA: O que o Sr. entende por justiça de transição? Qual seu entendimento de “justiça” e de “transição” que compõem, ou devem compor, o seu conceito? Qual o seu marco teórico?

KA: Em sentido estrito, o conceito (justiça de transição) descreve a situação da Justiça na fase de mudança de uma ditadura para um regime democrático. Naturalmente, o problema de como devemos lidar com atos injustos do, ou no regime passado, existia muito antes da “invenção” do conceito Justiça de Transição. De certo modo, se trata apenas de uma nova “etiqueta” para um problema antigo, o que não altera a problemática de fundo. Novidade, talvez, seja que, com o movimento

da Justiça de Transição, reconhece-se amplamente que as transições no sentido mencionado possuem uma dinâmica especial, a qual torna necessário um conceito mais aberto e flexível de Justiça (Penal). Trata-se de um conceito que inclui medidas de persecução penal e também medidas alternativas, como por exemplo reparações, publicização, confissões dos fatos criminosos.

RA: “Justiça de transição” ou “justiças de transição”? Existiria um modelo universal de justiça de transição, a ser aplicado a todos os lugares e em todos os tempos? Ou cada país deve, necessariamente, desenvolver seu próprio modelo de justiça de transição? Quais seriam os parâmetros mínimos para uma justiça transicional?

KA: Eu fui, certa vez, convidado pelo Ministério das Relações Exteriores da Alemanha para preparar um estudo sobre o tema: “legal framework of transitional justice”¹, no qual eu procurei desenvolver, a partir dos instrumentos internacionais existentes, da jurisprudência de direitos humanos e do *soft law*, alguns parâmetros mínimos exigíveis em um processo de transição, como, por exemplo, em relação à admissibilidade de impedimentos à persecução penal, especialmente as anistias. Em relação às fontes do direito, não há nenhum *hard law* no direito internacional no tocante à

¹ Veja-se: <http://www.peace-justice-conference.info/documents.asp> e http://www.editoraforum.com.br/loja/produtos_descricao.asp?lang=pt_br&codigo_produto=554



LIBERTA' PER IL POPOLO BRASILIANO

a cura del PCB



inadmissibilidade dos impedimentos, o que faz, então, com que possamos falar apenas em recomendações com vinculação limitada. Ademais, é necessário observar-se sempre as peculiaridades de cada caso.

RA: Voltemo-nos ao caso brasileiro. Vinte e sete anos após o fim da ditadura militar e vinte e quatro anos após a promulgação da atual carta constitucional, o país vive um momento de certa estabilidade política e crescimento econômico. Por outro lado, vários direitos fundamentais, aos quais a nova Constituição pretende dar efetividade, são constantemente violados. Não obstante, os debates acerca da chamada justiça de transição ressurgiram, nos últimos anos, tornando-se importante topos argumentativo. E o Estado brasileiro passou a promover diversas medidas nesse sentido. Pergunta-se: por que devemos falar de justiça de transição hoje? Não seria mais adequado trabalharmos as violações passadas de direitos humanos simplesmente no âmbito de um discurso constitucional?

KA: Essa é uma pergunta muito boa e importante. Como você pode depreender da resposta à primeira pergunta, eu sou cético em relação ao “movimento justiça de transição”, que foi iniciado e até hoje é dominado por influentes grupos e pessoas dos EUA, no que diz respeito à sua objetiva contribuição para a solução dos problemas que surgem no âmbito de uma transição. No contexto da passagem, nos anos 1990, das ditaduras

unipartidárias do real-socialismo para as democracias multipartidárias do Estado de Direito foi utilizado, na Alemanha e na Europa oriental, preferencialmente, os conceitos “Vergangenheitsaufarbeitung” e “Vergangenheitsbewältigung”, algo como processamento, superação do passado. Substancialmente se trata, como já foi dito antes, de responder à pergunta sobre como deveremos lidar com a injustiça do antigo sistema e, portanto, como deveremos superá-la. No fim, se trata de como se poderia realizar uma transição sem possíveis atritos, o que é normalmente o mais difícil: conciliar a legítima pretensão das vítimas por Justiça (penal), verdade e indenizações com o interesse social na garantia da segurança pública e, sobretudo, de normalidade econômica.

Um âmbito constitucional já existente, com os respectivos órgãos constitucionais independentes um do outro, especialmente um tribunal constitucional forte, poderia ajudar a atingir esse objetivo. Conciliar os interesses sociais conflitantes mediante procedimentos de democracia participativa é a mais própria atribuição de uma Constituição de um Estado de Direito vivenciada. Trata-se, nas palavras do constitucionalista alemão Konrad Hesse, de concordância prática.² Nesse sentido, um âmbito constitucional, em que fosse vivenciado e praticado o Estado de Direito constitucional, facilitaria a transição.

² Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 20. ed. Heidelberg: Müller, 1995, número de margem 72.

RA: O número de crimes contra a humanidade cometidos na Alemanha e em outras ditaduras na América Latina é consideravelmente maior que no Brasil. Qual a relevância da quantidade de violações e de vítimas para a justiça de transição?

KA: Não apenas a quantidade, mas sobretudo a qualidade das violações. Existe, sim, por exemplo, uma diferença de peso entre o conteúdo de injustiça de um genocídio, como o que foi cometido pelos Nazistas contra os judeus, e da perseguição seletiva de opositoristas como aconteceu na Espanha de Franco ou na República Democrática Alemã (RDA) - deixando-se de lado as diferenças nos detalhes. De igual modo, existe uma diferença quantitativa entre o Brasil e outros países do cone sul, sobretudo a Argentina e o Chile, especialmente caso se compare a população desses países. Apesar disso eu diria que os crimes que atingem a qualidade de crimes internacionais mais sérios (genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra nos termos do Estatuto de Roma, arts. 5-8) deveriam, em princípio, ser objeto de persecução penal, mesmo que sejam poucos.

RA: O que o Brasil tem a aprender com o processo transicional alemão pós-nacional-socialismo e a ocupação soviética da República Democrática Alemã (RDA)?

KA: Esta é uma pergunta difícil. Há que se ressaltar, primeiramente, que os dois processos alemães são muito distintos.³

Comum aos dois casos é o fato de que o enfrentamento do passado foi influenciado por atores e fatores externos - por um lado, pelas potências vitoriosas da segunda guerra mundial, por outro lado, pela Alemanha ocidental como representante do sistema vitorioso -, e isso os diferencia da situação no Brasil, onde se trata de um puro processo interno (desconsiderada a influência da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos). Talvez fosse interessante, para o processo brasileiro, olhar mais de perto para as diferentes medidas que foram utilizadas no segundo processo alemão, mas também em outros processos nacionais.

RA: No Brasil, até o momento, não houve qualquer responsabilização penal de agentes envolvidos nas ações ilegais e violadoras de direitos humanos do Estado de Segurança Nacional. Por outro lado, verificam-se avanços no tocante à reparação financeira e moral pelo Estado às vítimas diretas e indiretas da ditadura através dos trabalhos da Comissão de Anistia. Na sua opinião, pode haver justiça de transição sem responsabilidade penal? A reparação que vem sendo feita no Brasil já não é suficiente?

KA: Essas são, na verdade, duas perguntas. Em relação à primeira eu acredito, como já foi dito acima e escrito alhures, que os crimes mais graves devem ser investigados e processados criminalmente. Em relação à segunda questão, eu não tenho condições de respondê-la por não conhecer com profundidade todos os detalhes da situação brasileira.

³ Veja-se http://www.ibccrim.org.br/site/revista/capa.php?rev_id=102.

RA: O Sr. acredita que a responsabilização penal poderia, porventura, ser feita sem a aplicação da pena, mas, simplesmente, através de sentença judicial, anunciando a culpa dos condenados (à semelhança, por exemplo, da ação civil declaratória, na qual o Estado brasileiro declara oficialmente Carlos Alberto Brilhante Ustra como torturador – v. Apelação 0347718-08.2009.8.26.0000 TJ/SP)?

KA: Essa seria uma medida alternativa no sentido acima mencionado e, assim, defensável como um menos em relação a uma plena condenação penal se a condenação *ad personam*, por razões preponderantes, não for levada em consideração.

RA: O Supremo Tribunal Federal considerou a lei de anistia brasileira (Lei 6.683/79) válida no julgamento da ADPF 153/DF, em abril de 2010, o que garante, juridicamente, a não responsabilização penal aos autores dos delitos praticados durante a repressão política do regime militar. Pouco depois, em novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou, no caso Guerrilha do Araguaia, inválida a anistia brasileira, por consistir em uma autoanistia e, ademais, exigiu a persecução penal em relação à criminalidade estatal praticada. É possível conciliar estas duas posições? Qual decisão deve prevalecer?

KA: Essa é novamente uma questão muito difícil. A pergunta sobre como um tratado internacional e, com isso, também, a jurisprudência de um órgão por ele instituído atua no âmbito interno de um

Estado deve ser respondida, primeiramente, pelo direito constitucional nacional. De acordo com a Constituição brasileira, os tratados sobre direitos humanos possuem *status* constitucional ou infraconstitucional (art. 5º, § 2º e § 3º da CF), ou seja, eles não estão acima da Constituição. Correspondentemente, a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana não afastam os valores da Constituição brasileira, tal como entendidos pelo Supremo Tribunal Federal como o tribunal competente. A ordem jurídica da Convenção não afasta a ordem jurídica dos Estados-membros, senão que fica, como qualquer outro regime jurídico internacional, em princípio, ao lado dessas, caso o direito constitucional de um Estado-membro não estipule algo diverso. E, mesmo quando se torna parte do direito interno, um tratado internacional só pode afastar a Constituição se essa lhe conferir hierarquia superior. Dito de outra e mais concreta forma: o Supremo Tribunal Federal tem a autoridade exclusiva para interpretar a Constituição brasileira; não há um automatismo no sentido de que, em caso de conflito com a Convenção, essa prevaleça. Entretanto, por força da vinculação internacional do Brasil à Convenção, dever-se-ia evitar uma interpretação constitucional que seja contrária à Convenção; antes, o Supremo Tribunal Federal deveria, como o Tribunal Constitucional Federal alemão, interpretar a Constituição “conforme os direitos humanos”, para assim estabelecer uma concordância prática entre ela e a Convenção.

RA: Como o Sr. avalia a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) com relação às anistias latino-americanas? E no caso uruguaio, ela extrapolou a sua competência? É possível comparar a jurisprudência da CIDH com a da corte europeia?

KA: Eu distinguiria fases da jurisprudência da CIDH. As primeiras decisões desde o conhecido caso Velasquez Rodríguez contra Honduras, sobre desaparecimentos forçados, por um lado, estabeleceram os fundamentos para a superação, no âmbito interno dos Estados, das ditaduras e, por outro lado, ocorreram num clima político favorável, no qual a Corte apoiou os novos governos democráticos na tentativa desses de superação. Mas, com a consolidação das novas democracias, e, antes de tudo, com a consolidação de seus sistemas judiciários nacionais, diminui a necessidade de uma intervenção da CIDH. Perante esse pano de fundo, parecem ser muito detalhadas e concretas as exigências da Corte sobre indenização às vítimas, exigências que, circunstancialmente, intervêm de maneira muito intensa na autonomia administrativa e orçamentária de um Estado. Assim, é questionável, por exemplo, quando a Corte determina a construção de uma rua ou o erguimento de um memorial em um lugar específico; as repartições públicas locais sabem muito melhor como tais medidas devem ser concretamente implementadas. Além disso, a execução de tais medidas

pode ser um obstáculo a outros projetos (sociais) importantes, por não haver mais recursos disponíveis. Assim, seria desejável que a Corte, às vezes, se contivesse um pouco mais.

Quanto à comparação com o Tribunal Europeu sobre Direitos Humanos, gostaria de me referir a um trabalho meu recente no marco do grupo latino-americano de estudos de direito penal internacional, onde comparamos a jurisprudência de ambos os Tribunais.⁴ Em geral, pode-se talvez dizer que a jurisprudência da Corte Europeia seja mais variada e diferenciada do que a da CIDH, já que a Corte Europeia lida com um espectro muito mais amplo de violações a direitos humanos. Mas já vemos hoje essa diferenciação também na jurisprudência da CIDH, por exemplo, no campo da liberdade de expressão, e isso certamente ainda crescerá.

RA: Como o Sr. avalia a recente instauração da Comissão da Verdade no Brasil? Quais são seus pontos positivos? Quais os pontos negativos? O que a comissão brasileira precisaria fazer, na sua opinião, para ter êxito?

KA: Em princípio, uma tal comissão deve ser avaliada positivamente e é um importante elemento em um processo de transição. Mas ela tem que preencher determinados requisitos para que seja

⁴ Veja-se: Ambos/Malarino, coords., SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL - Tomo II, 2011, disponível em <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/Forschung/lateinamerikanische-studiengruppe-zum-internationalen-strafrecht.html>)

efetiva. No estudo já mencionado acima eu enumero os seguintes: 1) A independência, o reconhecimento público e a legitimidade dos integrantes da Comissão da Verdade. 2) A existência de um ponto de contato identificado publicamente para as vítimas e as testemunhas. 3) A autonomia e a independência financeira, política e administrativa da Comissão e o reconhecimento de poderes investigatórios e apoio nacional e internacional. 4) *Mandato* para o estabelecimento de responsabilidades individuais e, também, para esclarecer as *causas do conflito* de modo a prevenir a recorrência de violações futuras. No mínimo, os crimes codificados no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra) devem ser abrangidos pelo mandato. 5) Além de um mandato com prazo limitado deve haver um processo de *acompanhamento* subsequente, permitindo, eventualmente, a continuação da investigação caso atrocidades passadas não tenham sido satisfatoriamente esclarecidas pela primeira Comissão. 6) A Comissão deve identificar as vítimas e recomendar reparações aos órgãos estatais competentes. 7) Deve haver ampla *cooperação* com outros órgãos estatais, incluindo o fornecimento de informações para as autoridades responsáveis pela persecução. 8) Os *perpetradores* suspeitos devem ser levados à Comissão da Verdade para confessar, publicamente, os seus crimes e fornecer provas de outros; as vítimas devem estar presentes; no

caso de identificação dos perpetradores (“dar nomes”) seus direitos ao devido processo legal devem ser respeitados. 9) A possível concessão de *anistias* ou de perdões deve ser condicional, i.e., depender da natureza e da gravidade dos crimes e da extensão em que os suspeitos cooperaram para a descoberta da verdade e para a compensação das vítimas; se essas condições não forem satisfeitas, a Comissão da Verdade deve ter autoridade para rejeitar a aplicação (da anistia ou do perdão) e encaminhar o caso para o sistema da justiça penal. 10) Deve haver uma *ampla participação* da sociedade, em particular das vítimas, na Comissão. O *relatório* final deve ser publicado e tornado *amplamente disponível* ao público geral por meio de mídias que sejam técnica e culturalmente acessíveis. 11) Todos os órgãos do Estado devem, de boa fé, levar em consideração as recomendações da Comissão da Verdade e implementá-las na maior medida possível; um órgão de monitoramento deve ser estabelecido com este propósito. Se a comissão brasileira preenche esses critérios, isso os leitores certamente podem julgar melhor do que eu.

Tradução: Eneas Romero de Vasconcelos e Gabriel Ducatti Lino Machado

JURISTA TEM INÚMERAS OBRAS PUBLICADAS NO BRASIL

Kai Ambos, nascido em 29 de março de 1965, na cidade universitária de Heidelberg (Alemanha), exerce, na atualidade, os cargos de professor e de juiz do Tribunal Estadual de Göttingen (*Landesgericht*). Realizou os seus estudos de doutorado e habilitação (livre-docência) na consagrada Faculdade de Direito da Universidade de Munique (Alemanha). Entre 1991 e 2003, foi, *inter alia*, responsável pelas áreas de “Direito Penal Internacional” (incluindo Direitos Humanos) e “Hispanoamérica” no Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional, em Freiburg (Alemanha). Neste mesmo período, também atuou como professor assistente na cátedra do Prof. Dr. Albin Eser, “professor agregado” (*Privatdozent*) na Universidade de Munique e “professor suplente” (*Lehrstuhlvertreter*) na Universidade de Freiburg. Desde maio de 2003, é professor catedrático e diretor do departamento de Direito Penal, Processual Penal, Comparado e Penal Internacional da Universidade de Göttingen (Alemanha).

PRINCIPAIS TEMAS

Dentre os seus principais campos de investigação, destacam-se o processo de transição na Alemanha no pós-segunda guerra mundial e pós-reunificação e a proposta de um

legal framework para a justiça de transição no mundo. Tal proposta abrange a elaboração - a partir das experiências históricas e das fontes do direito penal internacional - dos critérios normativo-jurídicos para a regulação do fenômeno da transição entre regimes.

PUBLICAÇÕES

No Brasil, a sua habilitação foi parcialmente publicada, sob o título “Parte Geral do Direito Penal Internacional”, pela editora Revista dos Tribunais, destinando-se a apresentar os fundamentos e principais marcos teóricos da disciplina do Direito Penal Internacional. Dentre os diversos livros organizados por ele, ou de sua autoria, publicados no Brasil, estão: “Anistia, Justiça e Impunidade – Reflexões sobre a Justiça de Transição” (2010), “Processo Penal Europeu” (2008), “Lavagem de Dinheiro e Direito Penal” (2007), “Direito Penal – Fins da Pena, Concurso de Pessoas, Antijuridicidade e Outros Aspectos” (2006) e “Tribunal Penal Internacional – Possibilidades e Desafios” (2005). Recentemente, publicou o livro “Processo Penal Internacional” (2012) pela editora *Lumen Juris*.



SEMINÁRIO INTERNACIONAL COMISSÃO DA
VERDADE E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

FONTE: ARQUIVO CA/MJ



55ª CARAVANA DA ANISTIA, SÃO PAULO/SP,
CINEMATECA BRASILEIRA, 08 E 09 DE MARÇO DE 2012.
FONTE: COMISSÃO DE ANISTIA/ARQUIVO NACIONAL.



52ª CARAVANA DA ANISTIA, TERESINA/PI, CÂMARA MUNICIPAL,
30 DE MARÇO DE 2012.
FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

ANAIS DO SEMINÁRIO



A JUSTIÇA TRANSICIONAL NO BRASIL: A ANISTIA E O PAPEL DAS CORTES NA SUPERAÇÃO DO PASSADO AUTORITÁRIO

UNIVERSIDADE DE GÖTTINGEN

ORGANIZADORES:

ENEAS ROMERO
GABRIEL DUCATTI
KAI AMBOS
LAURO SWENSSON
SAULO MATOS



PREFÁCIO

Este volume da Revista Anistia Política e Justiça de Transição reúne nove artigos apresentados no seminário “A Justiça Transicional no Brasil: A Anistia e o Papel das Cortes na Superação do Passado Autoritário”, realizado em 18 e 19 de maio de 2012, no Departamento de Direito Penal e Processual Penal Internacional e Comparado do Instituto de Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Göttingen, na Alemanha. O evento reuniu, dentre os participantes e organizadores, doutorandos integrantes do Grupo Latino-Americano, responsável pela promoção de atividades acadêmicas na área do Direito na América Latina.

A pluralidade dos assuntos abordados, a saber: justiça transicional, legitimidade e validade da anistia brasileira, irretroatividade, conflito de jurisdições etc., aliada às diferentes perspectivas adotadas – processualista, penalista, internacionalista, jusfilosófica, constitucional e civilista – conferem significativa representatividade a esta coletânea. Os textos produzidos podem ser considerados como um painel demonstrativo das discussões *jurídicas* hodiernas acerca da transição de um Estado de Injustiça (*Unrechtsstaat*) para um Estado Democrático de Direito. A exemplo do que vem ocorrendo no Brasil, desde a Constituição de 1988.

Embora com uma justiça de transição tardia, se comparado com os demais países do cone sul, o Brasil apresenta características próprias, as quais justificaram a realização deste seminário com enfoque específico sobre a situação brasileira. E, ainda, evidencia-se a necessidade de estudos mais profundos acerca da sua transição política. Estas características peculiares ao debate brasileiro ganharam, sem dúvida, maior relevância no direito penal internacional.

E isso se deu a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal referente ao sentido da validade da lei de anistia brasileira, e, posteriormente, da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Guerrilha do Araguaia. Uma resolução deste conflito de jurisdições parece ser ponto decisivo para os caminhos do direito penal internacional na América Latina e no Brasil. Isto porque este último, reconhecido como uma liderança econômica e política no cone sul, se depara com a autoridade da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ressalte-se, o termo “Justiça de Transição” é um rótulo recente, criado para um problema mais antigo, com o intuito de fazer referência à mudança de um sistema ditatorial, de um *Unrechtsstaat*, para um Estado democrático de Direito. A Alemanha, tanto no pós-guerra como depois da unificação, fez essa transição. E o tema vem sendo, desde então, amplamente debatido pela

sociedade e pela academia com a adoção de medidas diversas. Outros países, especialmente latino-americanos e europeus, passaram por experiências semelhantes no século XX.¹

Os organizadores do seminário e dos artigos apresentados, Eneas Romero de Vasconcelos, Saulo Monteiro de Matos, Gabriel Ducatti Lino Machado e Lauro Swensson Jr., são brasileiros que compõem - juntamente com doutorandos argentinos, colombianos, chilenos, peruanos e uruguaios -, o Grupo Latino-Americano. E confirmam a importância da pesquisa no campo do estudo jurídico voltado para a região de onde se originam, aproveitando o acesso que dispõem a uma biblioteca de referência internacional, com bibliografia comparada e internacional (para maiores informações, veja <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de>).

A partir da iniciativa de se colocarem à frente de evento tão relevante, demonstram ter consciência de que a problemática da justiça de transição (no Brasil) se situa em lugar fronteiro, em meio a diversas perspectivas científicas e filosóficas. Ao mesmo tempo em que ressaltam a carência de análises jurídico-dogmáticas e jurídico-teóricas mais específicas. A partir desta visão, buscaram contribuir para o debate brasileiro por meio de um esforço de criação de um espaço livre, aberto às críticas e plural nas ideias, realizado, assim, não por acaso, na Alemanha.

O esforço culminou em um diálogo franco, desenvolvido com um alto grau de cientificidade entre os diversos doutorandos brasileiros originários das universidades de Göttingen, de Heidelberg e de Frankfurt am Main, os quais participaram como convidados. Destaco que, com regozijo, foi deste diálogo que também pude participar e, sobremaneira, apreciar. Chama a atenção o fato de que esta pluralidade não se exaure no plano das ideias, mas também encontra correspondência no plano fático: todas as regiões do Brasil (norte, nordeste, centro-oeste, sul e sudeste) foram representadas pelos respectivos autores dos artigos publicados.

O debate acadêmico na Universidade de Göttingen acerca do tema justiça de transição brasileira, refletido nos artigos publicados nesta revista, foi realizado com a ideia de que, por um lado, o Brasil possa retirar algo da experiência de outros países. E que, em contrapartida, venha, com suas peculiaridades, enriquecer e contribuir para o debate internacional. Por isso, quero agradecer, sinceramente, aos organizadores do seminário e a todos os participantes por suas colaborações importantes. A nossa universidade está sempre disposta a facilitar este tipo de intercâmbio acadêmico sério – e tão relevante – para o futuro do Brasil.

Kai Ambos

Alemanha, setembro de 2012.

¹ Veja-se: América Latina K. Ambos/E. Malarino (coords.), Justicia de transición, Bogotá, Temis, 2009.



NOTA INTRODUTÓRIA

DITADURA E PENSAMENTO¹

Lauro Joppert Swensson Jr.

Goethe Universität-Frankfurt am Main

Após o fim de uma ditadura, a sociedade e, especialmente, os novos detentores do poder estatal, veem-se na difícil tarefa de confrontar-se com seu passado e administrar as consequências que dele decorrem, de sorte a criarem-se importantes transformações não apenas políticas, mas também jurídicas, éticas e culturais no país. É preciso definir vítimas, repará-las e compensá-las; atribuir responsabilidades e encontrar formas de punição aos responsáveis; promover mudanças na legislação e em certas instituições; oferecer outra “verdade” histórica e uma nova ideologia em substituição à que orientou os atos da ditadura etc. Tal tarefa, resultante da ruptura de um sistema político de um Estado, mostra-se especialmente necessária e urgente quando, no regime anterior, foram perpetradas graves e sistemáticas violações aos direitos humanos, como torturas, desaparecimentos forçados e execuções extrajudiciais. De modo a confrontar o sistema jurídico com enormes e difíceis problemas:

Como um Estado Democrático de Direito deve lidar com seu legado autoritário? Como o sistema jurídico, especialmente o direito penal, deve reagir às graves violações de direitos humanos praticadas no passado? Além de medidas reparatorias financeiras e morais, deve-se também ensinar a perseguição e a penalização aos autores da criminalidade estatal, mesmo que isso viole determinadas garantias constitucionais? Mais concretamente: é possível, num Estado Democrático de Direito, revogar a anistia concedida a ditadores e torturadores, desconsiderar a extrapolação do prazo prescricional e, dessa forma, flexibilizar o princípio da irretroatividade da lei penal em prejuízo ao réu ou ao acusado, para possibilitar assim a responsabilização penal dessas pessoas? Até onde, afinal, o direito penal pode e deve ser utilizado como instrumento para a superação do passado autoritário?

¹ Gostaria de agradecer a Dimitri Dimoulis, Erika C. Vegners, Pedro Adamy, Regis Dudena e Saulo M. de Matos pela leitura crítica e seus valiosos comentários, sendo minha a responsabilidade pelos posicionamentos e eventuais erros.



As decisões a serem tomadas e cujos limites estão contidos na distinção entre “bem” e “mal” e na alternativa “perdão ou penalização” costumam ser baseadas em argumentos morais, éticos e políticos, geralmente impregnados com forte carga emotiva por envolverem muitas vezes situações traumáticas. Todavia, tais decisões necessitam igualmente ser avaliadas pelos critérios do direito e da justiça (“*Transitional Justice*”)² — o que implica, por sua vez, definir o que é jurídico e o que não o é; ou seja, diferenciar o direito dos demais sistemas normativos (como a moral, política, economia, religião, o sistema científico-acadêmico etc.) para a solução do problema. Desse modo, um problema eminentemente político (demarcar a diferença entre o antigo e o novo regime, garantir a estabilidade deste) torna-se tanto jurídico (como sancionar de maneira juridicamente correta?) como jus-filosófico (como justificar a responsabilização e punição de ex-detentores do poder?).³ Trata-se, pois, de operações difíceis e controvertidas, que exigem profundas reflexões sobre as exigências e finalidades de uma política de justiça transicional, sobre os meios mais adequados para alcançá-la e, por fim, sobre as condições fáticas e normativas, bem como os respectivos custos das decisões a serem tomadas.

2 Neumann, Ulfrid. Apresentação do congresso “*Justiça de Transição: análises comparadas Brasil e Alemanha*”, realizada nos dias 16, 17 e 18 julho de 2012, em Frankfurt am Main.

3 Dimoulis, Dimitri. Justiça de transição e função anistiantes no Brasil. Hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização. In: Dimoulis, Dimitri, Martins, Antonio e Swensson Jr., Lauro Joppert. *Justiça de Transição no Brasil. Direito, Responsabilização e Verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92.



Para tratar dessas e de outras questões é que foi realizado, nos dias 18 e 19 de maio de 2012, no Departamento de Direito Penal Internacional e Direito Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de Göttingen, Alemanha, o seminário “*A Justiça Transicional no Brasil – A anistia e o papel das cortes na superação do passado autoritário*”, como parte do projeto acadêmico organizado pelos doutorandos *Saulo M. de Matos, Gabriel Ducatti Lino Machado, Eneas Romero de Vasconcelos* e por mim, sob a coordenação do Prof. Dr. *Kai Ambos*. O projeto consistiu em reunir acadêmicos brasileiros que fazem (ou que faziam à época) Doutorado em Direito na Alemanha para tratarem de assuntos específicos relacionados ao tema geral da Justiça de Transição no Brasil. Uma discussão que fora acesa no Brasil a partir de meados da década passada, e que amiúde se inflama por congressos e seminários que se espalham pelo país afora e através dos trabalhos da Comissão de Anistia, atravessa agora o Atlântico e passa a ser feita também no ambiente acadêmico alemão.

Boa parte dos trabalhos e das discussões concentrou-se no exame da validade da anistia concedida aos agentes da repressão da ditadura, tida atualmente como principal obstáculo para a responsabilização penal dos autores da criminalidade estatal pretérita, de modo a tocar em um dos “nervos expostos” da atual discussão brasileira. Após a exposição de um panorama geral sobre a atual situação brasileira em relação aos vários objetivos que permeiam a Justiça de Transição (*Fabiana Godinho McArthur*), foram tratados de maneira vertical: *a*) problemas de direito constitucional, tanto metodológicos como substanciais, relativos à sentença da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 153 (ADPF/153) pelo Supremo Tribunal Federal (*Gabriel Ducatti Lino Machado*); *b*) o conflito da jurisdição internacional e nacional para o tratamento de graves violações de direitos humanos e, especificamente, a antinomia entre as decisões do STF na ADPF/153, em 29 de abril de 2010, e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* (“Guerrilha do Araguaia”), em 24 de novembro do mesmo ano (*Eneas Romero de Vasconcelos*); *c*) o problema da falta de legitimidade democrática do legislador que editou a Lei de Anistia de 29 de agosto de 1979 (Lei 6.683/79), configurado a partir do “Pacote de Abril” imposto pelo Presidente Geisel em 1979 e atuando ainda sob a vigência de um regime autoritário (*Saulo Monteiro de Matos*); *d*) os limites colocados pelo princípio da legalidade para a responsabilização penal dos agentes estatais anistiados pela Lei 6.683/79 e, em especial, a questão de se o atual legislador democrático pode ou não revisar o conteúdo dessa lei e decidir pela utilização do direito penal comum para a realização da justiça de transição no Brasil (*Antonio Martins*). De minha parte, procurei enfrentar a questão de até que ponto e em que sentido a anistia aos autores da criminalidade da ditadura militar e sua subsequente impunidade penal prejudica e obstaculiza a justiça de transição brasileira.⁴

4 O referido artigo “*Constitui a anistia obstáculo para a justiça de transição brasileira?*” constitui uma versão revisada e ampliada de trabalho já publicado no livro “*Justiça de Transição, Reparação e Verdade: uma perspectiva comparada Brasil-Espanha*”, a partir do congresso realizado em Sevilha entre 11 e 13 de maio de 2011. Essa nova versão, que decorre dos debates realizados em Göttingen e em outros eventos acadêmicos, irá compor a obra coletiva resultante do congresso de Frankfurt am Main: “*Justiça de transição: análises comparadas Brasil e Alemanha*”. É por esta razão que ela não se encontra publicada nesta obra.

Além disso, foram oferecidas importantes contribuições sobre outros pontos sensíveis do debate nacional. A saber: o tratamento dispensado às vítimas da repressão política da ditadura, desde a problemática acerca da definição da categoria das vítimas, a responsabilidade assumida pelo Estado brasileiro para com elas, até as críticas envolvendo os critérios adotados para reparação civil (*Rafael Longhi*); o problema da vagueza normativa nas transições políticas e de mudanças de regime, como no caso da anistia concedida pela Lei 6.683/79 (*Pedro Adamy*); questões envolvendo o modelo de Comissão da Verdade instaurado no Brasil (*Paula Maria Nasser Cury*), suas devidas funções e possíveis resultados, enquanto “organização do sistema político” (*Regis Dudena*).

Muito mais do que tentar reproduzir nesta nota introdutória os criativos artigos apresentados e as proveitosas discussões travadas no seminário, deixando ao leitor o direito de desfrutá-los sem maiores antecipações e intervenções, gostaria de me debruçar brevemente sobre outra questão, cuja necessidade de enfrentamento parece-me sintomática da qualidade do debate instaurado no Brasil sobre esse tema: Por que, afinal, discutir a justiça de transição brasileira fora do Brasil? Qual seria sua contribuição?

Com a promulgação da Lei de Anistia em 1979 e a redemocratização do Estado em 1985, vigorou não apenas a impunidade penal aos agentes da repressão da ditadura, mas também todo um *silêncio* sobre os crimes e violências praticados; e que não deveríamos abrir a “Caixa de Pandora” do passado autoritário, mas concentrarmo-nos na construção de um novo futuro para o Brasil. Quando iniciei, por exemplo, meus estudos no Mestrado em Direito sobre os “problemas de validade da lei de anistia brasileira”,⁵ era ainda possível vivenciar certas situações que hoje parecem esdrúxulas, como a negação pelo historiador encarregado do estande da Biblioteca do Exército na 18ª edição da Bienal do Livro de São Paulo, em 2004, da ocorrência de condutas supostamente criminosas e de abusos praticados pelo regime militar no exercício da repressão política. Ou ainda admoestações, como a de um professor da Universidade Metodista de Piracicaba em entrevista para o ingresso no Mestrado, no sentido de alertar-me sobre represálias e perigos que eu poderia vir a sofrer por parte daqueles que querem ou precisam esquecer o passado. “Você não tem medo?”, perguntou-me.

Graças aos esforços das vítimas da repressão e de seus familiares, que não se calaram sobre a impunidade concedida a seus carrascos e sobre o esquecimento imposto às iniquidades praticadas; de alguns (poucos) acadêmicos então engajados em tratar desse assunto-tabu nas salas de aula; de certos setores do governo federal, como o Ministério da Justiça e a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; da Comissão de Anistia com suas pedagógicas caravanas; e devido também às amplamente divulgadas ações judiciais propostas pelas vítimas

5 Swensson Jr, Lauro Joppert. *Anistia Penal: problemas de validade da lei de anistia brasileira*. Curitiba: Juruá, 2007, sob orientação e com prefácio de Dimitri Dimoulis.

e pelo Ministério Público,⁶ assim como aos julgamentos da ADPF/153 pelo STF e do caso “Guerrilha do Araguaia” pela CIDH, aos poucos essa temática foi ganhando destaque na mídia e nos debates acadêmicos, até tornar-se atualmente importante *topos* argumentativo. Se até o início da década passada a justiça de transição brasileira era muito pouco estudada no país, especialmente pelos juristas, desde então ela passou a ser o objeto principal de análise de vários autores, haja vista o crescente número de publicações sobre esse tema,⁷ bem como da defesa de teses e dissertações nas universidades.⁸

Contra o silêncio, o negacionismo por parte dos militares, as equiparações equivocadas e por vezes maldosas sobre o passado (teoria dos dois demônios), o permanente risco de repetições e pelo respeito ao sofrimento das vítimas e seus familiares, havia, num primeiro

6 Por exemplo: a ação movida contra a União para a abertura de arquivos e a localização dos restos mortais dos mortos e desaparecidos políticos da “Guerrilha do Araguaia” (processo no 82.00.24682-5, da 1ª Vara Federal do Distrito Federal). Ações civis declaratórias movidas pelas famílias Teles e Merlino, para que Carlos Alberto Brilhante Ustra fosse declarado torturador pela Justiça (processos nº 05.202853-5 e nº 583.00.2007.241711-7, da 23ª e 42ª Varas Cíveis de São Paulo). A ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal contra Carlos Alberto Brilhante Ustra e Audir Santos Maciel, dois ex-comandantes do DOI-CODI de São Paulo (processo nº 2008.61.00.011414-5, da 8ª Vara Federal de São Paulo). A aceitação pela juíza federal Nair Cristina Corado Pimenta de Castro, do Tribunal Regional da 1ª Região, Subseção de Marabá, da denúncia apresentada pelo MPF contra o major da reserva Lício Augusto Maciel e o coronel da reserva Sebastião Rodrigues de Moura (“Major Curió”), acusados da prática do crime (permanente) de sequestro durante suas participações nas atividades de combate à Guerrilha do Araguaia etc.

7 É possível verificar importantes publicações nacionais sobre o tema da justiça de transição, com a participação destacada de juristas. Por exemplo: Soares, Inés Virginia Prado, Kishi, Sandra Akemi Shimada. *Memória e Verdade. A justiça de transição no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2009; Dimoulis, Dimitri, Martins, Antonio e Swensson Jr., Lauro Joppert. *Justiça de Transição no Brasil. Direito, Responsabilização e Verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010; 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; Safatle, Vladimir, Teles, Edson (Org.). *O que resta da ditadura. A exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010; Prado, Alessandro Martins, Batista, Cláudia Karina Ladeia, Santana, Isael José (Org.). *Direito à Memória e à Verdade e Justiça de Transição no Brasil. Uma história inacabada! Uma república inacabada!* Curitiba: CRV, 2011; Mazzuoli, Valerio de Oliveira, Gomes, Luiz Flavio. (Org.) *Crimes da Ditadura Militar. Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: RT, 2011; Borges, Bruno Barbosa. *Justiça de Transição. A transição inconclusa e suas consequências na democracia brasileira*. Curitiba: Juruá, 2012. Especificamente sobre a lei de anistia brasileira: Mezarobba, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências - um estudo do caso brasileiro*. São Paulo: Humanitas/FAPESP, 2006; Swensson Jr., Lauro Joppert. *Anistia Penal. Problemas de validade da lei de anistia brasileira*. Curitiba: Juruá, 2007; Bastos, Lucia Elena Arantes Ferreira. *Anistia. As leis internacionais e o caso brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009; Martins, Roberto Ribeiro. *Anistia. Ontem e hoje*. São Paulo: Brasiliense, 2010. É mister ainda destacar os trabalhos publicados na Revista “Anistia Política e Justiça de Transição” do Ministério da Justiça, assim como nas obras coletivas decorrentes dos congressos internacionais promovidos pela Comissão de Anistia no exterior. Por exemplo: Santos, Boaventura de Sousa, Abrão, Paulo et. al. (Org.). *Repressão e memória política no contexto ibero-brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010; Payne, Leigh A., Abrão, Paulo, Torelly, Marcelo (Org.). *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.

8 A título meramente indicativo, cf. Henriques, Ana Claudia. *Gestão política do passado: a construção da memória do regime militar nos arquivos públicos brasileiros*. Mestrado em Ciência da Informação. Dissertação. Departamento de Ciência da Informação e Documentação da Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2007; Santos, Roberto Lima. *A responsabilidade internacional do estado brasileiro no sistema interamericano de direitos humanos pela violação aos direitos das vítimas da ditadura militar (1964 a 1985)*. Mestrado em Direito. Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro (FUNDINOPI), Jacarezinho, 2009; Torelly, Marcelo. *Justiça Transicional e Estado Constitucional de Direito: Perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro*. Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2010; Quinalha, Renan Honório. *Justiça de Transição: contornos do conceito*. Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012; Greco, Heloisa Amélia. *Dimensões fundacionais da luta pela anistia*. Doutorado em História. Faculdades de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2003; Swensson Jr, Walter Cruz. *Os limites da liberdade: a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de crimes políticos durante o regime militar de 1964 (1964-1979)*. Doutorado em História. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006; Teles, Edson Luís de Almeida. *Brasil e África do Sul: os paradoxos da democracia. Memória política em democracias com herança autoritária*. Doutorado em Filosofia. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2007; Mezarobba, Glenda. *O Preço do Esquecimento: as reparações pagas às vítimas do regime militar (uma comparação entre Brasil, Argentina e Chile)*. Doutorado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008; Teles, Janaína de Almeida. *Memórias dos cárceres da ditadura: os testemunhos e as lutas dos presos políticos no Brasil*. Doutorado em História. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011; Meyer, Emilio Peluso Neder. *Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas (UFMG), Belo Horizonte, 2012.

momento, toda uma urgência em discutir-se, *de qualquer modo*, os acontecimentos dos “porões da ditadura”, buscando seu esclarecimento. Essa urgência dizia respeito não apenas ao debate acadêmico, mas também político, social, estatal (judiciário, legislativo, executivo), ético, religioso, artístico etc. O verso de Marcelo Yuka “Paz sem voz não é paz, é medo”,⁹ que serviu de epígrafe para minha dissertação, não por acaso era o moto que perseguia-me desde o início dos anos 2000 e que orientava meus trabalhos de então. Nesse sentido, o tema da “justiça de transição”, já em destaque na literatura internacional, serviria e serviu muito bem como instrumento para a necessária “desconstrução” do passado ditatorial, no sentido de superar o silêncio imposto, desfazer mazelas do regime anterior e romper com os ranços autoritários ainda presentes no Brasil.

Hoje em dia, a preocupação é outra. Tornando-se a justiça de transição um inegável *topos* argumentativo da atualidade brasileira, a preocupação não consiste apenas em fomentar a discussão pela discussão, mas refletir sobre o tipo de discussão que se pretende, ao invés de buscar-se colocar unilateralmente uma versão “oficial” sobre o passado autoritário e eleger-se determinados valores “incontestáveis” para orientar a inacabada transição democrática do Brasil — aproximando-se, em certo sentido, da “utopia autoritária de versão pedagógica” da ditadura, que consistia em “ensinar” à massa ignorante da população através da imposição de determinadas certezas —,¹⁰ deve-se agora promover uma argumentação plural, crítica, tolerante, típica de um Estado Democrático de Direito.¹¹

Essa preocupação não é sem fundamento. Por um lado, porque a maioria dos atores sociais (políticos, militares, juristas, acadêmicos etc.) que se dedicam ao tema da justiça de transição no Brasil costuma assumir de antemão um posicionamento pessoal em seus discursos e publicações, especialmente sobre questões controvertidas envolvendo essa temática, como a responsabilização penal dos agentes da ditadura, e apresentar uma série de argumentos, visando à persuasão de seu público ou do leitor. Cada qual com seu convencimento, verifica-se a falta de diálogo entre as partes do debate, como se a confiança em seus próprios argumentos pudesse dispensar a necessidade de considerar os argumentos de quem pensa diferente ou contrário a si e, conseqüentemente, deixar de atentar para a complexidade que o problema possui.

9 Letra da música “Minha Alma”, de Marcelo Yuka, cantada pelo grupo O Rappa.

10 Fico, Carlos. Versões e controvérsias sobre 1964 e a ditadura militar. *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 24, nº 47, 2004, p.29-60.

11 Sobre o tipo de argumentação, a que nos referimos, a ser desenvolvida nos moldes de uma democracia deliberativa, vide, entre outros, Habermas, Jürgen. *Drei normative Modelle der Demokratie*. In: idem, *Einbeziehung des Anderen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999; Günther, Klaus. *Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson*, in: Brunkhorst, Hauke; Niesen, Peter (Org.), *Das Recht der Republik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999; Neves, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 123 e ss.



NA RUA MÉXICO, RIO DE JANEIRO/RJ,
14 DE AGOSTO DE 1979.
FONTE: ARQUIVO NACIONAL.

Ainda que em certos contextos ou em determinados “sistemas”¹² esse tipo de argumentação aberta, franca, “quase não dialógica” entre as partes da disputa porventura se justifique (por exemplo: o advogado que defende seu cliente, o artista que se expressa na sua obra, o político que defende os interesses do partido etc.) e ainda que em relação às pessoas envolvidas diretamente no problema (agressores e agredidos, colaboradores e críticos ferrenhos do regime ditatorial) não se possa reclamar por postura suficientemente isenta, distanciada e objetiva, em outros contextos e com outros interlocutores, a exigência por uma argumentação plural, serena, franca, racional, objetiva e em que se leve em consideração todos os lados do debate continua sendo uma constante. Sem esse tipo de argumentação, qualquer pretensão de avanço no tocante à justiça transicional está de antemão seriamente comprometida.

Por outro lado, porque o problema do tipo de discussão emerge da própria concepção que se tem da justiça de transição: um *standard* ou “plataforma” de justificação, a partir do qual se realizam avaliações críticas sobre o passado, todavia sem ela mesma submeter-se a um juízo crítico.¹³ Os conceitos assumidos em sua definição e utilizados em seus discursos — quais sejam: direitos humanos, democracia, dignidade humana, paz, justiça etc. — não precisariam mais ser debatidos e justificados. Tratar-se-ia de valores irrefutáveis, a serem universalmente perseguidos. Em outras palavras, a justiça de transição, na própria ideia que ela faz de si mesma, não pretende ou pouco pretende realizar uma discussão aberta, plural, tolerante sobre seus fins, meios, condições e custos. Ela apresenta-se muito mais como uma espécie de “cruzada moral”, destinada a ensinar, convencer e converter sobre suas certezas. Como se pode inferir da própria expressão: *justiça de transição* é a transição justa.

Ainda que, numa primeira análise, possam passar despercebidos os prejuízos que essa concepção apologética da justiça de transição traz consigo, num exame mais apurado é deveras possível perceber seus resultados contraprodutivos. Quais sejam: reduzir toda uma discussão complexa em supérfluas e empobrecedoras dicotomias do tipo certo e errado, bem e mal, amigo e inimigo, direita e esquerda etc.; inibir a participação de múltiplos e distintos atores interessados no debate através de retaliações e do isolamento daqueles que pensam diferente, taxados injustamente de “saudosistas”, “condizentes com a tortura” e “defensores da paz de cemitérios”; resumir

12 Vide, por exemplo, o artigo de Regis Dudena, neste volume, com enfoque na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

13 Swensson Jr, Lauro Joppert. “Ao julgar a justiça, te enganas”: Apontamentos sobre a justiça da justiça de transição brasileira. Revista Anistia Política e Justiça de Transição, vol. 4 (jul/dez 2010). Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 89, 90.

todo o movimento da justiça transicional, tão necessário para a história brasileira, em discursos ideológicos ineptos, que escondem conflitos e tensões. Mais do que isso, ao impor-se valores e normas que devam ser seguidos, ao sustentar-se convicções e certezas inquestionáveis, há o malefício de inibir a autorreflexão e a liberdade do indivíduo, no sentido de pensar por si mesmo e, dessa forma, impede-o de trazer algo de novo ao mundo.

Quando me refiro à liberdade humana, isto é, à autonomia, estou aqui me aludindo à liberdade em nossa motivação para agir, em nossa decisão consciente e não coagida a obedecer às nossas leis internas, das quais nós mesmos somos os autores, independentemente do resultado das nossas subsequentes ações, que é determinado contingentemente. Nesse sentido, a liberdade não depende da obediência a leis externas (éticas, políticas, sociais, jurídicas, estéticas etc.), as quais, por definição, negam a liberdade. Insistir na obediência da regra pela regra, isto é, no cumprimento de certas normas de maneira acrítica, irrefletida — não importa se “boas” ou “ruins” — significa, portanto, buscar direta ou indiretamente restringir a liberdade do sujeito, sua atividade de autorreflexão e de crítica, justamente como fazem os regimes autoritários, que possuem a censura e a eliminação do divergente como paradigmas de seu funcionamento. Sob esse mesmo ângulo, é possível também afirmar que as convicções e as certezas são como cárceres, inimigas mais perigosas da verdade do que as próprias mentiras, uma vez que nos retiram a disposição para *pensar*. Como salienta Jerome Kohn, ao prefaciar a coletânea de textos escritos por Hanna Arendt sobre “Responsabilidade e Julgamento”: “*Com algum grau de confiança, pode-se dizer que a capacidade de pensar, que faltava a Eichmann, é a precondição do julgar, e que a recusa e a incapacidade de julgar, de imaginar diante dos olhos os outros a quem o julgamento representa e reage, convidam o mal a entrar e infeccionar o mundo.*”¹⁴

Tendo em vista todas essas preocupações sobre a qualidade da discussão a ser realizada, é que procuramos orientar nossas atividades em Göttingen. Voltando à pergunta sobre qual a contribuição a ser oferecida por este projeto acadêmico, ela se verificaria, a meu ver, em pelo menos quatro aspectos. Em primeiro lugar, buscar avaliar as decisões da política de justiça transicional conforme critérios do Direito e da Justiça. Embora interdisciplinar, o estudo realizado foi eminentemente jurídico, visando complementar as análises feitas pelos outros ramos das ciências humanas, como a história, a filosofia, a sociologia, as ciências políticas etc. Em segundo lugar, insistir-se na realização de uma argumentação plural, franca, objetiva, imparcial, em que se levem em consideração apenas os argumentos apresentados, e não as pessoas que os emitem. Essa preocupação é verificada tanto na escolha dos participantes (que foram selecionados pela qualificação acadêmica e pela competência, e não pela orientação política ou ideológica), como no afastamento de argumentos de autoridade, de pré-julgamentos etc. Em terceiro lugar, buscar

14 Arendt, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 28.



ANISTIA



1945
1975

movimento feminino pela anistia

discutir e desconstruir certas premissas concernentes ao tema da justiça de transição brasileira e do próprio Direito, tidas de antemão como verdadeiras e válidas. Apesar de os trabalhos que compõem o projeto terem sido escritos de maneira independente, em função dos interesses de pesquisa de cada autor, é notória a preocupação de todos com a construção de uma teoria do Direito dotada de rigor analítico, no intuito de realizar leituras críticas dos institutos jurídicos, das práticas decisórias e das fontes do Direito.

Em quarto e último lugar, a contribuição verifica-se, a meu ver, também na sensação de *insuficiência e angústia* a que muitos de nós chegamos, quando enfrentamos no seminário tal problemática. Como abordar, dizer, expressar uma realidade de violência tão extrema e de autoritarismo tão enraizado sem cair em banalidades, sem ser injusto, injustificado, incorreto, insuficiente, insatisfatório? Como falar daquilo que não vivenciamos, em nome daqueles que vivenciaram? É verdade que, sobre a violência e o arbítrio, do Estado e contra o Estado, em todos os seus símbolos e feições, constituem-se em mensagens polissêmicas, subjetivas, difíceis de serem abordadas, desvendadas, interpretadas, explicadas. Todavia, elas restam ser justificadas. Encontrar suas justificações, no tocante ao Direito e à Justiça, é a nossa primordial função, enquanto juristas. Se, por um lado, o cumprimento dessa nossa tarefa causa-nos angústia, insuficiência e, muitas vezes, a sensação de impotência, por outro lado, tais sentimentos ensejam-nos a sermos mais realistas e humildes em nossos propósitos, a não perdermos o foco da dificuldade do projeto assumido e a termos o devido respeito, nas nossas assertivas e conclusões, por todas as pessoas que sofreram na pele aquilo que muitas vezes conhecemos apenas pelos livros ou de ouvir falar.

Retomando, por sua vez, a questão do por que discutir a justiça de transição brasileira fora do Brasil, eu arriscaria dizer que a opção pela Alemanha não se justifica apenas pelas duas profundas experiências vividas neste país, após o fim do regime nacional-socialista, em 1945, com o fim da Segunda Guerra Mundial, e a reunificação do Estado, em 1989, com a queda do muro de Berlim, que acabaram produzindo densos estudos sobre o *Vergangenheitsbewältigung* alemão e ampla bibliografia jurídica, tanto doutrinária como jurisprudencial. Em minha opinião, a justificativa assenta-se especialmente na tradição aqui estabelecida de promover um debate acadêmico aberto, franco, “impessoal” e plural, de maneira a propiciar *mui acirradas* — mas não menos profícuas — discussões. Ou seja, é o estabelecimento de um ambiente acadêmico para discussão, em que a maior heresia é justamente a ortodoxia, conforme também se observa, em termos teológicos cristãos, no Evangelho de João (9:39-41):

“Prosseguiu Jesus: Eu vim a este mundo para juízo, a fim de que os que não veem vejam, e os que veem se tornem cegos. Alguns dentre os fariseus que estavam perto dele perguntaram-lhe: Acaso, também nós somos cegos? Respondeu-lhes Jesus: Se fôsseis cegos, não teríeis pecado algum; mas, porque agora dizeis: Nós vemos, subsiste o vosso pecado.”



FONTE: COMISSÃO DE ANISTIA/ARQUIVO NACIONAL.



JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: O CASO BRASILEIRO

Fabiana Godinho McArthur

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional Público (Heidelberg)

I. INTRODUÇÃO

A análise do tema da Justiça de Transição, em sua acepção contemporânea e em seus desdobramentos em um Estado específico, no caso, o brasileiro, é tarefa bastante árdua e complexa. As dificuldades se erigem não tanto da definição do fenômeno que tal conceito deve descrever, e, ao mesmo tempo, guiar. Bastante assentada é a noção de que sob Justiça de Transição devem-se compreender os processos e mecanismos, jurídicos ou não, por meio dos quais uma sociedade procura superar o legado de um passado marcado por violações e abusos de direitos humanos em larga escala,¹ guiada pela busca de justiça na transição² para a paz e democracia. Conhecido, também, é o fato de que a *transição*, neste contexto, pode-se dar em diferentes sentidos ou direções, não necessariamente exigindo uma mudança formal de regime ou uma realidade pós-conflito.³ Diferentes experiências concretas de superação do passado, em todo o mundo, contribuem para o conhecimento e o desenvolvimento de parâmetros para a aproximação a esse fenômeno.⁴

1 Tal definição foi consagrada no conhecido Relatório do Secretário-Geral da ONU ao Conselho de Segurança sobre o tema da *rule of Law* e Justiça de Transição. Report of the Secretary-General, "The rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies", S/2004/616, par. 8: "The notion of 'transitional justice' discussed in the present report comprises the full range of processes and mechanisms associated with a society's attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation."

2 Em geral, sobre o tema da "justiça" na transição, Ambos, Kai. "The Legal Framework of Transitional Justice". In: Ambos, Kai *et al.* (Org.). Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development, The Nuremberg Declaration on Peace and Justice. Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, 2009, p. 19-103, p. 21. Compare, ainda, TEITEL, Ruti G. "Transitional Justice in a New Era", Fordham International Law Journal, vol. 26, n. 4, 2002-2003, pp. 894-906; TEITEL, Ruti G. "Transitional Justice Genealogy", Harvard Human Rights Journal, vol. 16, 2003, pp. 69-94, pp. 76 *et seq.*

3 Especificamente sobre diferentes realidades a que a Justiça de Transição pode-se aplicar, veja HANSEN, Thomas Obel. "Transitional Justice: Towards a Differentiated Theory", Oregon Review of International Law, vol. 13, n. 1, 2011, pp. 1- 53.

4 Muito conhecida é a análise genealógica do fenômeno da Justiça Transicional elaborada por Teitel, que identifica fases e, dessa forma, padrões comuns de busca da justiça nos diversos Estados de acordo com as limitadoras condições políticas relevantes a cada época. De forma geral, ver TEITEL, Ruti G. "Transitional Justice Genealogy", Harvard Human Rights Journal, 16 (2003), pp. 69-94. Sob uma perspectiva mais histórico-comparada, ver ELSTER, Jon. Closing the books: transitional justice in historical perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. Sobre o desenvolvimento de um "campo" autônomo de estudo da Justiça Transicional, ver ARTHUR, Paige. "How ,Transitions' Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice", Human Rights Quarterly, vol. 31, 2009, pp. 321-367.

A noção contemporânea de Justiça de Transição, ademais, reaproxima a análise e a escolha de mecanismos ou soluções locais para a dicotomia paz/justiça com a busca por um ideal de justiça bastante internacionalizado. (...) Realizar justiça transicional em Estados como o Brasil, em que esta pode ser considerada tardia, ainda não consolidada, significa confrontar-se de forma intensa com este paradigma.

O confronto com terreno tão dinâmico mostra-se especialmente intrincado pela conjugação de determinados fatores. A começar, pelo considerável caráter contextual do conteúdo, significado e, principalmente, dos objetivos específicos traduzidos na escolha dos mecanismos utilizados em um processo de Justiça de Transição. O reconhecimento de tal contextualidade em matéria das transições aqui tratadas não é algo novo.⁵ Tampouco, impede este fato a elaboração de fórmulas mais gerais (um marco teórico) para lidar com uma sociedade em transição, fundadas, principalmente, em análise comparada e nos avanços do Direito Internacional.⁶ O que se pretende realçar, aqui, é o pressuposto básico, sem o qual a análise de uma experiência específica de transição, como a brasileira, seria, no mínimo, negligente: a sua ampla compreensão depende da consideração de fatores históricos, sociais, políticos, econômicos, que irão definir variações igualmente razoáveis nas formas de reações ao passado em diferentes regiões e, também, em diferentes ocasiões, na busca pela concretização de justiça e paz.

Esta constatação mais imediata revela uma próxima questão que dificulta o estudo de experiências de Justiça de Transição. A saber, o fato de que a análise dos caminhos ou mecanismos para a transição pode-se dar sob a lente de diferentes disciplinas (filosofia, política, sociologia, direito). A questão transita por todas estas áreas e desafia a compreensão sob o aparato estrutural convencional de cada uma delas. Em outras palavras, a análise pretensamente jurídica da experiência brasileira, necessariamente, terá

5 Compare FLETCHER, Laurel E. *et al.* "Context, Timing and the Dynamics of Transitional Justice: a Historical Perspective", *Human Rights Quarterly*, vol. 31, 2009, pp. 163-220, pp. 208 *et seq.* Hansen destaca, por exemplo, que as tentativas de se tratar a Justiça Transicional sob uma teoria geral, apesar de válidas, são problemáticas já pelo simples fato de ignorarem as diferentes naturezas das transições e utilizarem um modelo normativo que pressupõe a natureza liberal-democrática do regime sucessor. Em geral sobre o tema, veja HANSEN, Thomas Obel. "Transitional Justice" *Oregon Review of International Law*, 13 (2011), 1, pp. 2 *et seq.* Veja, ainda, a pesquisa de dados em Justiça de Transição realizada por Olsen *et al*, motivada pela convicção de que a definição do momento em que países perseguem mecanismos de justiça transicional permanece uma questão empírica, somente acessível por meio de um banco de dados como o por eles elaborado. OLSEN, Tricia D. *et al.* "Transitional Justice in the World, 1970-2007: Insights from a new dataset", *Journal of Peace Research*, vol. 47, n. 6, 2010, pp. 803-809, p. 805.

6 Por exemplo, Ambos, Kai. "The Legal Framework of Transitional Justice" in: *Building a Future on Peace and Justice*, pp. 19-103; Bell, Christine. "The 'New Law' of Transitional Justice" in: *Building a Future on Peace and Justice* (op. cit), pp. 105-126.

em conta que a Justiça de Transição exige, frequentemente, respostas “além do legalismo”;⁷ e se deparará com uma intensificada “judicialização da política”⁸ ou com a agravada “politização do Judiciário”.⁹ Afinal, a variável paz/justiça, o seu “equilíbrio” ou a busca por sua coexistência ideal, repousa no íntimo e inspira cada mecanismo de Justiça de Transição.¹⁰

A noção contemporânea de Justiça de Transição, ademais, reaproxima a análise e a escolha de mecanismos ou soluções locais para a dicotomia paz/justiça com a busca por um ideal de justiça bastante internacionalizado.¹¹ Este ideal internacional de justiça decorre, dentre outros, da expansão da proteção internacional dos direitos humanos e de princípios e normas de Direito Penal Internacional, do surgimento de uma estrutura permanente de responsabilização criminal por crimes contra a humanidade, bem como do desenvolvimento de jurisprudência internacional de Justiça de Transição cada vez mais específica e abrangente. Realizar justiça transicional em Estados como o Brasil, em que esta pode ser considerada tardia, ainda não consolidada, significa confrontar-se de forma intensa com este paradigma. No caso brasileiro, essa realidade, aliada à consolidação progressiva de uma estrutura democrático-constitucional mais favorável, tem inspirado o questionamento dos mecanismos e instrumentos transicionais bem como a busca continuada por justiça.¹² Uma das facetas deste cenário, de um ponto de vista mais jurídico, traduz-se na cada vez mais intrincada relação entre justiça, globalização e soberania, ou, de forma mais adequada aos fins do presente estudo, entre o Direito interno e os compromissos jurídicos internacionais. A percepção desta relação torna a análise da Justiça transicional brasileira, no mínimo, mais desafiadora.

Tendo em vista esta constelação, o objetivo deste breve estudo não pode ser o de oferecer respostas para os diversos questionamentos relacionados ao processo transicional brasileiro. O que se busca, antes, é apresentar panorama mais atualizado e crítico das características da

7 MCEVOY, Kieran. “Beyond Legalism: Towards a Thicker Understanding of Transitional Justice”, *Journal of Law and Society*, vol. 34, n. 4, December 2007, pp. 411-440.

8 SILVA, Alexandre Garrido da, viera, José Ribas. “Justiça Transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil”, *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, vol. 11, n. 22, 2ª sem. 2008, pp. 19-46, pp. 36 *et seq.*

9 Teitel nos lembra que, principalmente em sua acepção contemporânea, por ser um fenômeno associado a fluxo político, a justiça de transição está relacionada com uma intensificada politização do direito, assim como a um determinado grau de compromissos em torno da *rule of Law*. TEITEL, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, 16 (2003), 69, p. 90.

10 Refere-se, aqui, às considerações sobre justiça e paz próprias, principalmente, das transições que se deram a partir do último quartel do século vinte, como a transição democrática brasileira. Compare TEITEL, Ruti G. “Transitional Justice in a New Era”, *Fordham International Law Journal*, 26 (2002-2003), 894, p. 898. Veja, também, Ambos, Kai. “The Legal Framework of Transitional Justice”. In: *Building a Future on Peace and Justice*, 19, pp. 23 *et seq.*, no sentido de que experiências recentes de transição demonstram que, muitas vezes, a justiça é o preço da paz.

11 Diante disso, o modelo de justiça de transição próprio das últimas décadas do século vinte, baseado em uma *rule of Law* mais flexibilizada e em uma perspectiva mais particularizada, resta desafiado. Nesse sentido, TEITEL, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, 16 (2003), 69, pp. 85 *et seq.*

12 O posterior questionamento dos mecanismos transicionais implantados não é fato incomum. Como se sabe, também países como Argentina e Chile passaram por uma espécie de reavaliação ou, nas palavras de Baker, de “quebra do pacto transicional inicial” à medida que houve uma mudança nas dinâmicas dos poderes políticos em questão. Veja BAKER, Roozbeh (Rudi) B. “Towards A New Transitional Justice Model: Assessing the Serbian Case”, *San Diego International Law Journal*, vol. 11, 2009-2010, pp. 171- 226, pp. 191 *et seq.*

transição democrática brasileira e, principalmente, dos mecanismos utilizados para a Justiça de Transição neste país. Procura-se, assim, oferecer elementos para futuras abordagens mais pontuais e, de forma geral, evidenciar de que maneira os mecanismos implantados e em discussão no Brasil, de forma conjunta e complementar, atendem aos consagrados objetivos primordiais de uma Justiça de Transição.

Para a melhor percepção dos avanços alcançados pelo processo de transição brasileiro, optamos pela análise do mesmo sob o prisma de três ideais amplos consagrados como objetivos intrínsecos à noção de Justiça de Transição, tal como concebida em definição oferecida no conhecido relatório do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre o tema: a *accountability*, a justiça e a reconciliação (II).¹³ Dessa forma, acreditamos evitar a simples e frequentemente reproduzida enumeração dos mecanismos de transição implantados no Brasil, que, a nosso ver, dificulta a apreciação dos mesmos em um contexto mais amplo e atualizado de Justiça de Transição. A estratégia escolhida nos permite, ainda, perceber, de forma mais concreta, o significado desses mecanismos na sistemática da justiça transicional brasileira.

Certos da importância de fatores históricos e políticos na definição das estratégias de transição em uma sociedade, faremos uma breve introdução, considerando, acima de tudo, as características principais do regime militar no Brasil e de sua transição para a democracia (1). Em seguida, procederemos à abordagem de cada um dos ideais da Justiça de Transição mencionados, bem como dos mecanismos de transição no Brasil que se aproximam ou que buscam a consecução desses ideais: *accountability* (2); justiça (3) e reconciliação (4).

A terceira parte deste trabalho (III) dedica-se, brevemente, à questão da relação do Estado de Direito brasileiro com o aparato normativo e institucional internacional principalmente de proteção dos direitos humanos. Além de contextualizar a experiência brasileira no cenário internacionalizado da Justiça de Transição, esta abordagem faz-se necessária diante da recente condenação do país frente à Corte Interamericana de Direitos Humanos por graves violações de direitos cometidas contra membros da guerrilha do Araguaia no contexto da repressão militar.¹⁴

Pela complexidade, diversidade e extensão dos temas aqui propostos, a abordagem, muitas vezes, se restringirá ao delineamento das questões mais intrincadas, bem como à sinalização de parâmetros para a sua avaliação crítica (avaliação que, pelos motivos ora e anteriormente já expostos, apesar de relevante, somente seria possível por meio de análises complementares, mais aprofundadas e específicas).

13 Report of the Secretary-General, "The rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies", S/2004/616, par. 8.

14 Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N° 219.

II. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA À LUZ DOS OBJETIVOS QUE PERMEIAM A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: ACCOUNTABILITY, JUSTIÇA E RECONCILIAÇÃO

Conforme já observado, a sucessão de experiências concretas de transições políticas, de esforços de pacificação e superação do passado, bem como de fortalecimento de estruturas político-jurídicas mais democráticas e respeitadoras da dignidade humana, ao redor do mundo, permitiu o delineamento de um arcabouço normativo e principiológico capaz de guiar ações nos Estados em um contexto de Justiça de Transição. Ressalte-se, aqui, o esforço classificatório e sistematizador de diferentes estudiosos e teóricos, bem como o desenvolvimento continuado de um marco normativo internacional a sustentar tal arcabouço.¹⁵ Sabe-se, hoje, que, não obstante as características singulares dos diferentes processos que possam ser descritos pela expressão “Justiça de Transição” na busca pela paz, os objetivos que impulsionam toda a gama de medidas a serem tomadas, nesse contexto, em um país, podem ser traduzidos na tríade “assegurar *accountability*, servir à justiça e promover a reconciliação.”¹⁶

Accountability, justiça e reconciliação encerram, ao mesmo tempo, dimensão axiológica e normativa. O esforço por maior sistematização, a observação de casos concretos de transição, bem como o desenvolvimento continuado do Direito Internacional sustentam, nesta seara, a identificação de mecanismos mais específicos de transição que traduzem a busca por estes ideais. Estes mecanismos definem-se em torno de reconhecidos direitos (especialmente das vítimas) e de deveres (dos Estados e de seus agentes) a serem, necessariamente, balizados na Justiça de Transição. Nesse contexto, podem-se citar a identificação, o processo e a punição de agressores, a reparação das vítimas, a busca pela verdade e pelo resgate da memória e identidade nacionais, bem como a realização de reformas institucionais democráticas.¹⁷ Já nos

15 Compare *supra*, notas n. 4 e 6 deste trabalho.

16 Report of the Secretary-General, “The rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies”, S/2004/616, par. 8.

17 Compare MEZAROBBA, Glenda. “O que é justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro”. In: SOARES, Inês Virgínia Prado, KISHI, Sandra Akemi Shimada (Org.). *Memória e Verdade: A Justiça de Transição no Estado Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, pp. 37-53, pp. 42 *et seq.* BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto, CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. “Entre as Justiças Retributiva e Restaurativa: Fragmentos em Torno do Debate sobre a Justiça de Transição”, *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, nº 2, jul./dez. 2009, pp. 292-320, p. 297. ZILLI, Marcos. “O Regime Militar e a Justiça de Transição no Brasil. Para Onde Caminhar?”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 93, ano 19, nov.-dez. 2011, pp. 61-101, p. 76. SILVA, Alexandre Garrido da, VIEIRA, José Ribas. “Justiça transicional, direitos humanos e o ativismo judicial no Brasil”, *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, 11 (2008), 19, p. 22. O aqui mencionado Relatório do Secretário-Geral da ONU menciona, especificamente, “*individual prosecutions, reparations, truth-seeking, institutional reform, vetting and dismissals, or a combination thereof*”, Report of the Secretary-General, “The rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies”, S/2004/616, par. 26.

posicionamos, a esse respeito, no sentido de que os contornos de uma experiência de Justiça de Transição só podem ser bem compreendidos de forma holística. Os mecanismos concretos estabelecidos, assim como os próprios objetivos maiores mencionados, caracterizam-se por inegável complementaridade. E permitem, pela mesma razão, graus de flexibilidade na busca por Justiça (em sua acepção mais ampla) e por paz.¹⁸

Tendo por base tais considerações, passemos à observação do caso brasileiro.

1. O REGIME MILITAR NO BRASIL E O PROCESSO DE TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA: CARACTERÍSTICAS GERAIS

A história do regime militar no Brasil é a história de uma escalada do abuso de poder e de graves violações de direitos humanos, sustentadas pela própria estrutura do Estado. Inserida no cenário internacional da Guerra Fria, a ascensão e a manutenção dos militares no poder, no Brasil, apoiou-se, ideologicamente, na doutrina de “Segurança Nacional”¹⁹ e no objetivo oficial de impedir-se o avanço do comunismo no país, de forma semelhante ao observado em outros países da América Latina.²⁰ Foi este contexto que conferiu, ao golpe de Estado ocorrido em abril de 1964, a roupagem de “revolução”, possibilitando o apoio de diversos setores da sociedade civil.²¹

O regime instaurado, a partir de então, se apoiou em uma característica central: os esforços pela “aparência de normalidade” da vida político-institucional no país. Para tanto, foi intenso o recurso à legalidade dos atos do regime,²² principalmente, por meio da edição dos sucessivos “Atos Institucionais” (a partir de agora, AI),²³ garantiu-se uma simulada alternância de representantes

18 Basta que se observem os diferentes modelos de transição seguidos pelos países ao redor do mundo e a importância, em cada um, dos mecanismos escolhidos em sua relação de complementaridade. A esse trabalho foi dedicada, por exemplo, a relevante obra de KRITZ, Neil (Org.), *Transitional Justice: how emerging democracies reckon with former regimes*. Washington: United States Institute for Peace Press, 1995, 3 vols. Nesse sentido, ainda, Abrão, Paulo; Torelly, Marcelo D. “As dimensões da Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça” In: PAYNE, Leigh A. et al (Orgs.). *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, pp. 212-248, p. 228; STAHN, Carsten. “The Geometry of Transitional Justice: Choices of Institutional Design”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, 2005, pp. 425-466.

19 Brasil. Congresso Nacional. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Direito à verdade e à memória: comissão especial sobre mortos e desaparecidos*. Brasília, 2007a, pp. 22 et seq.

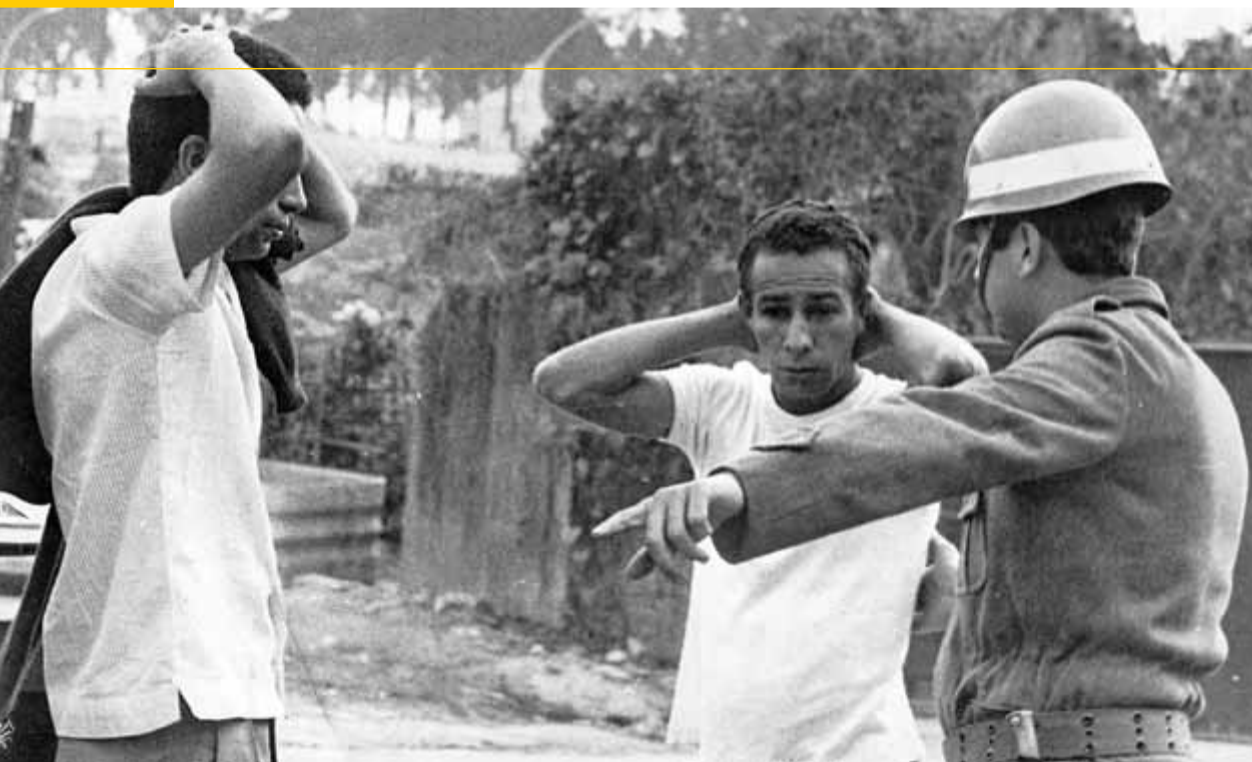
20 Sobre as Ditaduras no Cone Sul, Brasil. Congresso Nacional. *Direito à verdade e à memória: comissão especial sobre mortos e desaparecidos*, p. 20 et seq. No Brasil, o contexto de instabilidade política no período muito contribuiu para a ascensão militar. Compare ZILLI, Marcos. “O Regime Militar e a Justiça de Transição no Brasil. Para Onde Caminhar?”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 93 (2011), pp. 63 ss.

21 ZILLI, Marcos. *Ibidem*, p. 66.

22 TORELLY, Marcelo Dalmas. *Justiça transicional e estado constitucional de direito: Perspectiva Teórico-comparativa e análise do caso brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito), Brasília: Universidade de Brasília, 2010, pp. 149 et seq.

23 Foram 17 atos, editados de abril de 1964 a outubro de 1969.





FONTE: COMISSÃO DE ANISTIA/ARQUIVO NACIONAL.

no poder²⁴; garantiu-se a preservação do funcionamento do Judiciário, apesar da forte supervisão e controle do poder militar²⁵. Todo este mecanismo acompanhou e sustentou, na verdade, a tomada de controle de todo o aparato estatal pelos militares²⁶ e o aprimoramento progressivo dos sistemas oficiais de repressão aos opositores do regime.

A fase mais dura da repressão,²⁷ como se sabe, instalou-se com a promulgação do AI-5, em dezembro de 1968, que intensificou sobremaneira o controle militar sobre os meios de comunicação.²⁸ A repressão militar adquiriu, nesse momento, o seu ápice em termos de requinte e rigor das medidas adotadas contra os mais diversos setores da sociedade, os quais fizeram história: além do exílio, suspensão de direitos políticos, perda de mandato político ou de cargo público e detenções arbitrárias, também sequestros, estupros, tortura

24 Ao contrário de outras ditaduras da região, como a chilena. MEZZAROBBA, Glenda. “Entre Reparações, Meias Verdades e Impunidade: O Difícil rompimento com o Legado da Ditadura no Brasil”, *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 7, nº 13, 2010, pp. 7-25, p. 9.

25 Santos menciona tal “judicialização da repressão” como fator que, apesar de oferecer tímido canal de contestação da Doutrina da Segurança Nacional, dificultou o desenvolvimento, já no período de transição e posteriormente, de instituições democráticas eficientes. SANTOS, Roberto Lima. *Crimes da Ditadura Militar*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, pp. 33-35.

26 TORELLY, Marcelo Dalmas. *Justiça transicional e estado constitucional de direito*, 2010, pp. 148 et seq.

27 Sobre as Fases da Ditadura, MEZZAROBBA, Glenda. “Entre Reparações, Meias Verdades e Impunidade”, *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, 7 (2010), 7, pp. 8 ss.

28 Compare MARCONI, Paulo. *A censura política na imprensa brasileira: 1968-1978*. São Paulo: Global, 1980.

e execuções sumárias fizeram parte do dia a dia nas complexas estruturas de segurança desenvolvidas pelo regime.²⁹

Foi somente em 1974, no governo Geisel, em consequência, dentre outros, da incapacidade do governo de lidar com a grave crise econômica mundial e das pressões geradas pelos abusos de direitos dos anos anteriores,³⁰ que se iniciou a abertura democrática no país, oficialmente conhecida como “lenta, gradual e segura”.³¹

A transição democrática brasileira caracteriza-se por dois fatores importantes: em primeiro lugar, trata-se de uma transição negociada, ou seja, não houve ruptura com o regime, e seus atores negociaram a manutenção de poder dentre as forças predominantes, sem envolver o debate mais amplo com a sociedade³²; esta transição é considerada, portanto, “endógena”, ou seja, por um lado, articulada com o próprio governo, e, por outro, sem imposição de modelos específicos por atores internacionais.³³

A concertada “pacificação e reconciliação” da sociedade, viabilizada pela concessão da anistia pretensamente “ampla, geral e irrestrita”, com a Lei 6.883/79,³⁴ guiaram e, reconhecidamente, possibilitaram avanços mais concretos na direção do fortalecimento do Estado de Direito.³⁵ Foi com a realização de eleições, em 1985, e a publicação de uma Constituição democrática, em 1988, que se superou, oficialmente, o marco jurídico autoritário no Brasil.

Durante muitos anos, foi a Lei de Anistia que determinou a definição do tratamento a ser dado ao passado histórico brasileiro. “Perdão e esquecimento” foram os princípios que buscaram conciliar agressores e agredidos no contexto do novo Estado de Direito.³⁶ Credita-se a ausência de questionamento maior dos abusos do período autoritário, principalmente, à concentração

29 Violência muito bem retratada no conhecido Relatório *Brasil: Nunca Mais*, que contém investigação organizada por defensores de direitos humanos, sob a liderança de Dom Paulo Evaristo Arns. ARNS, D.P.E. (Org.). *Brasil: nunca mais*. Petrópolis: Vozes, 1985.

30 A pressão se deu, principalmente, por parte de personalidades e grupos internacionais. MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas conseqüências. Um estudo do caso brasileiro*. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, FAPESP, 2006, pp. 145 et seq.

31 Para um panorama, GASPARI, Elio. *A ditadura encurralada*. São Paulo: Cia. das Letras, 2004.

32 ZILLI, Marcos. “O Regime Militar e a Justiça de Transição no Brasil”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 93 (2011), 61, pp. 70 et seq. Como ressalta Mezarobba, “Sua (do governo) escassa disposição para o diálogo tornar-se-ia evidente quando da apreciação das emendas ao projeto, no Congresso Nacional, e na votação da Lei de Anistia, com a ocupação das galerias por centenas de recrutas da Aeronáutica” MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro*, p. 146.

33 MEZAROBBA, Glenda. *Ibidem*, p. 146.

34 Como se sabe, a Lei de Anistia acabou favorecendo todos os responsáveis pela prática de crimes políticos e pelas infrações conexas, cometidas entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. A interpretação que prevaleceu do artigo 1º daquela lei considerou também alcançados, pelo instrumento, os agentes do Estado responsáveis pelas mais graves violações de direitos humanos.

35 Apesar de a lei ter, clara e primordialmente, atendido aos interesses do governo, a legislação permitiu a superação de um impasse nas relações entre militares e os opositores do regime. MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro*, pp. 147 e 163.

36 O “esquecimento amplo, geral e irrestrito”: SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. “Anistia: A política além da justiça e da verdade”, *Revista Acervo*, vol. 24, nº 1, jan./jun 2011, pp. 79-102, pp. 82 et seq.

dos esforços, no país, durante muito tempo, na consolidação de estruturas democráticas mais sólidas, no combate à corrupção e à crise econômica que assolavam, em primeira instância, o Brasil. Iniciativas concretas relacionadas à superação do legado de violações de direitos no passado só foram observadas novamente a partir de meados dos anos 90.³⁷

Dessa forma, a Justiça de Transição brasileira é considerada atrasada, “postergada”, encontrando-se, ainda, quase 25 anos após a promulgação de nossa Constituição Democrática, sob intenso desenvolvimento e concretização. A Justiça de Transição no Brasil é, ademais, criticada por sua “descontinuidade lógica”,³⁸ ao alternar, sem uma maior sistematização temporal ou estratégica, mecanismos de responsabilização do Estado, de reparações às vítimas, e de busca da verdade.

Expostos estes fatos, observemos, dentro da estratégia já descrita anteriormente, os mecanismos de superação do passado implantados no Brasil.

2. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO BRASILEIRA E O IDEAL DE ACCOUNTABILITY

A apreensão do significado do conceito de *accountability* é reconhecidamente difícil, principalmente se buscamos aplicar tal conceito à realidade brasileira. Basta mencionar que a complexidade de seus contornos tem dificultado até mesmo a sua tradução para o português.³⁹ De forma geral, *accountability* relaciona-se com conceitos de governança, bem como de eficácia e moralidade na Administração Pública.⁴⁰ Ela envolve questões de “responsabilidade, obrigação e responsabilização” do Estado e de seus agentes, de acordo com os parâmetros legais, bem como a possibilidade de aplicação de penalidades para punir comportamentos desviantes.⁴¹ Dessa forma, o conceito está intimamente relacionado ao funcionamento de um Estado Democrático de Direito fortalecido, com instituições transparentes, descentralizadas e submetidas a variadas formas de controle, principalmente ao controle da sociedade civil informada e politicamente engajada.⁴²

37 Motivadas, principalmente, pela retomada da estabilidade econômica e a ascensão ao poder dos grupos que ofereceram resistência ao regime militar.

38 ZILLI, Marcos. “O Regime Militar e a Justiça de Transição no Brasil”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 93 (2011), 61, p. 76. AMBOS, Kai *et al.* *Anistia, Justiça e Impunidade. Reflexões sobre a Justiça de Transição no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 158.

39 O termo deu ensejo a importante trabalho de questionamento de seu significado no Brasil, iniciado por Anna Maria Campos, ainda em 1987, e continuado por José Antonio Pinho e Ana Rita Sacramento. PINHO, José Antonio Gomes; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. “*Accountability*: já podemos traduzi-la para o português?”, *Revista de Administração Pública*, vol. 43, nº 6, nov./dez. 2009, pp. 1343-1368.

40 COELHO, Mario Drumond. “Transitional justice in Brazil: from military rule to a new constitutional order”, *Revista da Universidade de Relações Internacionais*, Brasília, vol. 9, nº 2, jul./dez. 2011, pp. 207-237, pp. 216 *et seq.*

41 “.. constatou-se que o significado do conceito envolve responsabilidade (objetiva e subjetiva), controle, transparência, obrigação de prestação de contas, justificativas para as ações que foram ou deixaram de ser empreendidas, premiação e/ou castigo.” PINHO, José Antonio Gomes; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. “*Accountability*: já podemos traduzi-la para o português?”, *Revista de Administração Pública*, 43 (2009), 1343, p. 1364.

42 A relação do conceito com o Estado democrático já havia sido apontada pelo primeiro trabalho, de Anna Maria Campos.

Considerando-se o conceito em tal acepção geral, pode-se concluir que os mecanismos de transição no Brasil diretamente relacionados com o fortalecimento do Estado de Direito e da democracia promovem a busca de um governo e uma administração pública *accountable*. Dentre eles, mencione-se a realização de eleições diretas em 1984 (e desde então), a promulgação de uma Constituição e de uma nova ordem democrática em 1988, bem como a reforma das instituições brasileiras no período após o governo autoritário.⁴³ Estas se iniciaram tímidas, com o desmantelamento oficial do aparato investigativo do governo autoritário e a submissão das Forças Armadas ao poder civil. Aos poucos, o tema dos Direitos Humanos foi ganhando relevância dentro mesmo da estrutura do Estado. Progressivamente, reformas judiciárias, como a de 2004, ainda permitiram a maior autonomia e força do Judiciário.

Sem o objetivo de alongarmo-nos na análise de tais medidas, destacamos relevante constatação, em relação à reforma das instituições brasileiras, ou seja, na análise da *accountability* ainda em sua acepção geral no Brasil, de uma característica marcante do tratamento de “valores tradicionais e valores sociais emergentes”, no caso, os democráticos, em nossa sociedade: *“Ao observar as alterações políticas, sociais e institucionais ocorridas no Brasil nesses 20 anos constata-se que, embora muitos passos importantes tenham sido dados em direção à accountability, com criação de novas instituições, fortalecimento institucional em geral, a caminhada promete ser longa, principalmente porque ficou caracterizado que no Brasil o surgimento de um novo valor não necessariamente implica extinção do tradicional. Parece haver uma impressionante capacidade de superação da ordem legal muitas vezes, com extrema criatividade e inventividade, para fazer valer a velha ordem. O autoritarismo tem mostrado uma enorme capacidade de se redesenhar, se redefinir diante das mudanças institucionais e culturais a favor do aumento de accountability.”*⁴⁴

Não obstante o disseminado uso do termo *accountability* em diversos outros contextos, observa-se que a sua aplicação no âmbito da Justiça de Transição adquire conotação específica, um pouco mais restrita. Nesta seara, *accountability* pode ser compreendida como um dos elementos da justiça na proteção e vindicação de direitos e prevenção e punição de violações.⁴⁵ Especialmente a partir do final do século vinte, o termo *accountability* tem adquirido, progressivamente, o sentido de responsabilização do Estado e de seus agentes pelo abuso e pela violação de direitos humanos

43 Para um panorama mais detalhado, TORELLY, Marcelo Dalmas. *Justiça transicional e estado constitucional de direito*, pp. 193 et seq. Veja, também, MEZAROBBA, Glenda. “Entre Reparações, Meias Verdades e Impunidade”, *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, 7 (2010), 7, pp. 20 et seq.

44 PINHO, José Antonio Gomes; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. “Accountability: já podemos traduzi-la para o português?”, *Revista de Administração Pública*, 43(2009), 1343, p. 1364.

45 No conhecido relatório do Secretário-Geral da ONU, a justiça é descrita como “*an ideal of accountability and fairness in the protection and vindication of rights and the prevention and punishment of wrongs*.” Report of the Secretary-General, “The rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies”, S/2004/616, par. 7. Estudiosos como Glenda Mezarobba frequentemente utilizam as palavras “justiça e *accountability*” lado a lado: “... para avançar, em termos de justiça e *accountability*”, com frequência o arcabouço da justiça de transição tem de lidar com anistias...” MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro*, p. 150.

Se as anistias constituem mecanismos válidos de transição, determinados critérios sedimentados na teoria e prática da Justiça de Transição qualificam este tipo de opção ou pacto político no sentido, por exemplo, de impor limites ao seu uso parcial e/ou abstrato pelas forças predominantes, e, acima de tudo, no sentido de não permitirem a impunidade no caso de graves violações de direitos humanos.

cometidos em larga escala em determinado período de sua história, ou seja, a responsabilização pelos erros do passado.⁴⁶ Importante notar que esta “responsabilização” nos termos de um ideal de justiça na transição pode-se dar de diversas formas.⁴⁷ Neste nível de argumentação poderiam ser inseridas, por exemplo, as discussões sobre a necessidade de admissão e retratação pública, por parte do Estado, o desenvolvimento de mecanismos e estratégias oficiais que possibilitem o resgate da memória e da verdade, ou até mesmo as discussões sobre o esforço em corrigir os erros do passado por meio da compensação financeira.⁴⁸

A noção contemporânea de Justiça de Transição, no entanto, em termos de *accountability*, visivelmente incorpora forte elemento de responsabilização *individual* dos perpetradores de graves violações de direitos humanos. Concorrem para esta assertiva, principalmente, o desenvolvimento e a inegável vigência, nas últimas décadas, de uma extensa rede de proteção e de fiscalização dos direitos humanos em nível global, bem como de estrutura permanente de responsabilização penal individual pela prática de crimes internacionais.⁴⁹ A

46 Coelho menciona a equação “*past plus present*”, no sentido do tratamento, no âmbito da responsabilização do Estado, de questões do passado no contexto do presente. COELHO, Mario Drumond. “Transitional justice in Brazil”, *Revista da Universidade de Relações Internacionais*, Brasília, 9 (2011), 207, pp. 217-218.

47 Para uma ideia geral, HAFNER, Donald L.; KING, Elizabeth B. L. “Beyond Traditional Notions of Transitional Justice: How Trials, Truth Commissions, and Other Tools for Accountability Can and Should Work Together”, *Boston College International and Comparative Law Review*, 30 (2007), pp. 91-110; RAMJI-NOGALES, Jaya. “Designing Bespoke Transitional Justice: A Pluralist Process Approach”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 32, Nº 1, 2010-2011, pp. 1-72, pp. 24 *et seq.*

48 Glenda Mezarobba argumenta nesse sentido, ao comentar sobre a Lei 10.559 e a possibilidade de o Estado proceder a reparação econômica de ex-perseguidos políticos que a Lei de Anistia não conseguiu reabilitar: “*Ao esforçar-se em corrigir erros do passado, com a iniciativa, o Estado brasileiro também reitera princípios de accountability e, dessa forma, reafirma sua convicção na democracia.*” MEZZAROBBA, Glenda. “O que é justiça de transição?”. In: *Memória e Verdade*, 37, pp. 42 *et seq.*

49 Materializada na criação do Tribunal Penal Internacional e do dever dos Estados de processar os crimes internacionais, de acordo com os artigos 6 a 8 do Estatuto do Tribunal. Vivemos em uma verdadeira “era caracterizada pela responsabilização”. Compare Payne, Leigh A. *et al.* “A Anistia na Era da Responsabilização: contexto global, comparativo e introdução ao caso brasileiro”. In: *A Anistia na Era da Responsabilização*, 18, p. 22. Veja, ainda, Sikkink, Kathryn. ‘A era da responsabilização: a ascensão da responsabilização penal individual’. In: *A Anistia na Era da Responsabilização*, pp. 37 *et seq.* Essa realidade corresponde a uma terceira fase “genealógica” da Justiça de Transição. A busca de “*accountability individual*”, aqui, contrasta com as opções mais comunitárias que caracterizaram a segunda fase da Justiça de Transição. Compare, nesse sentido, TEITEL, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, 16 (2003), 69, pp. 80 *et seq.*

qualificação de normas como *jus cogens*⁵⁰ e princípios como o da “justiça universal”⁵¹ imprimem força a essa estrutura.

De forma mais específica, convenções internacionais que tratam de determinadas e graves violações de direitos humanos incluem dispositivos que obrigam, expressamente, aos Estados partes a processar os respectivos abusos.⁵² O entendimento pela obrigação dos Estados de investigar e punir as violações de direitos humanos decorre, ainda, da interpretação proveniente dos órgãos oficiais de proteção dos tratados internacionais e regionais de direitos humanos.⁵³ Este entendimento foi expressamente reiterado na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Brasil por violações de direitos humanos relativas ao desaparecimento forçado e à execução sumária de pessoas no contexto da Guerrilha do Araguaia.⁵⁴ A Corte, nesta ocasião, não apenas determinou a instauração de investigações penais para a apuração dos fatos, como a punição dos responsáveis pelas violações, com base nas normas convencionais de Direito Internacional. E, mais especificamente, da obrigação de garantia consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana.⁵⁵

Desse modo, a realidade descrita traduz a necessidade de se considerar, no ideal de se assegurar *accountability* no Brasil em um marco jurídico contemporâneo da justiça de transição, esforços pela implementação de mecanismos que atentem para a responsabilização penal dos violadores.⁵⁶

50 A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, baseia-se amplamente no caráter cogente de alguns ditames internacionais, como a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o correspondente dever de investigar e punir seus responsáveis. Vide Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C N. 153, par. 84; Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C, N. 212, par. 193; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de Septiembre de 2010. Serie C, N. 217, par. 197.

51 De acordo com o Secretário-Geral da ONU: “... it (the universal jurisdiction) is a principle rooted in international law and codified in United Nations instruments and stands as a potentially important reserve tool in the international community’s struggle against impunity.” Report of the Secretary-General, “The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies”, S/2004/616, par. 48.

52 Cite-se a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre a Escravidão, Convenção Internacional sobre a Supressão e Punição do Crime de Apartheid, Convenção Internacional sobre o Desaparecimento Forçado. Cf. SEIBERT-FOHR, Anja. “Transitional Justice in Post-Conflict Situations”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, p. 2.

53 Esta interpretação se dá, principalmente, em torno dos dispositivos dos tratados que obrigam aos Estados partes a proteger e assegurar os direitos humanos. As primeiras interpretações nesse sentido se deram pelo Comitê dos Direitos Humanos nos anos 80 e pela conhecida manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, em 1988. Este tem sido, também, o entendimento da Corte Européia de Direitos Humanos desde meados dos anos 90. Compare SEIBERT-FOHR, Anja. “Transitional Justice in Post-Conflict Situations”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, pp. 2-3.

54 Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C N° 219.

55 *Ibidem*, pars. 137 ss.

56 Faz-se essencial esclarecer, aqui, que esse posicionamento não ignora os questionamentos acerca da real existência, no Direito Internacional, de um dever geral de se processar crimes internacionais, o qual vigore para além dos limites do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. O que se pretende, aqui, é firmar o marco jurídico que vincula o Brasil, considerando-se que o mesmo é parte nos principais tratados internacionais que consagram um compromisso nesse sentido, bem como foi expressamente advertido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos também nesse contexto. Para um delineamento bastante preciso do tema, veja Ambos, Kai. “The Legal Framework of Transitional Justice.” in: *Building a Future on Peace and Justice*, 19, pp. 29 *et seq.*

O que se pretende, com essa última afirmação, é, a princípio, demonstrar a inequívoca relação entre o ideal de *accountability* em justiça de transição e a discussão sobre a prática de concessões de anistias. É, sobretudo, em torno das Leis de Anistias que se tem analisado as experiências concretas de transição em sua relação com a *accountability*.⁵⁷ Se as anistias constituem mecanismos válidos de transição,⁵⁸ determinados critérios sedimentados na teoria e prática da Justiça de Transição qualificam este tipo de opção ou pacto político no sentido, por exemplo, de impor limites ao seu uso parcial e/ou abstrato pelas forças predominantes, e, acima de tudo, no sentido de não permitirem a impunidade no caso de graves violações de direitos humanos.⁵⁹

Tendo como referência estas considerações iniciais, retratemos as iniciativas brasileiras que se relacionam mais intimamente com a ideia de “assegurar *accountability*” no contexto mais específico de justiça de transição, ou seja, no contexto de responsabilidade (objetiva e subjetiva), prestação de contas e ônus⁶⁰ do Estado brasileiro e de seus agentes pelos abusos cometidos durante a ditadura.

2.1. A Lei de Anistia Brasileira

O mecanismo mais significativo em termos de *accountability* no Brasil foi, também, o primeiro mecanismo oficial de transição, e aquele que encerra relevantes posições político-jurídicas que informam todo o processo de transição democrática no país: a Lei nº 6.683/1979. Resultado de intenso movimento social por sua reivindicação,⁶¹ a Lei federal, ou melhor, a interpretação predominante deste instrumento⁶², determinou a escolha política em termos de *accountability* para a transição brasileira: a não punição ou responsabilização penal dos agentes da repressão

57 Destaque-se, aqui, a posição crítica da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, no paradigmático caso *Barrios Altos*, declarou que todas as leis de anistia por desaparecimento forçado, genocídio, tortura e crimes contra a humanidade violam a Convenção Americana de Direitos Humanos. Este foi, também, o entendimento no caso da condenação ao Brasil, a ser mencionada mais adiante neste trabalho.

58 Marcelo Torelly nos lembra, por exemplo, que “Desde a Segunda Grande Guerra, pudemos acompanhar a introdução de mais de 90 anistias nas Américas, aproximadamente 80 na Ásia, mais de 120 na Europa, quase 60 no Oriente Médio e Norte da África e, ainda, pouco mais de 140 anistias na África Sub-Sahariana. Disso conclui-se, portanto, ser a anistia um mecanismo comum nos procesos de transição.” TORELLY, Marcelo Dalmás. *Justiça transicional e estado constitucional de direito*, pp. 157 et seq.

59 Para uma noção geral, Ambos, Kai. “The Legal Framework of Transitional Justice”. In: *Building a Future on Peace and Justice*, 19, pp. 54 et seq. Em relatório ao Conselho de Segurança da ONU, o Secretário-Geral assinalou, por exemplo, que: “...United Nations endorsed peace agreements can never promise amnesties for genocide, war crimes, crimes against humanity or gross violations of human rights, ...” Report of the Secretary-General “The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies”, S/2004/616, par. 10. Em sua decisão de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos citou extensor rol de posicionamentos dos mais diversos órgãos internacionais, tanto no âmbito da proteção universal e regional dos direitos humanos, quanto no âmbito do Direito Penal Internacional, e também de cortes nacionais de países da América Latina, no sentido da limitação do uso de anistias no caso de graves violações de direitos humanos, por violarem deveres internacionais dos Estados. Par. 150-169.

60 Estes são, por fim, os três elementos que Pinho e Sacramento, por caminhos diversos, identificam como intrínsecos à noção de *accountability*. PINHO, José Antonio Gomes; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. “Accountability: já podemos traduzi-la para o português?”. *Revista de Administração Pública*, 43(2009), 1343, pp.1348 et seq.

61 MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro*, pp. 145 et seq.

62 Compare SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Anistia Penal – Problemas de Validade da Lei de Anistia Brasileira (Lei 6.683/79)*. Curitiba: Juruá, 2007, pp. 177 et seq.

militar pelos atos criminosos por eles cometidos.⁶³ Esta escolha interpretativa resta, por fim, confirmada em recente acórdão do Supremo Tribunal Federal, 31 anos após a promulgação da referida Lei.⁶⁴

Não pretendemos discutir, aqui, a noção, fundamentada de diversas maneiras pelo Supremo, de que a não persecução dos atos criminosos cometidos pela repressão militar no Brasil constitui aspecto legítimo, válido e constitucional de nossa Justiça de Transição. Esta discussão requer abordagem muito mais profunda do que aquela a que ora nos propomos. O que não nos parece possível negar é o fato de que o aspecto da “justiça na transição,” calcada na ideia de uma justiça global que possui também a *accountability* na forma da responsabilização penal pelas violações mais graves de direitos humanos como um de seus elementos, resta bastante enfraquecida no caso brasileiro.⁶⁵

Este fato motivou, por fim, em dezembro de 2010, manifestação explícita da Corte Interamericana de Direitos Humanos, condenando, não só a Lei de Anistia brasileira, como também o posicionamento do STF em seu acórdão. Para a Corte, a forma pela qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia adotada pelo Brasil afetou o dever internacional do Estado de investigar e sancionar as graves violações de direitos humanos, violando artigos da Convenção Americana e, também, o dever de controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado⁶⁶.

Se a *accountability*, na transição democrática brasileira, não se manifesta em termos de responsabilização criminal dos agentes da repressão, vejamos de que outras formas, ou por meio de quais outros órgãos e Poderes, busca-se assegurar esse valor.

63 De acordo com o artigo 1º da lei. A anistia apresentada como meio de reconciliação e pacificação o foi como um instrumento de beneficiamento bilateral. Este posicionamento interpretativo foi corroborado de forma ampla pela prática jurídica no país, marcada pela ausência de condenações penais aos responsáveis pela violência no regime militar (ainda que sejam conhecidas as diversas tentativas de fazê-lo, bem como as recentes condenações civis a torturadores como Carlos Alberto Brilhante Ustra). AMBOS, Kai *et al.* *Anistia, Justiça e Impunidade*, pp. 166 *et seq.* MEZAROBBA, Glenda. “Entre Reparações, Meias Verdades e Impunidade”, *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, 7 (2010), 7, pp. 16 *et seq.* Atualmente, observam-se as tentativas do Ministério Público Federal de processar os responsáveis pelo crime de desaparecimento forçado de vítimas da ditadura, como crime que equivale a um seqüestro continuado, ou seja, não prescrito ou anistiado. A tese, no entanto, ainda não obteve êxito junto ao judiciário brasileiro.

64 Em sede de decisão sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153/2008) interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil. Vide íntegra em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo>>. Para a discussão acerca de outros aspectos da lei, como seus procedimentos de elaboração, as controvérsias geradas pela correição ou não de sua interpretação extensiva (ou da extensão de seus efeitos anistiantes) aos agentes estatais, as vaguezas ou mesmo imperfeições técnicas de seu texto, bem como as dúvidas em torno de sua validade jurídica, veja TORELLY, Marcelo. *Justiça transicional e estado constitucional de direito*, 2010; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert *et al.* (Orgs.). *Justiça de Transição no Brasil – Direito, Responsabilização e Verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 37 *et seq.*; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Anistia Penal*, pp. 195 *et seq.*; SILVA, Alexandre Garrido da; VIEIRA, José Ribas. “Justiça Transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil”, *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, 11 (2008), 19, pp. 35 *et seq.*

65 Salta aos olhos, neste contexto, o fato de que o Brasil, no que tange às características de sua anistia e de seu correlato posicionamento em relação à *accountability*, adota posição bastante peculiar, não só frente às experiências observadas ao redor do mundo como frente às realidades experimentadas por seus vizinhos na América Latina (como, por exemplo, na Argentina e no Chile, em que se procedeu a punição de militares envolvidos em violações de direitos humanos). Essa falha se revela, ainda, no alto grau de ilegalidade, de exclusão e de corrupção que rege as relações do Estado com a sociedade. Sobre o tema, MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro*, pp. 154-157 e 163; ARCE, Gerardo Alberto Arce. “Armed Forces, Truth Commission and Transitional Justice in Peru”, *SUR International Journal on Human Rights*, vol. 7, nº 13, dec. 2010, pp. 27-49; ELIAS, Jose Sebastian. “Constitutional Changes, Transitional Justice, and Legitimacy: The Life and Death of Argentina’s ‘Amnesty’ Laws”, *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 31, 2008, pp. 587-646.

66 Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C Nº 219, par. 172 e 177.

2.2. O reconhecimento oficial da responsabilidade do Estado brasileiro pelos abusos cometidos durante o regime militar

O processo de transição democrática brasileira conta com um relevante momento de reconhecimento oficial da responsabilidade do Estado pelos abusos cometidos no passado. A promulgação da Lei 9.140, em 1995 (Lei dos Desaparecidos)⁶⁷, é amplamente aceita como o ato de reconhecimento de responsabilidade estatal por uma série de abusos e violações aos direitos humanos, por meio de desaparecimentos forçados, sequestros, prisões, tortura e morte das vítimas da repressão militar.⁶⁸

Caracterizam este processo de reconhecimento da responsabilidade do Estado brasileiro, no âmbito da Lei 9.140/95, a revelação oficial das identidades de algumas das vítimas, a admissão da possibilidade de existência e identificação de novas vítimas - trabalho que foi conduzido pela então criada Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), bem como a inauguração de um procedimento oficial de reparação econômica aos familiares das vítimas, a ser operacionalizado pela mesma Comissão.⁶⁹

Em 2002, o advento da Lei 10.559 estendeu a responsabilidade oficial do Estado a um aspecto relevante da atuação da repressão militar: a imposição da perda de direitos laborais ou da impossibilidade do seu exercício.⁷⁰ Também para estas vítimas, a compensação financeira passou a ser garantida no Brasil a partir de então. No contexto das atividades da Comissão de Anistia, criada pela Lei 10.559/02 para examinar os requerimentos de indenizações, destaque deve ser dado aos bastante simbólicos pedidos de perdão que vêm sendo realizados em nome do Estado brasileiro.

Revela-se, assim, a característica central do reconhecimento da responsabilidade do Estado brasileiro pelas violações ocorridas durante o regime militar: trata-se de responsabilidade objetiva, no contexto da concessão de reparação econômica às vítimas ou aos seus familiares, e resultado de uma demanda mais particularizada por parte dos mesmos.

67 Lei 9.140, de 4 de dezembro de 1995.

68 A Lei é um resultado claro do fortalecimento das estruturas democráticas no país, bem como da progressiva perda de poder político dos militares, assim como da crescente mobilização dos familiares das vítimas da ditadura. MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro*, p. 148; AMBOS, Kai *et al. Anistia, Justiça e Impunidade*, pp. 166 *et seq.* Compare, ainda, Nilmário Miranda e Carlos Tibúrcio, in: MEZAROBBA, Glenda. "Entre Reparações, Meias Verdades e Impunidade", *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, 7 (2010), 7, p. 13. Lei 9.140/1995, Artigo 1º.

69 Iniciativas posteriores ampliaram o caráter ou, pelo menos, o âmbito do reconhecimento da responsabilidade do Estado pelas violações da ditadura. A Lei 10.536, de 14/08/2002 e a Lei 10.875, de 01/06/2004 estenderam o período de aplicação da responsabilidade até 5 de outubro de 1988 e explicitaram a ocorrência de outras situações de violência no passado. Veja a atual redação da Lei 9.14/1995, Artigo 4º, I, c, d.

70 Lei 10.559, de 13 de novembro de 2002.

Um fato recente lançou nova luz à questão da *accountability* no processo de Justiça de Transição brasileiro. Em decisão de 17 de abril de 2012, a Justiça de São Paulo reconheceu, de forma inédita, que o ex-dirigente do PC do B, João Batista Franco Drummond, morreu após sessões de tortura, praticadas pelos agentes da ditadura, no DOI-Codi II, Exército de São Paulo, em 16 de dezembro de 1976. Por força da decisão do juiz Guilherme Madeira Dezem, a certidão de óbito da vítima deverá ser retificada de forma a conter tal informação sobre as circunstâncias do falecimento.⁷¹ A decisão, pelo Judiciário, vem somar ao reconhecimento da responsabilidade do Estado até então apoiado basicamente em medidas legais e administrativas. O significado simbólico do reconhecimento de responsabilidade pelo Estado, por sua vez, fica claro nas palavras da viúva da vítima, ao ser questionada sobre a importância de se mudar a certidão de óbito: “*Não preciso mais andar com uma mala cheia de dossiês para provar que sempre falei a verdade*”.⁷² Não é, portanto, de reparações econômicas que ela fala.

Sem dúvida alguma, houve avanços no sentido da “responsabilização” do Estado brasileiro pelos abusos cometidos pelo regime militar. Ainda que de forma não sistemática, o Brasil vem assumindo, também, um ônus predominantemente administrativo e financeiro pelas violações de direitos ocorridas no passado. De fato, observa-se certa redefinição do significado político inicial da anistia no país.⁷³ Os mecanismos empregados, no entanto, de natureza declaratória, não deixam brechas para a responsabilidade criminal dos agentes da ditadura por seus atos. As iniciativas oficiais não guardam, tampouco, ligação com o reconhecimento de responsabilidade subjetiva por parte dos responsáveis pelos abusos de direitos cometidos ou mesmo de qualquer expressão de lamento ou arrependimento, por parte dos mesmos, pelos fatos ocorridos.⁷⁴ O reconhecimento da responsabilidade do Estado avançado no âmbito das reparações econômicas no Brasil, por fim, não se relaciona com uma abordagem mais ampla sobre os acontecimentos históricos do período em questão, no sentido do reconhecimento, perante a sociedade em geral, da responsabilidade por abusos cometidos.⁷⁵

71 Decisão proferida pelo Juiz Guilherme Madeira Dezem, juiz de Direito da 2ª. Vara de Registros Públicos de São Paulo.

72 ‘ISTOÉ fala com a viúva de ex-guerrilheiro que terá o registro ‘morte por tortura’ na certidão de óbito’. Revista IstoÉ, n. 2215, 25 de abril de 2012, p. 24-25.

73 Esta ideia é muito bem tratada por Glenda Mezarobba: “*De seu caráter inicial de conciliação pragmática, observa-se que a anistia viu seu significado evoluir para o reconhecimento da responsabilidade do Estado em graves violações de direitos humanos e, depois, para a reparação econômica das perdas sofridas por ex-perseguidos políticos*”. MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro*, p. 150.

74 A ausência de quaisquer sentimentos de lamento pelo ocorrido durante a repressão militar foi, mais uma vez, demonstrada quando da insistência dos militares em prosseguir com as comemorações do aniversário do golpe militar em março deste ano, apesar das recomendações da Presidente, Dilma Rousseff, de que as mesmas fossem canceladas.

75 Essa questão será tratada mais adiante, como um componente da “reconciliação” na Justiça de Transição.

3. A DIMENSÃO DA JUSTIÇA NA TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA BRASILEIRA

A compreensão da noção de justiça em transições políticas exige abordagem ampla e interligada dos diversos interesses que compõem a sociedade em questão. Na busca por justiça em um contexto de superação de abusos cometidos em um passado autoritário, direitos de vítimas e de acusados se complementam na persecução do bem-estar da sociedade em geral, devendo ser assegurada a aplicação de princípios como *accountability* e a equidade na proteção dos direitos, bem como na prevenção e na punição de infrações.⁷⁶

De maneira mais concreta, ou sentido mais restrito, a noção resgata a clássica discussão acerca do significado e benefícios da justiça retributiva e a necessidade de se perseguir um ideal de justiça restaurativa, delineadora de relações renovadas entre indivíduos e comunidade, entre Estado e sociedade. Nesse contexto, parece-nos bastante acertada e, também, disseminada a ideia de que, no âmbito da Justiça de Transição, a escolha pela não persecução penal dos crimes envolvidos deve, necessariamente, ser acompanhada de “medidas alternativas”⁷⁷ eficazes, capazes de ensejar a superação do passado por meio da consideração real dos interesses das vítimas e, ainda, da restauração da sociedade como um todo.⁷⁸

No caso brasileiro, como já mencionado, optou-se pela objeção à justiça retributiva em relação aos abusos de direitos cometidos pelos agentes da repressão. Não obstante, houve uma clara forma de resgate dos interesses e direitos das vítimas, possibilitada pelo reconhecimento oficial da responsabilidade do Estado pela violência militar. Esta aproximação se deu, basicamente, por meio do desenvolvimento de um verdadeiro programa de reparação econômica que, de forma ampla, “materializou o reconhecimento” de que direitos fundamentais foram violados no passado brasileiro.⁷⁹ São dois os pilares que sustentam a busca por justiça na superação do passado autoritário no Brasil. Por um lado, o trabalho da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), criada em 1995, com o advento da Lei 9.140/95. Foi este o primeiro órgão oficial incumbido de proceder à análise dos casos de indenização para as famílias de vítimas dos abusos da repressão. Os resultados, bem como os detalhes e os desafios desse trabalho foram

76 Este é o conceito, bastante disseminado, de justiça oferecida pelo Secretário-Geral da ONU em seu Relatório que guia, em muitos pontos, o presente estudo. Report of the Secretary-General, “The rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies”, S/2004/616, par. 7.

77 Ambos, Kai. “The Legal Framework of Transitional Justice”. In: *Building a Future on Peace and Justice*, pp. 40 et seq.

78 No mesmo sentido, o Secretário-Geral da ONU em Relatório sobre o tema da Justiça de Transição: “*Indeed, in the face of widespread human rights violations, States have the obligation to act not only against perpetrators, but also on behalf of victims*”. Com base nesta observação, ele chega à conclusão mais específica de que, independentemente do modo de Justiça de Transição implementado, ambos as demandas por justiça e os ditames da paz requerem que alguma medida seja tomada para compensar as vítimas. Report of the Secretary-General, “The rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies”, S/2004/616, par. 54-55.

79 Compare Yasmin Sooka, em referência ao trabalho de Paulo de Grieff, SOOKA, Yasmin. “Dealing with the past and transitional justice”, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, nº 862, June 2006, pp. 311-325, p. 320.



FONTE: COMISSÃO DE ANISTIA/ARQUIVO NACIONAL.

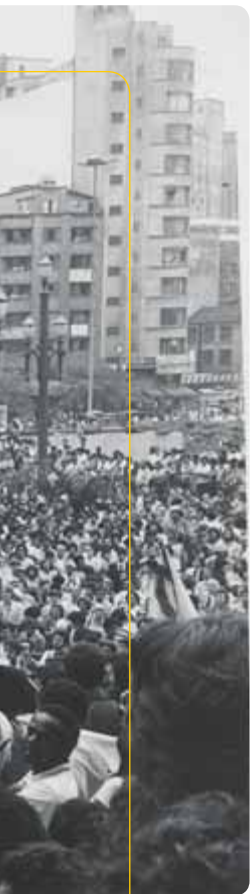
apresentados no relatório denominado “Direito à Memória e à Verdade”, editado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República.⁸⁰ Os recentes esforços da CEMDP em torno da organização de um “banco de DNA” oferece potencial concreto para a efetividade de futuras identificações e futura expansão da dimensão da justiça reparatória aos parentes das vítimas da repressão no Brasil.

O outro pilar a sustentar a realização de justiça na transição democrática brasileira é representado pela atuação da Comissão de Anistia.⁸¹ Trata-se, aqui, de justiça reparatória para aqueles que, por modos diversos, decorrentes da forte repressão militar, tiveram suas atividades econômicas forçosamente interrompidas durante o regime autoritário.⁸²

80 Brasil. Congresso Nacional. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Direito à verdade e à memória: comissão especial sobre mortos e desaparecidos*. Brasília, 2007.

81 Esta Comissão foi criada pela Medida Provisória nº 2.151 em regulamentação do artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Tal dispositivo foi responsável por ampliar os efeitos da anistia para abranger categoria de perseguidos políticos não atendidos pela Lei 6.683/79. A matéria foi regulamentada pela Lei 10.559/2002, cuja entrada em vigor determinou também a instalação e o início dos trabalhos da Comissão de Anistia.

82 Veja artigos 4º e 5º da Lei 10.559 de 2002. De acordo com o último relatório publicado pela Comissão de Anistia, a quantidade de requerimentos autuados na mesma totaliza 68.517 requerimentos, e o montante de prestações deferidas supera o valor de R\$ 250.000.000,00. Vide Relatório Anual da Comissão de Anistia, Ministério da Justiça, Brasília, 2010, página 15. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/>>. Em 2010, foram 1.831 julgamentos, tendo sido 1.172 requerimentos deferidos (página 17 do relatório).



Apesar de a estrutura criada pelo Estado brasileiro para a compensação das vítimas da repressão militar gerar alguns questionamentos relativos aos critérios de concessão e definição das indenizações,⁸³ constitui a mesma, sem dúvida, um avanço positivo para a busca de superação do passado autoritário e abusivo de direitos no Brasil. Os esforços concentram-se, portanto, em termos de persecução de justiça, claramente na realização de justiça administrativa, civil.

Se este aspecto de justiça restaurativa é relevante, também o é, no entanto, a questão da renovação das relações entre Estado e sociedade como um todo. Em outras palavras, um programa efetivo de reparações em justiça de transição deve destinar-se, em perspectiva mais ampla, ao (re)conhecimento das transgressões sofridas pelas vítimas e, dessa forma, ao restabelecimento da confiança dos cidadãos no Estado.⁸⁴ Neste sentido, e certos de que a medida de reparação econômica isolada não satisfaz aos critérios de justiça ampla evidenciados pelo marco jurídico contemporâneo da justiça de transição,⁸⁵ prosseguiremos com a análise do aspecto de “reconciliação” na transição democrática brasileira.⁸⁶

4. RECONCILIAÇÃO NO BRASIL: VERDADE E MEMÓRIA

A ideia de superação de um passado autoritário, marcado por um legado de abusos de direitos importa, necessariamente, em um esforço de pacificação das relações entre os diversos atores envolvidos, sobretudo das relações entre agressores e vítimas diretas. É, principalmente, sobre a dinâmica do reconhecimento da responsabilidade e do arrependimento, por parte dos responsáveis por violações de direitos, e do perdão, por parte dos agredidos, que repousam as reflexões mais frequentes acerca do ideal de reconciliação das sociedades em transição.⁸⁷ Não obstante, a dimensão da reconciliação na Justiça de Transição requer, também, compreensão de forma mais

83 Citem-se aqui, por exemplo, os problemas gerados pela representação do Ministério Público Federal ao Tribunal de Contas da União em relação ao limite máximo das prestações mensais pagas aos anistiados. Esta representação levou à suspensão de alguns pagamentos. AMBOS, Kai *et al* (Orgs.). *Anistia, Justiça e Impunidade*, 2010, p. 163.

84 Nesse sentido, SOOKA, Yasmin. “Dealing with the past and transitional justice”, *International Review of the Red Cross*, 88 (2006), 311, p. 320. Na mesma linha de argumentação, o Relatório do Secretário-Geral da ONU sobre Justiça de Transição menciona: “*Programmes to provide reparations to victims for harm suffered can be effective and expeditious complements to the contributions of tribunals and truth commissions, by providing concrete remedies, promoting reconciliation and restoring victim’s confidence in the State.*” Report of the Secretary-General, “The rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies”, S/2004/616, par. 54.

85 Compare, mais uma vez, com a posição expressa no relatório do Secretário-Geral da ONU, que, após mencionar a possível existência de formas de reparação não monetárias, adiciona: “*No single form of reparation is likely to be satisfactory to victims. Instead, appropriately conceived combinations of reparation measures will usually be required, as a complement to the proceedings of criminal tribunals and truth commissions.*” Report of the Secretary-General, “The rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies”, S/2004/616, par. 55.

86 Não desconsideramos, nesse ponto, o fato de que o fator “reparação” pode, também, incluir elementos não monetários, que servem, no entanto, ao mesmo propósito de compensação às vítimas. O Secretário-Geral da ONU menciona, por exemplo, em seu relatório, a restituição de direitos legais das vítimas, programas de reabilitação para as mesmas, bem como medidas simbólicas tais quais os pedidos de desculpas oficiais, a construção de monumentos e a celebração de cerimônias comemorativas (Report of the Secretary-General, “The rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies”, S/2004/616, par. 54). Para fins de melhor sistematização deste trabalho, preferimos, no entanto, considerar as iniciativas brasileiras nesse sentido sob a análise dos esforços por reconstrução da verdade e resgate da memória.

87 Compare Silva Filho, José Carlos Moreira da. “Memória e reconciliação nacional: o impasse da anistia na inacabada transição democrática brasileira”. In: *A Anistia na Era da Responsabilização* (op cit), pp. 278-306, pp. 292 *et seq.* MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro*, pp. 162 *et seq.*

ampla, em um contexto mesmo de composição das relações entre o próprio Estado e a sociedade como um todo. O benefício maior a ser buscado é a não repetição dos erros do passado.

De fato, como bem nos lembra Sooka, a reconciliação, como elemento de uma paz sustentável, só pode ser pensada no contexto de um amplo conjunto de objetivos, que incluem justiça para as vítimas, responsabilização (*accountability*) dos agressores, esclarecimento da verdade relacionada aos casos de violência e conflito, estabelecimento e reforma das instituições democráticas e o restabelecimento da confiança no governo e em suas instituições, o combate dos fatores que deram origem ao conflito, bem como a eliminação dos temores da convivência conjunta e a construção de relações de solidariedade entre os cidadãos.⁸⁸ Para além dos aspectos já discutidos neste trabalho, no âmbito dos ideais de *accountability* e de justiça, saltam aos olhos, na dimensão da reconciliação sob estes termos, o compromisso com a revelação da verdade histórica, bem como com a construção de uma memória nacional, no sentido de se evitar a repetição.

É verdade que os ideais de “paz e reconciliação” caminham juntos no discurso da justiça de transição. No caso específico do Brasil, isso não foi diferente. Como bem se observa, no entanto, a aproximação entre pacificação da sociedade e superação do passado, no país, tem seguido um caminho, no mínimo, tortuoso.

A princípio, a anistia bilateral brasileira, mecanismo basilar da transição no país, representou obstáculo praticamente intransponível à consecução de dois dos relevantes objetivos que compõem o ideal de reconciliação de forma ampla em uma sociedade em transição: ela impediu a responsabilização dos agressores, e, de forma relacionada, bloqueou a revelação da verdade histórica, bem como a construção da memória, por meio da consagração do esquecimento.⁸⁹

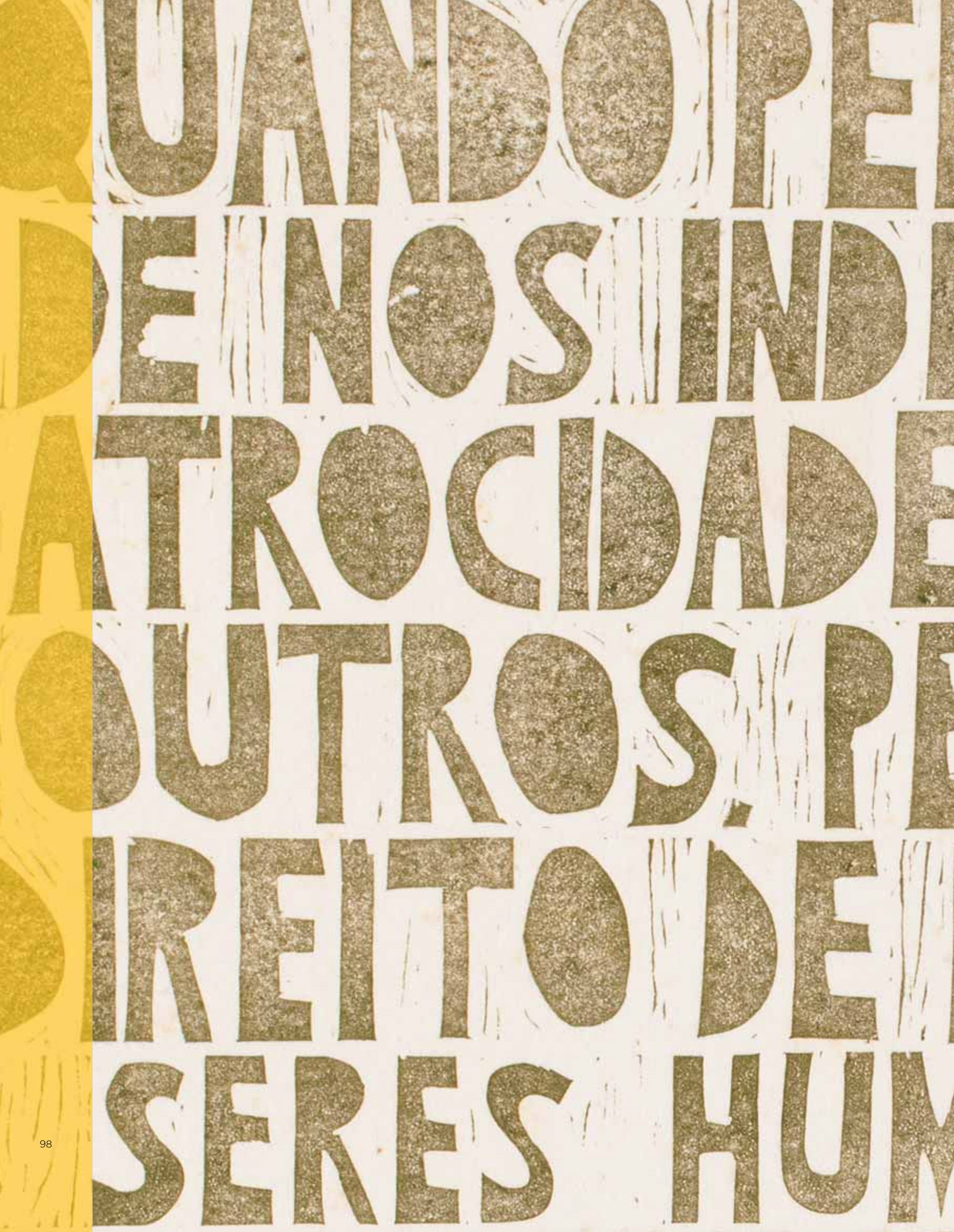
Avanços nessa orientação só foram observados a partir da já comentada criação da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos.⁹⁰ Ainda assim, a própria Comissão relata fatores que muito dificultaram a sua atuação e sustentaram a política do esquecimento.⁹¹

88 SOOKA, Yasmin. “Dealing with the past and transitional justice”, *International Review of the Red Cross*, 88 (2006), 311, p. 321.

89 Esta, aliás, característica comum às experiências latino-americanas de transição. SILVA, Alexandre Garrido da.; VIEIRA, José Ribas. “Justiça Transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil”, *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, 11 (2008), 19, p. 23. Ressalte-se, aqui, que o instrumento da Anistia, em princípio, pode ser perfeitamente compatível com a reconciliação da sociedade em torno da verdade e memória, como no caso da África do Sul.

90 Como ficou registrado, no próprio relatório final das atividades da CEMD, nas palavras de seu ex-presidente Augustino Veit: “Nessa atribuição de reconhecer a morte ou o desaparecimento dos perseguidos políticos e de indenizar seus familiares, a Comissão Especial desempenhou um papel histórico, pois desmontou a mentira oficial dos órgãos de repressão em vários casos.” Vide Brasil, Congresso Nacional, *Direito à Memória e à Verdade*, p. 41.

91 Dentre eles, a determinação do ônus da prova da qualidade de vítima para os parentes e a correlata dificuldade de acesso aos documentos comprobatórios, espalhados nos arquivos públicos, camuflados sob a linguagem técnica da repressão militar e muitos, ainda, protegidos pelo sigilo. Vide Brasil, Congresso Nacional, *Direito à Memória e à Verdade*, pp. 35 e 38 et seq.





QUANDO PERDEMOS A CAPACIDADE
DE NOS INDIGNARMOS COM AS
ATROCIDADES PRATICADAS CONTRA
OUTROS, PERDEMOS TAMBEM O
DIREITO DE NOS CONSIDERARMOS
SERES HUMANOS CIVILIZADOS.

VLADIMIR HERZOG

PREMIO VLADIMIR HERZOG
DE ANISTIA E DIREITOS HUMANOS

25.10.1979

Iniciativa concreta no sentido de ampliar o acesso à verdade, por meio da difusão das informações contidas em fontes documentais sobre as lutas políticas no Brasil durante o regime militar, constitui o Projeto da Casa Civil da Presidência da República “Memórias Reveladas – Centro de Referência das Lutas Políticas, 1964-1985”.⁹² Trata-se de primeira e relevante iniciativa de transparência que permite o cruzamento de dados digitalizados presentes em documentos nos diversos Estados brasileiros, para a busca da verdade, a reflexão sobre o tema e, numa perspectiva mais ampla, o “reencontro com a história política do país e a formação da nossa identidade nacional”.⁹³

Não obstante os avanços que este projeto permite, é o sigilo (e destruição) dos documentos em posse das Forças Armadas que causa as maiores inquietações em torno do tema da composição da verdade e memória em uma perspectiva de reconciliação da sociedade brasileira. Por um lado, o clamor pela abertura dos arquivos militares reúne diversos setores da sociedade civil e, de forma mais ou menos ampla, do governo, em um posicionamento no sentido da superação do passado por meio do enfrentamento dos fatos sobre o regime militar.⁹⁴ Este clamor insere o Brasil no tratamento do tema do “direito à verdade” na justiça de transição em uma perspectiva comparada e internacional.⁹⁵ Por outro lado, no entanto, a objeção a qualquer iniciativa pela busca da verdade, por parte dos membros das Forças Armadas, evidencia o caráter de negação do passado histórico, ainda vigente neste setor da sociedade, e sustentado, principalmente, pela ideologia do “perdão legislado” em 1979.⁹⁶ A nosso ver, essa objeção revela, acima de tudo, as dificuldades em se seguir com um projeto de reconciliação, com base na revelação da

92 Vide <<http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br>>.

93 Estes são os termos utilizados na apresentação do projeto em <<http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br>>. Iniciado já em 2005, pelo governo Lula, o mesmo foi instrumentalizado em 2009, com a criação do Centro e o lançamento do Edital de Chamamento Público de Acervos. Ele se baseia em acordo de cooperação técnica entre 28 instituições e o Arquivo Nacional para a disponibilização e acesso a um banco de dados, uma rede integrada de acervos e instituições, contendo informações e documentos que retratam a luta política, no país, no período de 1964 a 1985. Maiores detalhes no site indicado.

94 Diversos são, por exemplo, os movimentos em fóruns virtuais, as discussões acadêmicas, bem como o marcante engajamento da Ordem dos Advogados do Brasil e do Ministério Público. O PNDH-3 também trata do tema da abertura dos arquivos oficiais de forma ampla, e representantes do governo têm se manifestado sobre o tema também no sentido da abertura. A título de exemplo, as iniciativas da OAB do RJ, em <www.oabrj.gov.br>; manifestação do Ministro da Justiça e da Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República pela abertura dos arquivos durante manifestação da UNE, em Jornal O Globo de julho de 2011, <<http://oglobo.globo.com/politica/ministros-pedem-abertura-de-arquivos-da-ditadura-em-encontro-da-une-2714811>>; movimentações em blogs diversos, como <<http://fenebrasil.blogspot.com.br>>, <<http://pt.globalvoicesonline.org>>.

95 Sobre o direito à verdade no direito internacional, veja NAVOI, Yasmin. “The right to the truth in international Law: fact or fiction?”, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, nº 862, June 2006, pp. 245-273, pp. 245 et seq.; CRETOL, Monique/LA ROSA, Anne-Marie. “The missing and transitional justice: the right to know and the fight against impunity”, *International Review of the Red Cross*, vol. 88, nº 862, June 2006, pp. 355-362. Por uma visão contrária à existência de um “direito à verdade” e no sentido da existência de meros interesses juridicamente protegidos, SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri. “Anistia: A política além da justiça e da verdade”, *Revista Acervo*, 24 (2011), 79, pp. 90 et seq.

96 Referimo-nos, aqui, à observação de Sooka de que não se pode e não se deve legislar para o perdão. Este deve ser encarado como o resultado de um processo. SOOKA, Yasmin. “Dealing with the past and transitional justice: building peace through accountability”, *International Review of the Red Cross*, 88 (2006), 311, p. 320. Apenas a título de exemplo do posicionamento adotado por amplos setores das Forças Armadas, segue uma das argumentações, publicada no “Jornal Inconfidência”, em dezembro de 2011: “(...) Portanto, as razões tão arrogantemente alegadas para abertura dos arquivos militares são mentirosas. Além do revanchismo, há uma causa revolucionária pragmática que está no contexto da ‘neutralização das trincheiras da burguesia’: domesticar as Forças Armadas, inibindo-as, intimidando-as e desmoralizando-as perante a sociedade nacional. É preciso anular qualquer possibilidade de que venham a ser novamente baluarte da democracia.” COUTINHO, Sergio Augusto de Avelar. “Arquivos da Ditadura”, *Jornal Inconfidência*, Edição Especial, Nº 173, Ano XVII, Dezembro de 2011, p. 1 (publicado também nas edições N. 77/2004 e N.º 108 de 30/04/2007). Disponível em <www.grupoinconfidencia.org.br>.

verdade histórica do país, de forma dissociada de qualquer tipo de responsabilização individual e, acima de tudo, subjetiva, dos responsáveis pelas violações de direitos.

A ampliação dos esforços pela reconciliação no Brasil pode ser observada, ainda, nas atividades da já mencionada Comissão de Anistia. Diversas iniciativas em seu seio, nos últimos anos, têm reforçado o ideal de desenvolvimento e implantação de políticas públicas de memória, verdade e reparação no país.⁹⁷

Por fim, a criação da Comissão Nacional da Verdade no Brasil merece destaque por seu potencial concreto de composição das forças na sociedade.

4.1. A Comissão Nacional da Verdade

Após intenso, e, ainda recorrente, debate político e jurídico acerca dos rumos a serem tomados pela justiça de transição no Brasil, a Lei 12.528, sancionada em 18 de novembro de 2011 pela Presidente Dilma Rousseff, criou a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. O objetivo central da Comissão foi definido como o exame e o esclarecimento de graves violações de direitos humanos ocorridas entre os anos de 1946 e 1988 no Brasil.⁹⁸ Trata-se da mais atual iniciativa do Estado brasileiro com vistas a “efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.”⁹⁹

A Comissão é formada por sete membros designados pela Presidente da República em maio deste ano, seguindo o critério pré-determinado de idoneidade e conduta ética, bem como a identificação com a defesa da democracia e os direitos humanos.¹⁰⁰ Na persecução de seus objetivos, ela possui faculdades investigativas gerais, como a de receber e convocar testemunhos, requisitar informações aos órgãos públicos em geral, determinar a realização de perícias e diligências, promover audiências públicas, devendo sempre contar com a colaboração de entidades e órgãos públicos ou privados.¹⁰¹ O resultado dos trabalhos deverão ser apresentados ao final de dois

97 Para um panorama sobre as diversas ações educativas, de reparação simbólica, e as ações políticas de memória e reparação, bem como de divulgação da experiência brasileira no âmbito da Comissão de Anistia, veja Relatório Anual da Comissão de Anistia, Ministério da Justiça, Brasília, 2010, pp. 29 *et seq.*

98 O Artigo 3º da Lei nº 12.528 define, ainda, objetivos específicos da Comissão. Dentre eles, o esclarecimento de casos de torturas e outras violências; identificação e divulgação não só dos fatos e circunstâncias em que ocorreram, como também dos locais em instituições que as abrigaram; o apoio aos órgãos públicos na apuração dos casos de violação dos direitos humanos em geral; a recomendação de medidas políticas públicas para a prevenção de violações de direitos humanos e a sua não repetição.

99 Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011, artigo 1º.

100 *Ibidem*, artigo 2º, *caput*. A escolha dos membros da Comissão foi anunciada no dia 10 de maio de 2012. Dentre os 7 nomeados, encontram-se 5 juristas (os advogados José Carlos Dias, José Paulo Cavalcanti Filho e Rosa Maria Cardoso da Cunha, o ex-procurador-geral da República Cláudio Fonteles, e o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Gilson Dipp), um sociólogo (Paulo Sérgio Pinheiro) e uma psicanalista (Maria Rita Kehl).

101 *Ibidem*, artigo 4º.

anos de seu início, em um relatório incluindo as atividades realizadas, os fatos examinados, as conclusões e eventuais recomendações.¹⁰²

As principais críticas direcionadas à Comissão da Verdade brasileira concentram-se exatamente na seara da composição das relações entre graves violadores de direitos humanos do regime militar e suas vítimas, que são tão caras à reconciliação em uma justiça de transição. Em consonância com a anistia em vigor no país, a Comissão não terá poderes punitivos. Os fatos acaso apurados ou serão apenas de forma administrativa, sem que isso deva levar a qualquer responsabilização penal dos responsáveis pelas violações em questão.¹⁰³

Como em toda Comissão de Verdade e Reconciliação, o êxito da Comissão brasileira dependerá, de forma significativa, do grau de suporte e engajamento da sociedade em torno da realização de seus objetivos.¹⁰⁴

III. O BRASIL E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O tratamento do tema da Justiça de Transição brasileira exige, necessariamente, algumas observações no que tange à relação entre o Brasil e a ordem jurídica internacional, principalmente em seu aspecto de proteção internacional dos direitos humanos.

Partimos, neste ponto, da inegável vigência de complexo arcabouço normativo internacional de proteção da dignidade humana, em seus mais diversos e indivisíveis aspectos. Normas que, centradas na existência humana, definem padrões universais mínimos para a realização digna desta existência. É esta a razão de ser de todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o qual guarda, com o direito interno dos Estados, relação clara e não mais questionável de complementaridade: o

102 *Ibidem*, artigo 11.

103 Vide artigo 3º da Lei 12.528 de 2011. Trata-se, aqui, mais uma vez, de ampliação do componente da busca da verdade e memória sem conexão direta com uma *accountability* nos termos da justiça na transição.

104 Sobre a importância do envolvimento da sociedade para a sustentabilidade de um projeto de Justiça Transicional, compare LUNDY, Patrícia/MCGOVERN, Mark. "Whose Justice? Rethinking Transitional Justice from the Bottom Up", *Journal of Law and Society*, vol. 35, Nº 2, June 2008, pp. 265-292. Um dos temores acerca da instalação da Comissão da Verdade no Brasil e um dos principais argumentos dos militares contra essa iniciativa diz respeito à abertura de novas feridas em uma sociedade pretensamente já pacificada por meio da Lei de Anistia de 1979. De forma a angariar também o apoio dos militares, adaptações foram feitas ao Projeto inicial, que substituiu, por exemplo, a expressão "crimes da repressão militar" por "graves violações de direitos humanos no período de 1946 a 1988". Para uma visão geral do posicionamento de setores militares mais radicais contra a instalação da Comissão da Verdade no Brasil, veja diversas publicações do Jornal Inconfidência, disponível em <www.grupoinconfidencia.org.br>.

direito internacional assegura e amplia a proteção dos direitos humanos em casos em que o direito interno seja menos favorável, ou não garanta a observação dos padrões universais mínimos.

O Brasil participa desse contexto de forma ambígua. Por um lado, observa-se a ampla inserção do país e a coadunação de seu ordenamento jurídico interno com a realidade de proteção internacional dos direitos humanos. A própria Constituição Federal de 1988 consagra a dignidade humana e os direitos humanos como princípios basilares do Estado de Direito brasileiro, em consonância com o extenso rol de direitos reconhecidos, de forma aberta, em seu texto.¹⁰⁵ Ademais, o Brasil tem ratificado todos os principais tratados internacionais de proteção material e institucional dos direitos humanos, inserindo-se, voluntariamente, na dinâmica internacional da proteção desses direitos.¹⁰⁶

Ao mesmo tempo, no entanto, a postura conservadora do Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal, continua oferecendo um entrave, no Brasil, à consolidação da proteção ampla, *complementar* que os direitos humanos internacionais representam.¹⁰⁷ Mesmo quando avanços são alcançados, como no caso da consagração, pelo STF, do *status* hierárquico especial das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no país, observa-se o apego claro ao formalismo do ordenamento constitucional como manifestação de um conceito de soberania já bastante superado na ordem mundial.¹⁰⁸ A posição do nosso judiciário, que tão frequentemente nem mesmo rejeita, mas simplesmente ignora e não dialoga com o direito internacional, sinaliza, em alguns casos, até mesmo para o desconhecimento - pelos nossos magistrados -, desse sistema.¹⁰⁹

No caso específico da proteção dos direitos humanos em justiça de transição, no entanto, o afastamento brasileiro dos compromissos internacionais assumidos pelo próprio Estado ultrapassou a seara da discussão acadêmico-jurídica e política e restou consagrado na condenação do país à responsabilidade internacional perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pelas violações de direitos humanos relacionados com o desaparecimento de membros da

105 Principalmente, nos artigos 1º, III; 4º, II; 5º, §§ 1º, 2º, 3º.

106 Dentre eles, os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos, e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, a Convenção Americana de Direitos Humanos. Para um panorama geral dos Atos Multilaterais em vigência no Brasil, consulte Ministério das Relações Exteriores, Divisão de Atos Internacionais, < <http://dai-mre.serpro.gov.br/>>.

107 Para uma crítica mais minuciosa, Ventura, Deisy. "A interpretação judicial da lei de anistia brasileira e o Direito Internacional" In: *Anistia na Era da Responsabilização* (op. cit.), pp. 308-343, pp. 310 *et seq.* Nesse sentido, também, ZILLI, Marcos. "O Regime Militar e a Justiça de Transição no Brasil", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 93 (2011), 61, pp. 92 *et seq.*

108 Observa-se que predomina, na jurisprudência do STF, o entendimento de que as normas internacionais de direitos humanos constituem normas supraleais, mas infraconstitucionais. Para crítica ao formalismo do STF, Ventura, Deisy. "A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional" In: *A era da Responsabilização* (op. cit.), 308, p. 319. Sobre o *status* das normas internacionais no Brasil, na jurisprudência do STF, PIOVESAN, Flávia. "Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF" Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Ainda, LEAL, Rogério Gesta. "Justiça de Transição e a Responsabilidade do Estado por Atos de Tortura e Desaparecimento de Pessoas nos Regimes de Exceção", *Revista da AJURIS*, vol 38, Revista 123, Ano XXXVIII, Setembro 2011, pp. 263-296, pp. 263 *et seq.*

109 De fato, *Alexandre Garrido da Silva e José Ribas Vieira* citam pesquisa empírica realizada na comarca da capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que aponta para esse resultado. Vide "Justiça Transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil", *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, 11 (2008), 19, pp. 30 *et seq.*

Guerrilha do Araguaia.¹¹⁰ A Corte deixou claro que o Brasil vem violando obrigações internacionais de investigação e sanção de graves violações de direitos humanos, de forma incompatível com a Convenção Americana, e condenou o Brasil a uma série de medidas reparatórias.¹¹¹

O que pretendemos, com essas breves considerações acerca da relação brasileira com o direito internacional, é evidenciar um fato simples, mas, muitas vezes, ignorado pelos operadores do Direito no Brasil¹¹²: todas as vezes em que o Brasil ignora, não aplica ou rejeita as normas de proteção dos direitos humanos previstas nas Convenções internacionais por ele ratificadas,¹¹³ seja por meio de qualquer de seus Poderes, ele rejeita os compromissos, diga-se, as obrigações internacionais por ele mesmo assumidas. Ainda que esta “rejeição” seja opcional e consciente, de forma a assegurar valores, a princípio, considerados relevantes em nosso Estado de Direito, tal opção poderá ensejar responsabilização internacional.

No caso da justiça de transição e da lei de Anistia, independentemente da forma com que esta seja, no Brasil, interpretada e aplicada, ou seja, ainda que se argumente por sua validade e legitimidade no nosso país, ainda que se evite a discussão sobre a qualidade cogente de certas normas internacionais, bem como sobre os diversos princípios e disposições do Direito Penal Internacional, esta norma fere, de forma expressa e (desde a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos) indubitável, as normas internacionais de proteção dos direitos humanos ratificadas pelo Brasil, no mínimo no âmbito de proteção do sistema interamericano de direitos.¹¹⁴ Este é um fato que o Brasil tem que enfrentar. Mesmo que se opte, no país, pela constitucionalidade da não apuração e não punição dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos no período de exceção, esta opção político-jurídica e - porque não -, institucional, da forma expressa na decisão do STF, não afasta a responsabilidade do Brasil perante os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos e a comunidade internacional (no caso em questão, perante, pelo menos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos).

De que forma o Brasil irá lidar com a questão, seja no caso Araguaia, seja no âmbito mais amplo da anistia e da Justiça de Transição, e se esse fato afetará a ambígua relação do ordenamento jurídico interno com o direito internacional de proteção dos direitos humanos, só o tempo dirá.

110 Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C Nº 219.

111 Para um panorama geral, GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “Crimes da Ditadura Militar e o ‘Caso Araguaia’: Aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelos Juízes e Tribunais Brasileiros”; *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, nº 4, 2010, pp. 156-181.

112 Marcelo Torelly nos lembra, por exemplo, que na relevante ADPF153/2008, somente dois Ministros do STF sequer mencionaram a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil. Um deles, o Ministro Celso de Mello, para afastar a jurisprudência da Corte no caso do Brasil. TORELLY, Marcelo Dalmas. *Justiça transicional e estado constitucional de direito*, 2010, p. 320.

113 Restringimos, aqui, a visão às normas previstas em tratados internacionais, porque esta foi a fonte mais direta das normas violadas no caso da condenação do Brasil em questão. Mas poderíamos considerar, também, o caso da violação de normas consuetudinárias e de normas caracterizadas por *jus cogens*.

114 Para uma consideração geral acerca dos dispositivos de proteção dos direitos humanos e de Direito Penal que a questão analisada no STF enseja, veja Ventura, Deisy. “A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional!”. In: *A era da Responsabilização*, 308, pp. 320-336.

IV. REFLEXÕES FINAIS

Conforme antecipado no início deste trabalho, a análise da Justiça de Transição no Brasil enseja inúmeros questionamentos que impedem uma abordagem mais aprofundada em um breve estudo como este. As considerações aqui realizadas, no entanto, permitem algumas reflexões acerca da experiência brasileira.

A conjugação dos valores paz e justiça, em um contexto de transição política, não segue modelos pré-determinados. No caso brasileiro, os mecanismos implantados têm sua razão histórica e política de ser. Justificam-se, acima de tudo, pelas intrincadas características do modelo de transição democrática realizado no país. Em relação a esses mecanismos, não se pode dizer, de forma categórica, que eles não venham cumprindo o papel específico a que se destinam.

Na verdade, como observamos, os esforços pela superação do passado no Brasil abrangem, atualmente, mecanismos e estratégias que atendem às três importantes dimensões da Justiça de Transição. Há uma tendência ascendente de reconhecimento oficial do Estado de sua responsabilidade pelos abusos e violações de direitos no passado autoritário; ampliaram-se, ao longo dos anos, os canais de consideração dos interesses das vítimas por meio da garantia ampliada de compensação financeira; observam-se iniciativas concretas e progressivas no sentido de se garantir o acesso à verdade histórica e, dessa forma, construir a memória e a identidade nacionais. *Accountability*, justiça e reconciliação concorrem, aqui, para a realização de Justiça na transição brasileira.

Os mecanismos de Justiça de Transição representam avanços em seus âmbitos concretos de validade e aplicação; os avanços em cada uma das dimensões da Justiça de Transição brasileira também exercem influência sobre as demais dimensões de forma positiva (como no caso da extensão do significado político da Anistia por meio do estabelecimento do reconhecimento da responsabilidade do Estado e das reparações às vítimas, ou no caso dos avanços no sentido do

[...] as iniciativas brasileiras ainda não representam, sob a ótica da complementaridade, instrumentos suficientes para a pacificação (e composição) das forças antagônicas na sociedade como um todo, que supere a dimensão particularizada das demandas de vítimas específicas, e se projete para um futuro democrático garantidor da não repetição das graves violações de direitos ocorridas no passado.

esclarecimento de fatos históricos também no contexto dessas reparações). Assim, a princípio, não há que se reagir de forma pessimista à forma não linear de enfrentamento das questões relacionadas ao passado autoritário no Brasil.

No entanto, pesa, sobre o processo transicional brasileiro, a preservação da opção pela não responsabilização individual dos agentes da repressão militar, bem como a negação de quaisquer responsabilidades por parte dos mesmos. Por um lado, essa realidade parece ter, na prática, o condão de desconectar, isolar cada uma dessas dimensões da Justiça de Transição no Brasil, que deveriam experimentar não apenas uma relação de influência mútua, como, acima de tudo, de complementaridade. Assim, como se observa, as vítimas da ditadura e seus familiares continuam a clamar por justiça, ainda que as compensações financeiras sejam reconhecidas. Da mesma forma, por exemplo, continua o clamor pela busca compromissada da verdade histórica, diante do risco de esvaziamento da atuação da Comissão da Verdade brasileira pela veemente negação dos fatos pelos militares, sustentados pela ideologia da Anistia.

Por outro lado, e de maneira mais óbvia, a questão da anistia bilateral e ampla, no Brasil, pesa, porque expõe o nosso Estado de Direito à responsabilidade internacional e deixa o país isolado perante a comunidade internacional. Este, diga-se de passagem, um efeito completamente incoerente com os enormes esforços do país por maior inserção nessa comunidade.

Interessante notar, neste ponto, que, no Brasil, a falta de um processo sistemático e de estratégia clara de superação do passado se evidencia no comportamento ambíguo dos representantes dos Poderes. O engajamento mais intenso do Executivo e, por influência, do Legislativo - em um caminho ascendente de reconciliação por meio da busca da verdade e da atenção aos direitos das vítimas -, esbarra em um Judiciário bastante conservador e formalista.

Em consonância com essas reflexões, observa-se que as iniciativas brasileiras ainda não representam, sob a ótica da complementaridade, instrumentos suficientes para a pacificação (e composição) das forças antagônicas na sociedade como um todo, que supere a dimensão particularizada das demandas de vítimas específicas, e se projete para um futuro democrático garantidor da não repetição das graves violações de direitos ocorridas no passado.

Especialmente sob duas relevantes vertentes, no entanto, encontra-se o Brasil, atualmente, em momento decisivo para a concretização de potenciais avanços: por um lado, apresenta-se a oportunidade real de inovação na direção da reconciliação, em torno do ideal da verdade e memória, por meio da efetivação de trabalho sério, minucioso e garantidor de participação da sociedade no âmbito da Comissão Nacional da Verdade; por outro, percebe-se a possibilidade de esclarecimento da posição brasileira em relação aos seus compromissos internacionais

de proteção dos direitos humanos, em geral e no contexto específico da Justiça de Transição, por meio da definição da reação à recente condenação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Não sabemos, ainda, de que forma essas oportunidades serão aproveitadas.

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: O CASO BRASILEIRO

FABIANA GODINHO MCARTHUR

Doutoranda em Direito na Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Mestre em Direito (LL.M.) pela Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Pesquisadora do Instituto Max-Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional Público Heidelberg.

Resumo: O presente estudo analisa a dinâmica transicional brasileira a partir de uma noção contemporânea de Justiça Transicional. Esse conceito foi delineado em torno de experiências concretas, ao redor do mundo, de busca da paz e justiça na superação de um passado histórico. Para tanto, tendo em conta as características do regime militar e da abertura democrática no Brasil, o artigo procura identificar os mecanismos nacionais que atendem aos três objetivos ou dimensões da Justiça de Transição: “*accountability*, justiça e reconciliação”. Tendo delineado um caminho próprio de superação do passado, o Brasil encontra-se, de fato, em um momento potencialmente ascendente de realização desse ideal. Relevantes escolhas e estratégias próximas devem definir, no entanto, os rumos do ainda frágil equilíbrio entre “paz e justiça” no país.

Palavras-chave: transição – *accountability* – justiça – reconciliação

Abstract: This essay examines the Brazilian transitional dynamics, based on a contemporary notion of Transitional Justice. This concept has arisen from a sequence of attempts to come to terms with a historical past in pursuit of peace and justice worldwide. Taking into account the main features of the military regime and of the democratic opening in Brazil, the paper endeavours to identify those national mechanisms that support each one of the three objectives or dimensions of Transitional Justice: “*accountability*, justice and reconciliation”. Having designed its own set of strategies for coping with the past, Brazil can be considered to face a potentially favourable scenario for progressive fulfilment of this ideal. Forthcoming relevant choices and decisions should, however, define the course of development of the still fragile balance between “peace and justice” in this country.

Keywords: transition – *accountability* – justice - reconciliation



A PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS NO CASO BRASILEIRO: DA REPARAÇÃO CIVIL E OUTRAS MEDIDAS (LEIS Nº 9.140/1995 E Nº 10.559/2002)

Rafael Longhi

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado decorrente de atos ilícitos praticados por agentes estatais no exercício de suas funções é determinada no art. 37 § 6º da CF.¹ Como se infere do texto normativo, trata-se de reparação de dano que prescinde da análise da culpa atribuída ao agente, impondo-se a prova do ato ilícito aliada ao nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima.

A culpa torna-se relevante apenas em um segundo momento, para a ação regressiva do Estado em face de seu agente, caso haja a condenação do ente público ao ressarcimento do dano.

A norma constitucional não regulamenta a forma da reparação do ato ilícito, atribuindo-se, portanto, ao legislador esta competência. A finalidade objetiva da regra não pode, todavia, ser esvaziada por norma hierarquicamente inferior, sob pena de inversão dos valores que legitimam e fundamentam a própria atuação do Estado na organização da vida em sociedade. Uma tal medida violadora daria ensejo a uma ação para a salvaguarda da norma constitucional.

Os atos ilícitos perpetrados por agentes estatais, principalmente no período de 1964 a 1979, revestiram-se de uma aparente legalidade.² Além da presunção de legitimidade do ato estatal, o

1 Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, “entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 525).

2 Os relatos em que as práticas policiais desse conturbado período histórico são descritas com riqueza de detalhes estão em: ARNS, Paulo Evaristo. *Brasil: nunca mais*. Petrópolis: Vozes, 1995.

Estado escondia-se em uma proteção legal - o ônus da prova -, para furtar-se da responsabilização pela violação de direitos por seus agentes.

É tanto legítima a pretensão das vítimas pela reparação dos danos, assim como o é o questionamento sobre os critérios a serem utilizados para essa reparação. A carga dessa reparação pesa sobre os ombros de muitos sequer nascidos à época dos fatos e de outros tantos que, mesmo contrários ao regime superado, deverão suportar mais este ônus. É o sacrifício da coletividade empenhado em tais reparações e isto não há de ser olvidado.

Os atos de tortura não se consumavam à vista da sociedade. O dano causado às vítimas de perseguição política durante o regime militar era notório, mas faltava, na maioria dos casos, a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta dos agentes e o dano sofrido pelas vítimas, ou por seus familiares, a fim de obter-se a condenação do ente público à respectiva reparação. Sem o reconhecimento pelo Estado da ação ilícita de seus agentes, restava praticamente impossível a demonstração do nexo de causalidade.

De fato, retornar aos eventos que precederam à retomada da democracia nunca constituiu tarefa simples, principalmente porque muitas feridas permanecem abertas.³ Com isso, não se quer dizer que o passado não possa ser enfrentado.⁴ O conhecimento dos fatos ocorridos deve contribuir para uma reflexão crítica com vistas ao fortalecimento das instituições democráticas.

Os limites desta releitura encontram-se no presente, sendo, portanto, condicionados por fatores diversos daqueles subjacentes aos

3 Cf. sobre o papel do Direito no enfrentamento do passado na Alemanha e as alternâncias entre esquecimento e reconstrução nesse processo: SCHLINK, Bernhard. Die Bewältigung von Vergangenheit durch Recht. In: Helmut König *et al.* (Org.). *Vergangenheitsbewältigung am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts*. Opladen/Wiesbaden, 1998, pp. 433-451.

4 (Re-)construção é um processo condicionado por seus atores e cujos controles de verdadeiro-falso, certo-errado podem não servir para a concretização da almejada reconciliação social. «Geschichte» bezeichnet einen Diskurs: den Diskurs der Historiker” (FURRER, Norbert. *Was ist Geschichte?* Zürich: Cronos, 2003, p. 60) - „«História» designa um discurso: o discurso do historiador”. O discurso do historiador se sujeita às condicionantes que o cercam. Apurar a verdade dependeria do conhecimento de fatos que talvez jamais venham à lume, em face dos meios empregados pelo regime militar para sufocar as manifestações contrárias ao pensamento oficial. Nesse contexto, valer-se do termo “verdade” para recontar fatos históricos transmite a falsa ideia de que o Estado, em curto período de tempo, deteria condições de apresentar a verdade para a sociedade. O risco é a eleição de uma verdade que abrigue, no fundo, o interesse em um projeto ideológico específico. Sobre a problemática admissão de um direito subjetivo à verdade ver a precisa abordagem de DIMOULIS, Dimitri. Justiça de transição e função anistiantes no Brasil. Hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização. In: Lauro Joppert Swensson Junior *et al.* (Org.). *Justiça de Transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 91-127, especialmente nas p. 99 e ss. encontram-se as críticas ao modelo de encontro da verdade ora compartilhadas.

fatos históricos. O conhecimento sobre o passado é informação de inegável e incontestável valor histórico que pode influir no futuro de uma nação. O seu conhecimento, porém, não deve induzir ao acolhimento de uma ideologia como a vencedora. Não se pode esquecer que algumas das propostas ideológicas de outros grupos contrários ao regime militar eram de natureza tão antidemocrática quanto àquela instaurada.⁵ É preciso aprofundar o conhecimento sobre o passado para confrontá-lo com o presente, quiçá para compreender a cultura de violência que macula a atual democracia.⁶

É tanto legítima a pretensão das vítimas pela reparação dos danos, assim como o é o questionamento sobre os critérios a serem utilizados para essa reparação. A carga dessa reparação pesa sobre os ombros de muitos sequer nascidos à época dos fatos e de outros tantos que, mesmo contrários ao regime superado, deverão suportar mais este ônus.⁷ É o sacrifício da coletividade empenhado em tais reparações e isto não há de ser olvidado.

As eventuais críticas ao modo de enfrentamento do passado não apontam, porém, para a negação das injustiças perpetradas. É preciso reconstruir vidas, reincorporá-las na sociedade.

No centro do debate, a repercussão jurídica da violação dos direitos humanos ocorrida no período de 1961 a 1979. Este foi impulsionado com a decisão do STF quanto à interpretação da Lei de Anistia.⁸ Essa questão tomou proporções ainda maiores diante da condenação do Estado brasileiro em virtude da violação de direitos humanos no julgamento do caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Se existe um impasse no plano interno quanto à adoção de medidas que possibilitem a persecução penal em face da decisão proferida pelo STF, que negou a revisão da interpretação da Lei de Anistia, isto não se aplica no âmbito extrapenal. A necessidade de reparação desses danos é tema que encontrou respaldo em sede política. O tratamento sistemático da reparação

5 Não se pretende acolher a ideologia do vencedor para explicar as causas do golpe de 1964, mas apenas realçar que, por outro lado, não é possível afirmar que o projeto político de outros setores da sociedade perseguiram ideais democráticos. A explicação dos fatos que precederem o regime militar carece de unanimidade entre os historiadores. Em verdade, “muito pouco se produziu sobre o real papel dos movimentos sociais e da consolidação crescente da democracia no início da década de 1960, assim como em todo o período genericamente chamado de democracia populista” (LAMEIRA, Rafael Fantinel; KONRAD, Diorge Alceno. *O Golpe de 1964 no Brasil: problematizando discursos políticos e historiográficos*. CDHRP, nº 1, 2009, pp. 1-20, 19). Assim, é provável que o aprofundamento da pesquisa quanto ao período pré-64, de fato, venha a revelar elementos que propiciem uma aproximação das diferentes interpretações do contexto histórico da época. Ainda sobre este período, com diferentes interpretações, ver: o documentário “Reparação”, dirigido por Daniel Moreno (<<http://www.youtube.com/watch?v=1OLG9NtXSAY>> Acesso em: 11.10.2011); TOLEDO, Caio Navarro. *1964: Golpismo e democracia. As falácias do revisionismo*. Crítica Marxista, nº 19 (2004), Rio de Janeiro, pp. 27-48.

6 Esta a observação de Nilo Batista quanto ao reacendido debate penal sobre a Lei de Anistia: “O interesse pelas atrocidades do passado às vezes tolda a visão para os massacres presentes” (BATISTA, Nilo. “Apresentação”. In: Lauro Joppert Swensson Junior *et al.* (Org.). *Justiça de Transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17).

7 Não se pretende minimizar as injustiças perpetradas no passado, transportando para as vítimas parte da culpa pelos eventos ocorridos no regime de exceção. O que se persegue, no texto, é apresentar o regime legal de reparações, expondo principalmente seus problemas.

8 STF ADPF nº 153, Rel. Min. Eros Grau, DJe 6.8.2010. Sobre a Lei nº 6.683/79 ver SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Anistia Penal*. Curitiba: Juruá, 2011.

econômica atribuída às vítimas não mereceu, porém, a mesma atenção dispensada pelos especialistas em sede doutrinária à questão penal.⁹

As medidas reparatorias adotadas pelo Estado brasileiro constituem o resultado de um longo processo de amadurecimento inaugurado desde a edição da Lei de Anistia. A reparação de natureza pecuniária ocupará o ponto central das notas que se seguem, principalmente em uma análise do regime instituído pelas Leis nº 9.140/95 e nº 10.559/2002.

2. O CONCEITO DE REPARAÇÃO

A justiça de transição pode ser conceituada como o conjunto de medidas adotadas para o enfrentamento de um passado de violação em massa de direitos humanos.¹⁰ O elemento justiça “supõe muito mais que justiça penal retributiva (...) e abarca a justiça restaurativa na medida em que visa restaurar ou inclusive reconstruir a comunidade.”¹¹

Nesse processo de reconstrução da comunidade, ao lado da questão penal, destaca-se a reparação dos danos sofridos pelas vítimas.¹² Se há consenso de que os danos das vítimas devem ser reparados, o dissenso marca o debate sobre as medidas a serem tomadas com essa finalidade.

A reparação é a busca pela recomposição do dano, o que no sentido amplo adotado pela Corte IDH não se resume à mera reparação econômica. O conceito de reparação é trazido no caso Velásquez Rodríguez: “A reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional consiste na plena restituição (*restitutio in integrum*), o que inclui o restabelecimento da situação anterior e a reparação das consequências que a infração produziu e o pagamento de uma indenização como compensação pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais incluindo o dano moral.”¹³

9 No Brasil, é possível afirmar que os debates em sede doutrinária sobre a justiça de transição concentram-se em torno da persecução penal, muito embora as indenizações concedidas já alcancem os bilhões de reais. Segundo informações do Estado brasileiro, “o programa de reparações brasileiro (...) é certamente um dos maiores do mundo, tendo já superado a marca dos dois bilhões de dólares em indenizações” (PAYNE/ABRÃO/TORELLY. A anistia na era da globalização: contexto global, comparativo e introdução ao caso brasileiro. Leigh A. Payne et al. (Org.). *Anistia na era da responsabilização*. Brasília: Ministério da Justiça, 2011, pp. 18-30, 30).

10 A justiça de transição “(...) compreende o âmbito integral de processos e mecanismos associados aos intentos de uma sociedade de afrontar um legado de abusos em grande escala no passado, para assegurar responsabilidade, promover justiça e obter reconciliação” (AMBOS, Kai. O marco jurídico da justiça de transição. in: Kai Ambos et al. (Org.). *Anistia, Justiça e Impunidade: reflexões sobre a justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 21-132, 26).

11 Ambos, Kai. *O marco jurídico da justiça de transição*, ob. cit., p. 29.

12 O fundamento normativo da reparação é o art. 63 da CADH. Cf. CARRASCO, Salvador Herencia. Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos. In: Christian Steiner (Ed.). *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011, p. 381-492, 385 e ss.

13 Corte IDH: caso Velásquez Rodríguez contra Honduras (1988), reparaciones y costas, serie C, nº 7, § 26, tradução livre.

A Corte IDH desenvolveu significativamente o conceito de reparação previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) por meio da sua jurisprudência. Se este proceder favorece um tratamento uniforme dos países que aderiram à jurisdição da Corte, por outro lado, é pouco mais do que evidente que pode gerar um estatuto jurisprudencial paralelo às normas internas de reparação de atos ilícitos por violação a direitos fundamentais. Nos limites deste estudo, é suficiente aferir a existência de uma provável duplicidade de regimes para a disciplina dos direitos das vítimas, sempre que a violação a um direito fundamental representar, ao mesmo tempo, uma infração a um direito humano.

Vislumbra-se, portanto, a existência de um conflito de sistemas com a instituição pela Corte IDH de medidas de reparação diversas daquelas previstas no direito interno. Assegurar às vítimas reparações de natureza não pecuniária, como as medidas de satisfação e as medidas de reabilitação¹⁴, é privilegiar, em uma análise superficial, aquele que recorre à Corte IDH, em detrimento daquele que se cinge à Justiça nacional. Sem que as mesmas garantias de reparação sejam asseguradas no ordenamento jurídico interno, cria-se uma tutela diferenciada para a solução de casos semelhantes. O risco é a violação do princípio da igualdade.

A condenação sofrida pelo Estado brasileiro no caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil é sinal representativo de que a soberania estatal não mais emerge como argumento absoluto para excluir a responsabilidade do Estado em face da violação a direitos humanos. Cresce em importância o sistema internacional de proteção na garantia de uma reparação efetiva aos direitos humanos no plano interno.

O que se almeja é a construção de um modelo de controle que, mesmo conferindo uma maior proteção à pessoa, sopesse também adequadamente nesse processo a soberania estatal.¹⁵ Tomando em consideração que algumas formas de reparação do dano instituídas pela Corte IDH não decorrem de previsão expressa do texto da convenção, mas de criação jurisprudencial, restaria responder se - e, em que medida -, os órgãos nacionais estão vinculados a esta construção jurisprudencial da Corte IDH. O enfrentamento dessa questão deve ser relegado, porém, a outra oportunidade.¹⁶

14 Sobre as possíveis medidas ordenadas pela Corte IDH veja-se: Corte IDH. *Informe anual 2011*, San José (Costa Rica), pp. 18-19.

15 Sabe-se que a posição em favor da observância do princípio da soberania em casos de violação de direitos humanos pode constituir artifício estatal, até para negá-los em concreto. O problema que pode ser representado no caso do Uruguai, em que a Lei de Anistia considerada inválida pela Corte IDH foi ratificada por um plebiscito. Em aberto, permanece o conflito entre o conteúdo dos direitos humanos e o poder de autodeterminação dos povos. Sobre o problema entre direitos humanos e soberania ver BRUNKHORST, Hauke *et al.* *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999. A questão não comporta, porém, uma solução jurídica que despreze a soberania estatal. As formas de reparação estipuladas, por vezes, parecem não atentar para o caráter "suplementar, adicional e subsidiário" da proteção internacional aos direitos humanos. Quanto à influência da Corte IDH na proteção dos direitos humanos: PIOVESAN, Flávia. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana. In: Armin von Bogdandy *et al.* (Coord.). *Direitos humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 335-355.

16 Para uma visão crítica quanto à atuação da Corte IDH na criação de Direitos à margem da CADH, ver MALARINO, Ezequiel. Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. In: Kai Ambos / Ezequiel Malarino (Ed.). *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Montevideo: Fundación Konrad

Indubitavelmente, torna-se imprescindível resgatar os fatos que permanecem ocultos sobre as graves violações dos direitos humanos durante o regime militar. A reparação dos danos deve ocorrer tanto quanto possível *in natura*, ou seja, deve-se recompor o bem jurídico violado, outorgando-se, assim, a possibilidade de que inverdades construídas sejam desveladas, ou de que carreiras profissionais tolhidas sejam retomadas, enfim, de que as arbitrariedades perpetradas venham ao conhecimento público.

O problema da reparação, da recomposição do *status quo ante*, agrava-se em face da impossibilidade da reparação natural quando o dano imposto implique a perda do bem jurídico protegido.

No contexto específico do caso brasileiro para a reparação outorgada às vítimas do regime militar, a Lei nº 9.140/95 e a Lei nº 10.559/02 assumem particular relevo.

3. DA LEI DE ANISTIA À LEI Nº 9.140/95: UMA MUDANÇA DE PARADIGMA

3.1. A DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA E A LEI Nº 6.683/79

O Código Civil regulamenta, em seus arts. 22 a 39, o instituto da ausência. Sob a égide da codificação anterior, Clóvis Beviláqua definiu como ausente “o que desaparece do seu domicílio, sem que dele se saiba notícia. É a pessoa cuja habitação se ignora, ou de cuja existência se duvida e cujos bens ficam ao desamparo.”¹⁷ Do conceito doutrinário, torna-se evidente que a

Adenauer, 2011, p. 25-63. A crítica, que em parte se compartilha, dirige-se não só à atuação jurisdicional da Corte, mas revela toda a problemática da extensão dos efeitos das suas decisões, mesmo para os países que não compuseram o procedimento objeto de apreciação. Em outras palavras, formulou CARRASCO, precisamente, a questão: “(...) ¿es un tribunal internacional de derechos humanos el órgano idóneo para determinar qué reformas políticas e institucionales deben ser adoptadas por un Estado?” (CARRASCO, *ob. cit.*, p. 384). Nesse sentido, a jurisprudência da Corte IDH reconhece que o legislativo nacional há de considerar a sua jurisprudência na edição de atos normativos. Ademais, derivam-se interpretações que não encontram guarida no texto da convenção. É questionável o desejo por um ativismo judicial da Corte violador da soberania dos Estados, impondo-lhe obrigações com as quais não consentiram. Especialmente utilizadas para tais criações, foram expressões como: “la ‘idea de justicia objetiva’, las ‘leyes de humanidad’, el ‘clamor universal’, o la ‘consciencia jurídica universal’” (MALARINO, *ob. cit.*, p. 32). O risco de tais conceitos é o de que “(...) la absoluta abstracción de estos conceptos permite al intérprete hacerles decir lo que él quiere que digan” (*idem, ibidem*). É evidente a falta de legitimidade democrática da Corte IDH, por exemplo, para declarar a nulidade de lei aprovada regularmente, segundo as normas internas do Estado. A declaração de nulidade de lei interna é ato que viola diretamente a soberania do Estado e, por sua vez, não encontra fundamento normativo na CADH. Sobre o problema da interpretação de norma de baixa densidade normativa como o princípio da proporcionalidade no direito interno, ver ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 176-179.

ausência pressupõe o desconhecimento do paradeiro da pessoa tida por desaparecida. Não se declara a ausência de quem se conhece o destino.

À época da Lei de Anistia, o instituto da ausência também era disciplinado nos arts. 463 a 484 do Código Civil. Desse longo e complexo procedimento, somente após vinte anos do trânsito em julgado da sentença que julgou a sucessão provisória, autorizava-se a abertura da sucessão definitiva (art. 481). É justificável, porém, a dificuldade procedimental para a obtenção da declaração de ausência, em razão do grau de intervenção estatal no poder de autodeterminação da pessoa. Ao final de todo o procedimento, esta é equiparada, na sua posição jurídica, ao morto.

Na Lei nº 6.683/79, não foram reguladas somente questões penais. Era preciso conferir solução jurídica àquelas relações de natureza civil modificadas, drasticamente, pela intervenção dirigida do Estado contra determinadas pessoas.¹⁸

Considerou-se justificada a adoção de um tratamento legislativo diferenciado, em razão das peculiaridades que cercavam os casos de desaparecimento de pessoas no período abrangido pela Lei de Anistia. As razões que motivaram essa distinção permaneceram, porém, oficialmente ocultas.

Não bastasse o sofrimento impingido às famílias diante do desaparecimento de entes queridos, estas se deparavam com problemas jurídicos decorrentes da situação de incerteza provocada pela completa ausência de informações sobre o desaparecido. O procedimento para a declaração de ausência, na forma prevista no Código Civil de 1916, pareceu, mesmo aos olhos do regime militar, excessivamente longo. Criou-se, portanto, um regime jurídico intermediário que, não obstante portasse o nome de “declaração de ausência”, sinalizava o conhecimento do destino das vítimas desaparecidas.

Com efeito, a declaração de ausência foi desvirtuada pela Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79). Em nome do acordo possível, permitiu-se o alcance dos efeitos jurídicos do óbito em curto prazo. Reduziu-se este prazo para que o procedimento pudesse ser iniciado com mais de um ano de desaparecimento da vítima, o que veio a atender, em alguma medida, ao legítimo pleito das

¹⁸ Afirma Glenda Lorena Mezarobba sobre a declaração de ausência que: “Muitas famílias, talvez a maioria delas, no entanto, optaram por não recorrer ao instrumento do atestado de paradeiro ignorado [declaração de ausência]. Pareceu-lhes por demais doloroso decretar a morte do ente querido e eximir o regime militar de suas responsabilidades” (MEZAROBBA, Glenda Lorena. *Um acerto de Contas com o Futuro. Anistia e suas conseqüências – um estudo do caso brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 2003, p. 62). Sem os dados referentes aos processos ajuizados para a obtenção da declaração de ausência pelos parentes das vítimas não é possível afirmar a relevância ou a irrelevância concreta do art. 6º., *caput*, da Lei 6.683/79. Certo é que ela tenha sido tanto mais relevante quanto existente uma questão jurídica que lhe fosse conexa, a pressupor o óbito ou o fato a ele equiparado como requisito legal para o exercício de direitos daí derivados por outrem. Do óbito, decorrem inúmeros efeitos jurídicos que pertencem ao cotidiano da vida em sociedade. A simples pretensão de venda de imóvel registrado em nome do desaparecido pelo seu cônjuge ou por seus familiares seria obstada, se não fosse resolvida, previamente, a questão do óbito. Sendo que, neste caso, obtinha-se a declaração de ausência. Se o cônjuge supérstite pretendesse se casar novamente, seria imprescindível desfazer o vínculo conjugal anterior, e, assim por diante.

famílias vitimadas pela perseguição política. As diversas fases procedimentais, até que fosse possível um juízo sobre a ausência, foram suprimidas.

Com o texto da lei, por um lado, o Estado não reconhecia o óbito dos desaparecidos que estiveram sob sua custódia, mesmo tratando-os como se mortos fossem, conforme a disposição do art. 6º, *caput*, da Lei nº 6.683/79. De outro lado, conferiam-se às famílias os efeitos jurídicos decorrentes da presunção de óbito do desaparecido (art. 6º, § 4º, da Lei nº 6.683/79). Deixava-se em aberto, porém, a questão da reparação dos danos, em virtude da negação do cometimento de atos ilícitos por agentes estatais.

A desfiguração do instituto da ausência fornece um ponto de referência para qualificar uma concessão legal que veio a tutelar a situação dos familiares das vítimas, ainda que de modo insuficiente. No âmbito cível, parece não vingar a tese de que a anistia versou sobre acordo imposto, porquanto seria desnecessário criar uma nova regulamentação quando a hipótese fática já estava contemplada em lei. Há indícios no arranjo normativo da existência de uma negociação travada entre setores da sociedade para a edição da Lei de Anistia.

Com a simplificação do procedimento, deixou-se à margem a própria finalidade do instituto da ausência, que deveria assegurar a restituição dos bens ao ausente no caso de seu reaparecimento. Não havia sinais de uma sucessão gradual, segundo as longas etapas das normas do Código Civil de 1916. A nova roupagem do referido instituto tornou-o um sucedâneo da declaração de óbito, do qual, de fato, nunca se duvidou no seio do Estado. Nesse quadro, surge, como objetivo provável, o de obstar-se eventual debate sobre o fato do desaparecimento. Era patente a insuficiência da solução normativa para conceder uma tutela adequada aos direitos violados.

A equiparação do desaparecido ao ausente deixava entrever a abertura legal para que a qualificação jurídica dessa situação caminhasse, no porvir, em outra direção; o rótulo que lhe fora posto pela Lei nº 6.683/79 não condizia com a sua verdadeira natureza jurídica. A ficção jurídica revelava, no caso, um latente descompasso com a realidade que se pretendia regular e ocultava, em suas entrelinhas, uma atuação ilícita de órgãos estatais.

Se a discussão principal voltava-se para a anistia de crimes, é coerente que a sua repercussão, no âmbito extrapenal, seguisse o mesmo destino. Negava-se a prática de qualquer ato ilícito, até mesmo anistiando-se os agentes estatais. É compreensível, na lógica da anistia-esquecimento, que as reparações pelo equivalente em dinheiro não tenham sido concedidas às vítimas, uma vez que o fato subjacente às condutas lesivas dos agentes estatais escondia, por vezes, um ilícito cuja investigação poderia provocar o clamor público pela punição penal dos responsáveis.





3.2. A LEI Nº 9.140/95: A OBTENÇÃO DA DECLARAÇÃO DO ÓBITO DOS DESAPARECIDOS

O debate em torno dos desaparecidos políticos, após a Lei de Anistia, só não caiu no esquecimento devido ao nobre - e legítimo - esforço dos familiares das vítimas e da sociedade organizada. A Constituição de 1988 avançou em questões deixadas sem resposta pela Lei de Anistia, atendendo, porém, timidamente, às reivindicações das vítimas. Cuidou-se da questão da reparação econômica de algumas vítimas do regime militar, especialmente no art. 8º, do ADCT. Coube ao legislador recolocar, depois de vários anos, o tema da anistia na pauta dos debates políticos. Passados mais de sete anos sob a égide da carta democrática, foi promulgada a Lei nº 9.140/95.

A aludida lei aflorou os motivos que gravitavam implícitos à tutela jurídica diferenciada concedida aos familiares dos desaparecidos políticos pela Lei de Anistia. A mudança do paradigma é consumada com o reconhecimento oficial pelo Estado da morte de desaparecidos políticos em decorrência da atuação de agentes estatais. Ao assumir, logo no art. 1º da Lei nº 9.140/95 a responsabilidade pelas mortes dos desaparecidos, o Estado rompe com a posição adotada na Lei de Anistia. Em Anexo à Lei, indicaram-se os nomes de pessoas desaparecidas, cujos óbitos eram reconhecidos pelo Estado como decorrentes da atuação ilícita de agentes públicos. Não se tratava de rol exaustivo, o que possibilitava a inclusão de novas vítimas nessa lista. No entanto, atribuía-se aos interessados o ônus da prova quanto às circunstâncias do desaparecimento.

Se uma importante finalidade da justiça de transição é a busca de informações para reintegrar as vítimas à sociedade, devolvendo-lhes a dignidade arbitrariamente tolhida, desde então, não se pode mais alegar que o Estado brasileiro permanece inerte nessa caminhada. A mudança de postura frente aos acontecimentos permitiu que fossem lavradas as certidões de óbito das vítimas, o que vai além da obtenção de uma mera declaração de ausência, reputada como aviltante por muitos familiares.

Uma inovação bastante representativa da mudança de postura do Estado brasileiro foi a criação da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos (CEMD). O Estado instituiu órgão específico para a apuração do desaparecimento de pessoas, o qual foi incumbido dos julgamentos dos pedidos das famílias de vítimas cujo os nomes não integrassem a lista oficial dos desaparecidos.

Outorgaram-se, ainda, poderes àquela comissão para a produção de provas consistentes na solicitação da colaboração de pessoas, na realização de perícias, na requisição de documentos junto às repartições públicas, bem como na solicitação de auxílio do Ministério das Relações Exteriores, no caso de vítimas desaparecidas no exterior. Bastava o requerimento à comissão para que fosse desencadeada a atuação oficial do Estado.¹⁹

3.3. A INDENIZAÇÃO DECORRENTE DO RECONHECIMENTO ESTATAL DO ÓBITO DOS DESAPARECIDOS POLÍTICOS.

No caso dos mortos e desaparecidos políticos, depois do reconhecimento da conduta lesiva de seus agentes pelo Estado, impunha-se a reparação dos danos. A Lei nº 9.140/95 estipulou, assim, a indenização devida em decorrência do ato lesivo perpetrado em nome do Estado.

O art. 10 dessa lei dispôs sobre os legitimados a postular essa reparação. Atribuiu-se legitimidade às seguintes pessoas: à esposa, à companheira, aos descendentes, aos ascendentes e aos colaterais, até o quarto grau. Não se reconheceu um direito autônomo de cada um dos

¹⁹ A grande deficiência que se colhe de todo o trabalho de elaboração do projeto de lei encontra-se na ausência de um estudo de direito comparado sobre o tema. Deve-se registrar que o desprezo pelas experiências jurídicas de outros países sul-americanos também é visível na doutrina. Assim, Virgílio Afonso da Silva assevera, ao analisar o diálogo constitucional na América do Sul, que: “Com a timidez que ainda domina o diálogo constitucional na América do Sul – ou, ao menos, entre o Brasil e os outros países da região -, perdemos a oportunidade de aprender juntos e de criar sinergias e, assim, a oportunidade de nos integrar” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Integração e diálogo constitucional na América do Sul*. In: Armin von Bogdandy *et al.* (Coord.), *ob. cit.*, pp. 515-530, p. 530). Esta foi, para o autor, uma crítica, também, com caráter de autocrítica (nota de rodapé 65). Interessante é a sua observação de que “(...) o Supremo Tribunal Federal é altamente permeável a argumentos utilizados em alguns tribunais de outros países, mas ignora por completo a jurisprudência dos tribunais dos países vizinhos, que são justamente aqueles que (...) têm problemas (...) muito semelhantes aos brasileiros” (SILVA, *ob. cit.*, p. 530). A tese é demonstrada com a pesquisa das citações contidas nos acórdãos do STF. O autor informa, por meio de quadro sinótico, com análise de casos, até a redação final do seu artigo, que o STF tinha citado a Suprema Corte dos Estados Unidos, em 80, e, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 58 decisões. Em contrapartida, não se encontrava *qualquer* referência nas decisões publicadas a julgados de outras cortes sul-americanas ou da Corte IDH (SILVA, *ob. cit.*, p. 529).

legitimados à indenização, conquanto possam ter sido todos afetados, indiretamente, pelo ato ilícito praticado por agentes do Estado.

A ausência de especificação do dano a ser indenizado no art. 11, *caput*, da Lei nº 9.140/95, indicava que a reparação pecuniária estabelecida abrangia tanto o dano moral, quanto o dano material. Com efeito, a finalidade da lei era simplificar e resolver a questão dos danos impostos às vítimas, dirigia-se, assim, à completa reparação dos danos.

Do processo legislativo, colhe-se, ainda, que a quantificação da indenização decorreu de juízo de equidade realizado pelo legislador. Clamava-se pela indenização: e esta era instituída para reparar o dano em sua integralidade.

O art. 11 da Lei nº 9.140/95 instituiu, a título de indenização, o pagamento do valor fixo de R\$ 3.000,00 (três mil reais) para cada ano de provável sobrevivência do desaparecido a título de reparação, segundo a planilha constante do Anexo II, parte integrante da referida lei. Conjugava-se a idade provável, na época do desaparecimento, com a expectativa de vida, para, daí, mediante simples cálculo aritmético, estipular-se o valor da indenização.

Infere-se do art. 10 dessa lei que o valor a ser pago não poderia ser inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Considerando que a expectativa de vida máxima, segundo o Anexo II da lei, era de mais 50,75 anos para a mulher que contasse entre 16 e 20 anos, à época do desaparecimento, a indenização poderia alcançar, no máximo, o valor de R\$ 152.250,00 (cento e cinquenta e dois mil e duzentos e cinquenta reais).

Com isso, o cálculo da indenização foi norteado por critério que desconsiderava a concreta extensão do dano. O legislador procedeu a um juízo de equidade, que desonerava os legitimados à indenização da prova da extensão dos danos.²⁰ Por um lado, se os beneficiados gozavam do temperamento do rigor legal quanto à necessidade da prova do dano e do nexo de causalidade, suportavam, por outro lado, a possibilidade de ausência de correspondência entre o valor da indenização e a extensão do dano, decorrente de uma avaliação feita, antecipadamente, pelo legislador. Em uma sociedade de condições sociais tão díspares, tornava-se árduo o alcance da reparação integral do dano. O legislador seguiu, porém, o ideal de que em tais casos a avaliação dos valores deveria ser equitativa, aceitando os riscos que lhe são inerentes.

Mesmo que o Estado tivesse admitido - com a Lei nº 9.140/95 -, a responsabilidade por atos ilícitos perpetrados por seus agentes durante o regime militar, esta se restringiu aos casos

em que a vítima tenha desaparecido sob sua custódia. A despeito disso, o reconhecimento da responsabilidade estatal pelo desaparecimento provocou uma mudança na orientação jurisprudencial quanto à presunção de legitimidade do ato administrativo praticado pelo aparelho repressor estatal no aludido período.

Inverteu-se, assim, a presunção para se admitir - em processos judiciais movidos contra o Estado - a condenação deste, ainda que as provas produzidas constituíssem meros indícios ou somente provas indiretas do evento, desobrigando-se, até, da necessidade de demonstração do nexo de causalidade.²¹

4. A ANISTIA POLÍTICA E O REGIME INSTAURADO PELA LEI Nº 10.559/02

4.1. AS DIRETRIZES FIXADAS PELO ART. 8º DO ADCT PARA A ANISTIA POLÍTICA DE TRABALHADORES

Mesmo antes da Lei nº 9.140/95, o constituinte assumia, com a redação dada ao art. 8º. do ADCT, o compromisso de reparar os danos causados a pessoas atingidas por atos de exceção ou mesmo vítimas de perseguição política. Esse preceito normativo beneficiava apenas servidores públicos, civis e militares, e trabalhadores da iniciativa privada, ao permitir o retorno ao serviço ou ao conceder uma reparação em função de ilícitos perpetrados pelo Estado durante o regime militar.

Observe-se que, aqui, não se trata do caso de desaparecidos políticos, nem, tampouco, de vítimas da ditadura, das quais a integridade física tenha sido violada. É indenização decorrente do prejuízo econômico causado a certos grupos de pessoas pelos óbices criados ao exercício da profissão.²² A eficácia dessa norma, ao instituir a chamada anistia política, alcançava os fatos ocorridos de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição.

21 Os efeitos da norma repercutiram mesmo nos processos que já estavam em curso ao tempo da edição da Lei nº 9.140/95: “Pedido de indenização formulado nos autos, anteriormente à Lei nº 9.140/95, que reconheceu como mortos desaparecidos políticos acusados de participação em atividades políticas à época da ditadura militar. Contudo, com o advento da norma, ficou o autor livre do ônus de provar a ocorrência da morte e o nexo causal entre esse fato e a ação ou omissão do Estado” (STJ. REsp nº 734.234, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 13.3.2006, p. 4).

22 Assim: “A anistia referida nos arts. 8º e 9º do ADCT foi prevista em benefício daqueles que foram vítimas de atos de ‘exceção, institucionais ou complementares’ que, de alguma forma, sofreram prejuízos em suas atividades profissionais, em seus direitos ou por motivos políticos, mesmo que trabalhadores da iniciativa privada, dirigentes e representantes sindicais” (STF ADI 2.639, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 4.8.2006.)

Ao interpretar o dispositivo constitucional em análise, o STF considerou que não se exigia a edição de ato legislativo para integrá-lo no pertinente à anistia dos servidores, sendo a norma dotada de eficácia plena. A aplicação do § 3º do art. 8º do ADCT, a dispor sobre a indenização assegurada àqueles que foram impedidos de exercer a profissão, dependeria da edição de outro ato legislativo para regulamentar os termos da reparação econômica.²³

O texto constitucional delineou os limites da reparação econômica que deveriam ser observados pelo legislador. Dentre estes, concentrar-se-á na análise do termo inicial do efeito financeiro. A fonte normativa principal é, juntamente com o § 1º do art. 8º do ADCT²⁴, o § 5º do mesmo dispositivo.²⁵ A questão é saber se existe a possibilidade de retroatividade do efeito financeiro para momento anterior ao requerimento de anistia protocolado pelo interessado.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), provocado no âmbito de sua competência a manifestar-se sobre a interpretação do art. 8º § 5º do ADCT, firmou orientação jurisprudencial no sentido de que: “os efeitos financeiros da readmissão do empregado anistiado serão contados a partir do momento em que este manifestou o desejo de retornar ao trabalho e, na ausência de prova, da data do ajuizamento da ação.”²⁶

No pertinente à interpretação de conceitos jurídicos, urge destacar, como informa acórdão do órgão pleno do STF, que: “(...) O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios.”²⁷ É de suma importância, portanto, aferir o sentido técnico do termo no sistema jurídico para conferir sentido à norma que se busca interpretar.

23 Nesse sentido: “À exceção do preceito do § 3º, o teor do art. 8º do ADCT da Lei Fundamental veio à balha com eficácia plena, sendo imprópria a impetração de mandado de injunção para alcançar-se o exercício de direito dele decorrente” (STF MI 626, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 18.06.2001).

24 O § 1º do art. 8 do ADCT determina que: O disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo.

25 O § 5º do art. 8 do ADCT dispõe que: A anistia concedida nos termos deste artigo aplica-se aos servidores públicos civis e aos empregados em todos os níveis de governo ou em suas fundações, empresas públicas ou empresas mistas sob controle estatal, exceto nos Ministérios militares, que tenham sido punidos ou demitidos por atividades profissionais interrompidas em virtude de decisão de seus trabalhadores, bem como em decorrência do Decreto-Lei nº 1.632, de 4 de agosto de 1978, ou por motivos exclusivamente políticos, assegurada a readmissão dos que foram atingidos a partir de 1979, observado o disposto no § 1º.

26 TST. Pleno da Seção Especializada em Dissídios Individuais. OJ nº 91. Inserida em 30.05.1997. Colhe-se de um dos julgamentos que lastreou a posição do TST que: “Os efeitos financeiros da readmissão em virtude da anistia prevista no art. 8º, § 5º, do ADCT devem ser a partir do momento em que o empregado, indubitavelmente, manifestou o desejo de voltar ao emprego e não foi aceito e se não houver prova neste sentido deve ser a partir do ajuizamento da ação. Recurso ordinário em Ação Rescisória provido. (TST. ROAR nº 105608. Rel. Min. Regina Rezende. DJ 01.08.1997). Sobre a distinção entre reintegração e readmissão é possível afirmar que: “(...) no primeiro caso o empregado retorna ao serviço, com o ressarcimento do período de inexecução contratual, como se a relação de emprego não tivesse sofrido solução de continuidade; no segundo caso o empregado é novamente admitido, sem que possa computar o tempo de inexecução contratual como de serviço, nem perceber os salários efetivos a esse período” (SÜSSEKIND, Arnaldo *et al. Instituições de direito do trabalho*, v. I. 22. ed., São Paulo: LTr, 1994, p. 743).

27 STF. Tribunal Pleno. RE 166.772, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 16.12.1994.

O termo readmissão indica a existência de uma nova relação jurídica. O emprego pelo constituinte do termo readmissão no art. 8º § 5º do ADCT mostra, portanto, que não existe a hipótese de pagamento de parcelas retroativas.

Apenas a título comparativo, torna-se necessária a menção a outro exemplo. Em virtude do ilegal afastamento de servidores públicos, no período entre 16.3.1990 e 30.9.1992, assegurou-se o retorno destes ao serviço com a promulgação da Lei nº 8.878/94 – uma lei “(...) editada para corrigir ilegalidades, excessos e injustiças.”²⁸ Dentre os anistiados, como informa o art. 1º, inc. III, da citada lei, estavam também aqueles “demitidos ou dispensados por motivação política.” Em pleno regime democrático, para corrigir a violação a direitos pela administração pública, dispôs o art. 6º da lei em comento: “A anistia a que se refere esta Lei só gerará efeitos financeiros a partir do efetivo retorno à atividade, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo.” O legislador concretizou com a redação dessa lei o mesmo ideal que permeou situação assemelhada, prevista no art. 8º do ADCT, vedando a concessão de efeitos financeiros retroativos.²⁹

Ademais, é incongruente igualar, juridicamente, a situação do servidor que prontamente exerce o direito e manifesta a vontade de retornar ao trabalho, contribuindo para o regular desempenho da administração pública, e aquele que poderia usar, em seu favor, eventual prazo prescricional e permanecer inerte. A constatação da mora estatal em promover a readmissão é que deveria servir como critério para a fixação do termo inicial do efeito financeiro, como sugeriram as decisões do TST, mas, aí, já não se trata de pagamento de retroativos.

Por fim, uma interpretação do art. 8º do ADCT que não admita a retroatividade do efeito financeiro encontra respaldo na própria história dessa norma. Sua origem remonta o art. 4º da EC nº 26/1985, a dispor em seu § 4º: “A Administração Pública, à sua exclusiva iniciativa, competência e critério, poderá readmitir ou reverter ao serviço ativo o servidor público anistiado.”³⁰ A ponderação de interesses feita pelo constituinte vem às claras do cotejo entre as duas normas. Na redação do art. 8º do ADCT, suprimiu-se a sujeição do exercício do direito do anistiado ao exclusivo interesse da administração, prevista na norma transcrita; de outro modo, condicionou o pagamento à readmissão, cujos efeitos financeiros decorrem de manifestação de vontade do anistiado para retornar ao trabalho.

28 STF, RMS 22837, Rel. Min. Maurício Correa, ementa, DJ 17.9.1999.

29 O art. 3 da Lei nº 8.878/94 dispôs: “Observado o disposto nesta Lei e de acordo com as necessidades e disponibilidades orçamentárias e financeiras da Administração, o Poder Executivo deferirá o retorno ao serviço dos servidores ou empregados despedidos arbitrariamente no período a que se refere o art. 1º.” Ao examinar a mesma questão referente ao termo inicial do efeito financeiro, o STF definiu que a análise do tema implicava em “malferimento de dispositivo infraconstitucional” (STF, Primeira Turma. ARE 647499. Rel. Min. Lui Fux. Data do julgamento: 14.2.2012. DJe de: 8.3.2012), razão pela qual o mérito do recurso, que questionava exatamente a possibilidade de aplicação do entendimento externado anteriormente na interpretação do art. 8º do ADCT, deixou de ser enfrentado.

30 A comparação entre o art. 4 da EC nº 26/1985 e o art. 8º ADCT é encontrada no RE 294.124, Rel. Min. Carlos Veloso, DJ de 22.10.2003, com outras referências jurisprudenciais. Não foi salientada, porém, no aludido julgado, a diferença entre as duas normas, o que é essencial à interpretação do art. 8º do ADCT, segundo a interpretação ora defendida.

ANISTIA 10 ANOS

OS INTEGRANTES DO COMITÊ BRASILEIRO PELA ANISTIA - CBA/SP
CONVIDAM:

28/AGOSTO/89 - 11 HS
EXPOSIÇÃO DE TRABALHOS DOS PRESOS POLÍTICOS
ANHEMBI
PALÁCIO DAS COMÉDIAS

28/AGOSTO/89 - 12:30 HS
FLORES NO PORTAL DO PRESÍDIO TIRADENTES
AVENIDA TIRADENTES, PRÓXIMO À ESTAÇÃO TIRADENTES DO METRÔ

28/AGOSTO/89 - 20 HS
ATO PÚBLICO ANISTIA - 10 ANOS
TUCA - TEATRO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
R. HORTO ALAZUL, 1384 - PINHEIROS

29/AGOSTO/89 - 12:30 HS
REINSTALAÇÃO DA TRIBUNA-LIVRE SENADOR TEOTÔNIO VILELA E HOMENAGEM ÀS VÍTIMAS DO REGIME MILITAR DE 64
PARQUE IBIRAPUERA

Este projeto é uma iniciativa do Comitê Brasileiro pela Anistia - CBA/SP, em parceria com o Conselho Nacional de Anistia - CNA. O projeto é financiado pelo Conselho Nacional de Anistia - CNA.

FONTE: CEDEMUNESP

APRESENTAÇÃO

ENTREVISTA

ANAIS DO SEMINÁRIO

DOCUMENTOS

ANISTIA 10 ANOS



No entanto, o STF interpretou o art. 8º § 1º do ADCT em outro sentido. O tribunal apreciou a questão do pagamento de retroativos no julgamento do RE nº 228.276.³¹ Neste acórdão, não consta qualquer referência ao debate que ensejou no TST a OJ nº 91, à diferença entre readmissão e reintegração ou à possível consequência de uma interpretação sistemática do § 5º e do § 1º - ante o emprego do conceito readmissão -, para aferir-se a interpretação mais condizente com a *ratio legis* do aludido dispositivo. Como se infere do aresto que definiu a posição do STF sobre a questão, considerou-se que: “A estrutura normativa da regra excepcional consubstanciada no art. 8º do ADCT permite vislumbrar que, ao lado do afastamento dos efeitos financeiros retroativos à data da Carta de 1988, abriu-se campo à reparação das vantagens pecuniárias a partir da promulgação da Constituição.” Prevaleceu, portanto, o entendimento de que o termo inicial do efeito financeiro era a promulgação da CF. A manifestação de vontade do interessado tornou-se relevante tão somente para aferir a incidência de eventual prescrição quinquenal.

4.2. O REGIME DA REPARAÇÃO CRIADO PELA LEI Nº 10.559/02

A Lei nº 10.559/02 veio à lume, em tese, para regulamentar o art. 8º do ADCT. De fato, pretendeu-se assegurar, no texto normativo, alguma forma de reparação econômica às vítimas que não só aos trabalhadores afetados por atos de exceção. O objeto principal da lei foi a instituição do regime de reparação econômica para os anistiados.

Colhida a salutar experiência com a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, a lei criou, em sede administrativa, uma Comissão de Anistia para julgar os pedidos de anistia. Esta foi dotada de poderes para promover atos instrutórios, no sentido de apurar o atendimento dos pressupostos legais e para a declaração da condição de anistiado. Por fim, caberia a esta determinar o valor da reparação econômica a ser paga pelo Estado, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei nº 10.559/02.³²

No art. 2º da lei, verifica-se a existência de rol exaustivo dos atos de exceção que ensejam o reconhecimento da condição de anistiado político. O legislador procedeu a exame prévio para determinar quais foram os atos praticados pelo regime militar violadores de direitos.

31 STF. Primeira Turma. RE nº 228.276. Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ de 12.2.99.

32 O teor de alguns julgados da Comissão de Anistia pode ser conferido em: PAULINO, José Alves. *O julgamento dos anistiados políticos: o plenário*, v. I. Brasília: Projecto Editorial, 2003.

A anistia pressupunha a existência de atos de perseguição exclusivamente política. Obviamente que uma previsão taxativa das hipóteses de incidência da norma padece de limitações conhecidas. Contudo, houve a tentativa de racionalizar o potencial volume de indenizações, a partir de um tipo fechado.

Declarada a anistia política, possibilitou-se o requerimento da reparação nos termos do art. 3º da Lei 10.559/02. Existem duas formas de reparação econômica instituídas pela lei. Uma é a prestação, em parcela única, cujo valor não pode exceder a quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a ser paga a quem não demonstrar qualquer vínculo laboral à época dos fatos ou àquele que, mesmo tendo direito à prestação mensal, fizer a opção pelo recebimento da reparação em parcela única; a outra, uma prestação mensal, permanente e continuada, a depender da atividade laboral desempenhada pela vítima, quando afastada de suas atribuições, por motivos exclusivamente políticos. Aos que lograssem demonstrar a existência do vínculo laboral à época dos fatos, não houve limitação explícita em torno dos valores da indenização.

Para o estabelecimento do valor da prestação mensal, foram previstos os critérios no art. 6º, da Lei nº 10.559/02, os quais tinham, por finalidade, garantir ao beneficiário, de fato, a recomposição de todas as perdas decorrentes da violação dos direitos. Incluiu-se, também, a outorga das vantagens a que ele teria direito, se estivesse exercendo regularmente a atividade laboral interrompida.

Na comparação com as demais vítimas do regime militar, os trabalhadores e servidores públicos anistiados foram os maiores beneficiados, em termos de valores, pela reparação outorgada pelo Estado. No caso dos servidores públicos e dos trabalhadores, foi estabelecido, como paradigma, o correspondente ao percebido pelos servidores, trabalhadores, na mesma condição do anistiado, considerando-se a função exercida à época do ato que o afastou do serviço, para, então, enquadrá-lo na situação de maior frequência. Além disso, vedou-se, com fundamento no art. 9º, *caput* e parágrafo único, a incidência de imposto de renda e de contribuição previdenciária sobre a reparação econômica.

Ademais, o § 6º do art. 6º da Lei 10.559/02 concedeu aos anistiados a possibilidade de receber parcelas retroativas ao requerimento de anistia a título de indenização. O prazo da prescrição quinquenal deve ser aferido com a data do protocolo da petição ou do requerimento inicial de anistia. Vedou-se que o efeito econômico retroagisse para alcançar a época anterior à nova ordem constitucional.

5. A REPARAÇÃO DOS DANOS DAS VÍTIMAS DE PERSEGUIÇÃO POLÍTICA EM PERSPECTIVA CRÍTICA

5.1. AS INCONGRUÊNCIAS DO REGIME DE REPARAÇÃO DOS ANISTIADOS POLÍTICOS

A Lei 10.559/02 nasce de ato legislativo excepcional. É bem verdade que a reparação econômica tardou a ser regulamentada, na medida em que faltou vontade política para ensejar a atuação

Não se pode desprezar a finalidade materializada em conceito específico, tornando sem sentido a tão praticada distinção conceitual que possibilita a produção de uma mínima segurança jurídica. Tanto mais precisos os limites traçados pela dogmática para o termo utilizado na lei, tanto mais simples seu uso na *práxis* e o alcance da segurança jurídica daí advinda.

do legislador. Sua origem mais remota é a MP nº 2.151/01, reeditada diversas vezes e com significativas modificações.

Nas suas várias versões, é fácil aferir que, de início, o texto dispunha, diferentemente, sobre aspectos relevantes da reparação econômica. A medida provisória foi, no seu percurso – até ser convertida na Lei 10.559/02 –, incorporando vantagens que excedem o texto do art. 8º do ADCT.

Lê-se, na exposição de motivos da MP nº 65/02, a última versão da medida provisória convertida na lei em exame: “A nova proposta traz muitos e significativos avanços, entre os quais destacamos alguns. No art. 1º, manteve-se o rol de direitos do anistiado, reconhecido pela norma vigente, e acrescentou-se inciso referente à “reintegração dos servidores públicos civis e dos empregados públicos punidos (...)”

Com efeito, estabelece-se, nesse ponto, a conexão com o dito alhures. Ao se perceber que o conceito de readmissão não incluía o pagamento de qualquer parcela retroativa, fez-se inserir na lei regulamentadora o termo reintegração.

É pouco mais do que evidente que, se o art. 8º § 5º do ADCT não contempla o efeito financeiro retroativo, justamente porque os termos reintegração e readmissão em direito representam situações jurídicas distintas, assim, não haveria de permitir-se uma inovação na regulamentação contrária à norma constitucional. A inconstitucionalidade surge, exatamente, quando se transbordam os limites impostos pela interpretação, ora conferida ao art. 8º § 1º c/c § 5º do ADCT.

Não se pode desprezar a finalidade materializada em conceito específico, tornando sem sentido a tão praticada distinção conceitual que possibilita a produção de uma mínima segurança jurídica. Tanto mais precisos os limites traçados pela dogmática para o termo utilizado na lei, tanto mais simples seu uso na *práxis* e o alcance da segurança jurídica daí advinda. Os problemas decorrentes de uma lei que extrapolou os limites que lhe foram postos não tardaram a aparecer.

Quando cotejado o valor da reparação única outorgada às famílias das vítimas desaparecidas pela Lei nº 9.140/95, ou, mesmo, a anistia concedida pela Lei nº 8.878/94 - com a prestação mensal, permanente e continuada da Lei nº 10.559/02 -, torna-se concreta a incongruência da lei. A coerência impunha que prevalecesse o teto indenizatório fixado pela Lei nº 9.140/95. Com a nova regra trazida pela Lei nº 10.559/02, criou-se a insólita situação em que os familiares da vítima desaparecida receberiam, a título de indenização pelo óbito do seu familiar, valor bastante inferior aos pagamentos retroativos efetuados a alguns anistiados que sobreviveram. Atrelar o valor da reparação econômica ao salário não percebido gerou o constatado desequilíbrio econômico.

Da mesma forma, deveria ter sido considerada, para fins de reparação econômica, a situação pessoal de cada anistiado, inserindo-se o exame em concreto do óbice ao exercício da profissão na mensuração dos valores concedidos, e não apenas do seu aspecto normativo. É a ausência de possibilidade de exercício da profissão que justificou a indenização estipulada pela norma constitucional. Qualquer outro caso ensejador da aludida reparação econômica haveria de ser, portanto, equiparável àquela situação. Os parâmetros indenizatórios, para aqueles que não tinham qualquer vínculo laboral à época, ficou bastante aquém daquela assegurada aos trabalhadores.³³

De modo previsível, o volume de reparações econômicas concedidas superou a expectativa e o orçamento estatal destinado para quitá-las mostrou-se insuficiente. O Estado não conseguiu cumprir os prazos estipulados na lei para efetuar a quitação das reparações concedidas, tendo

³³ Defende-se que muitas famílias dos falecidos também fizeram jus ao benefício instituído pela Lei nº 10.559/02 (ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. *Justiça de transição no Brasil: a dimensão da reparação*. in: *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2010, pp. 26-60, 33, n. 11). Todavia, admite-se que os maiores prejudicados com os critérios de reparação foram os que não conseguiram demonstrar a existência de vínculo laboral. O problema, porém, decorre da eleição pelo legislador de critérios distintos para o enfrentamento de situação semelhante, o que gerou diferenças substanciais na situação jurídica das vítimas.

sido editada nova lei - apenas para regulamentar o parcelamento do pagamento do débito retroativo -, a Lei nº 11.354/06.³⁴

5.2. UMA INDENIZAÇÃO AUTÔNOMA POR DANOS MORAIS?

O programa brasileiro de reparação das vítimas do regime de exceção não distinguiu, nem na Lei nº 9.140/95, nem, tampouco, na Lei nº 10.559/02, os danos morais dos danos materiais. A matéria foi versada, em ambas as leis, em caráter geral, sem que tenha particularizado, em qualquer dispositivo, quais as espécies de danos abrangidos pela indenização.

O que se tornou controversa é a existência de um direito da vítima à reparação do dano moral, além das indenizações já concedidas pelo Estado brasileiro. Derivou-se, em casos julgados pelos tribunais pátrios, um direito à reparação pelos danos morais, além das reparações concedidas.³⁵ Um exame do contexto histórico-normativo das leis promulgadas há de auxiliar no intento de determinar o alcance da indenização concedida.

O texto constitucional fornece o ponto de partida da digressão histórica ora proposta. À época da promulgação da Constituição, vários entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, hoje consagrados, inexistiam.

Para a questão posta, é relevante analisar o desenvolvimento jurisprudencial no tratamento do dano moral. Deveras, constata-se, desde logo, uma questão jurídica que hoje não mais persiste. Esta afeta a possibilidade de demanda, na qual seja formulado pedido para o ressarcimento de danos materiais juntamente com indenização por danos morais.

Como prevalecia na jurisprudência da época de edição do art. 8º do ADCT, não se admitia a cumulação entre dano moral e material³⁶, porquanto a indenização por danos morais nasceu com

34 Em caso concreto, vê-se o seguinte registro em acórdão do TRF da Segunda Região, em demanda movida por anistiado contra o parcelamento do débito: "(...) tal medida [o parcelamento] é indispensável para que se consiga efetivar o pagamento das verbas em testilha aos anistiados políticos sem que a economia do País entre em colapso" (TRF da Segunda Região. Apelação e Reexame necessário nº 200851010220960, Rel. Des. Reis Friede, DJ 28.06.2010, p. 312).

35 Admitindo uma reparação por dano moral, além da reparação concedida pelas leis, ainda que com reservas: "Embora guarde reservas quanto a condenação da União ao pagamento de danos morais a alguém que já obteve, publicamente, o reconhecimento do erro do Estado e indenização compatível com o alcance dos cofres públicos, entendo que há espaço na legislação para que se pleiteie danos morais, visto que o art. 11 da Lei 9.140/95 só diz respeito aos danos materiais" (STJ. REsp nº 658.547, Min. Eliana Calmon, v.u., DJe de 18.4.2005). Registre-se, contudo, como destacou a Relatora, que a existência de interesse processual em vista do recebimento anterior de indenização em sede administrativa não foi objeto de julgamento por ausência de prequestionamento. Reconhecendo o direito à indenização por danos morais aos herdeiros da vítima de perseguição política: STJ. Resp 1.220.982/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 21.10.2011.

36 A impossibilidade da cumulação entre o dano moral e o dano material era tema pacificado na jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos até pouco antes da promulgação da Constituição. Nesse sentido: "(...) 2- Apuradas a ilegalidade da prisão e a morte do preso, no cárcere, em decorrência de torturas ou sevícias, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade do Estado, a teor do art. 107 da Constituição. 3- De todas as autoridades, sem exceção portanto, exige-se o respeito a integridade física e moral do detento e do presidiário, UT Art. 153, Par-14 da Constituição. 4- É inacumulável a indenização do dano material com a do dano moral. Precedentes do TFR. 5- Apelação provida em parte" (TFR. Apelação cível nº 75601, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 30.06.88).

caráter supletivo, ou seja, ante a impossibilidade de concessão de reparação por danos materiais. Após a promulgação da Constituição, é que este entendimento veio a ser paulatinamente modificado.³⁷

Disso deflui que, não obstante conhecesse o constituinte a distinção entre o dano moral e o material, inadmitia-se uma indenização que os cumulasse. Portanto, para uma reparação integral, era suficiente a reparação pelo dano material.

Ocorre que o constituinte, ainda que pudesse referir-se à reparação do dano material, criou conceito normativo diverso. É dever do intérprete não esvaziar o sentido do termo “reparação de natureza econômica” previsto no § 3º do art. 8º do ADCT. Exatamente para indicar essa larga abrangência da reparação concedida aos anistiados, empregou o constituinte uma expressão distinta das conhecidas na dogmática.

Na Lei nº 9.140/95, não se encontra estipulado qual a espécie de dano é objeto da reparação que se concedeu. Diante da ausência de especificidade, não se pode proceder em face da alusão genérica à conclusão de que os danos morais não restaram abrangidos pela indenização fixada pelo legislador. Quando se percebe que, em casos de violação de direitos humanos, as indenizações são definidas por equanimidade, torna-se evidente a tese de que a indenização prevista no art. 11 dessa lei também abarcou os danos morais. Aliás, a redação do dispositivo, ao dispor sobre a indenização destacando a sua natureza reparatória, utiliza conceito geral tal como a própria Corte IDH, ao conceder o título “Reparações” ao item XI da sentença condenatória proferida no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*.³⁸

Ciente de todo este cenário e temeroso com a gama de demandas em curso contra a União, questionando indenizações por arbitrariedades



35ª CARAVANA DA ANISTIA, REALIZADA NO TEATRO OFICINA EM SÃO PAULO/SP.

CRÉDITO: PAULINO MENEZES.

37 O início da modificação jurisprudencial é vista em 1990, do que é exemplo a seguinte decisão: “(...) Indenização por danos morais (...). Cumulação com danos patrimoniais. Admissibilidade. O Estado é responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiro, devendo a indenização cobrir danos morais e materiais.” (STJ. REsp nº 3.604, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 22.10.1990). A edição do Enunciado nº 37 da Súmula do STJ pacificou a jurisprudência no âmbito da Corte: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (DJ de 17.3.1992).

38 Nesse sentido, a própria Corte IDH “avalia positivamente a atuação do Estado nesse sentido e considera que os montantes fixados pela Lei nº 9.140/95, e pagas aos familiares das vítimas a ‘título de reparação’, são razoáveis nos termos de sua jurisprudência e supõe que incluem tanto os danos materiais como os imateriais a respeito das vítimas desaparecidas.” (Corte IDH, Sentença, Caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*. 24.11.2010, § 303, p. 109).



provocadas no regime militar, é que também foi editada a Lei nº 10.559/02. A reparação econômica, ao regulamentar o art. 8º do ADCT, visa à recomposição integral do dano, independentemente de sua natureza.

Conceder uma indenização por danos morais ao anistiado, além daquela já outorgada pelo Estado, é desconsiderar a gênese normativa que justifica a própria distinção conceitual formulada pelo constituinte e regulamentada pelo legislador.³⁹

5.3. A PRESCRIÇÃO DOS DIREITOS PATRIMONIAIS DECORRENTES DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A prescrição é instituto que serve à segurança jurídica, ao ceifar a indefinição sobre o prazo disposto ao indivíduo para concretizar o direito material mediante a tutela jurídica outorgada pelo Estado.⁴⁰ Embora seja a regra no direito vigente, nem toda a pretensão é prescritível, como se infere da própria tradição brasileira.

Os direitos patrimoniais constituem exemplo clássico em que se admite amplamente a prescrição. O mesmo não sucede no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Após o reconhecimento da violação a direito protegido pela Corte IDH, o art. 63.1 da CADH determina que sejam estipuladas as medidas para a reparação das consequências do ato lesivo perpetrado pelo Estado. A imprescritibilidade dessa reparação se assenta como corolário da premissa de que o direito protegido pela Convenção é imprescritível.

Ainda que, na responsabilidade civil do Estado, a prescrição da pretensão à reparação de danos, morais e materiais, seja largamente reconhecida no direito pátrio, encontra-se forte tendência jurisprudencial acolhendo a premissa de que os efeitos patrimoniais - decorrentes da violação de direitos humanos -, durante o regime militar, são imprescritíveis.⁴¹

39 Examinando a possibilidade de cumulação de danos morais com a reparação econômica concedida nos termos da Lei nº 10.559/02, admitiu o STJ que: “Não há vedação para a acumulação da reparação econômica com indenização por danos morais, porquanto se tratam de verbas indenizatórias com fundamentos e finalidades diversas: aquela visa à recomposição patrimonial (danos emergentes e lucros cessantes), ao passo que esta tem por escopo a tutela da integridade moral, expressão dos direitos da personalidade. Aplicação da orientação consolidada na Súmula 37/STJ” (STJ. REsp 890.930/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 14.06.2007, trecho da ementa). Todavia, em acórdão mais recente, decidiu-se: “A reparação econômica prevista na Lei 10.559/02 possui duplice caráter indenizatório, abrangendo os danos materiais e morais sofridos pelos anistiados em razão dos atos de exceção praticados pelos agentes do Estado, de natureza política” (STJ. REsp 1.323.405/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJe de 11.12.2012).

40 Como dispõe o art. 189 do Código Civil, a prescrição fulmina a pretensão: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

41 Assim: “A exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (STJ. REsp 816.209/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 3.9.2007).

O pressuposto para essa interpretação é o reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana, representando a materialização legislativa de um direito humano, é imprescritível. Considerou-se em casos tais a necessidade de se conceder uma efetiva reparação aos direitos das vítimas.

Mister destacar que uma interpretação do sistema jurídico não pode, por si só, afastar a incidência de norma vigente, quando configurada a hipótese de incidência, sem que esta seja declarada incompatível com a Constituição. No âmbito do processo judicial, sem a eliminação da norma do sistema jurídico por meio dos recursos legais à disposição do julgador, sem a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo cuja eficácia se impugna, a norma urge ser aplicada.

Se uma norma jurídica, que estabelece um prazo prescricional, é formalmente válida, não se deve admitir a não aplicabilidade casuística da regra. Um conflito no interior do sistema se estabelece quando se nega a aplicabilidade da regra, contudo, sem retirar-lhe a validade ou restringir-lhe a eficácia. A questão jurídica ora versada refere-se à incidência do art. 1º do Decreto nº 20.910/32 nos casos em que se demandam reparações por danos morais e materiais, em decorrência de violações dos direitos humanos ocorridos no regime militar.⁴²

Ao analisar o tema da reparação sob o prisma dos direitos fundamentais, em caso de responsabilidade civil do Estado, cujo ato ilícito foi perpetrado em plena democracia, decidiu-se que a pretensão à reparação pode ser fulminada pela prescrição. Isto porque “a jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que a prescrição contra a Fazenda Pública, mesmo em ações indenizatórias, rege-se pelo Decreto 20.910/1932”⁴³ A jurisprudência construída sob a égide da democracia admitiu a recepção desta norma pelo ordenamento jurídico.

A divergência na inteligência da lei surge em relação a outro julgado do STJ, quando não se admite a aplicação do referido decreto em demanda na qual se pretenda a reparação por violação de direitos humanos ocorrida durante o regime militar. Esse posicionamento foi consolidado com a decisão da Primeira Seção proferida no EREsp nº 816.209/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon. Nesse julgado, colhe-se do voto da Relatora, em votação tomada à unanimidade: “(...) entendo que reconhecer como imprescritível o pedido de indenização por danos, sejam morais ou materiais, decorrentes dos atos de tortura arbitrariamente ministrados por agentes do regime ditatorial brasileiro, é uma das formas de dar efetividade à missão de um Estado Democrático de Direito, assegurando proteção e, sobretudo, reparação à dignidade do ser humano.”⁴⁴

42 Art. 1º do Decreto nº 20.910/32: As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

43 STJ. AgRg no AREsp 36517/RJ, Rel. Min. Hermann Benjamin, DJe de 22.11.2011.

44 STJ. EREsp nº 816.209/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 10.11.2009, p. 9,10. Registre-se que a decisão deste feito ainda não é definitiva, pois resta pendente nos autos a apreciação do RE n. 627.284, distribuído no STF ao Min. Ricardo Lewandowski. Padece de vício formal

Essa divergência de interpretação na Corte, no caso da prescrição, é bem delineada pelo Min. Hamilton Carvalhido em outro julgado, que, com certa perplexidade, constata: “Diferiu-se, assim, a dor de quem sofreu a perda de um filho vítima de tortura durante o regime militar de quem, também por ato ilícito do estado, sofreu a mesma perda, mas tem prazo prescricional a limitar seu direito nos moldes do Decreto nº 20.910/32.”⁴⁵ Deixa-se, assim, sem a devida reparação a mãe que perde o filho sob custódia do Estado em uma Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente pelo advento da prescrição.⁴⁶

A divergência jurisprudencial existente no país pode ser descrita como um reflexo de um conflito existente entre o direito interno e o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Ao pronunciar-se pela imprescritibilidade da pretensão das vítimas do regime militar, o STJ concretiza o plexo de direitos protegidos pelo sistema internacional de proteção aos direitos humanos e pela jurisprudência da Corte IDH, ainda que sem declarar a inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto 20.910/32.

Em vários desses julgados, é comum a referência aos tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, para afirmar-se a imprescritibilidade da pretensão reparatória por violação aos direitos humanos.⁴⁷ Todavia, inexistente qualquer justificativa para distinguir as duas situações jurídicas descritas.⁴⁸

A prescritebilidade dos direitos representa um reflexo da materialização do princípio da segurança jurídica no âmbito do sistema jurídico. Serve à estabilização das relações jurídicas pelo decurso do tempo. Enfim, “a prescrição é uma regra de ordem, de harmonia e de paz, imposta pela necessidade de certeza das relações jurídicas.”⁴⁹

a aludida decisão que, ao interpretar cláusulas constitucionais, não remete o caso para julgamento do órgão pleno, nos termos do art. 97 da CF. Aliás, por este motivo, o MPF requer no feito o provimento do recurso extraordinário da União. Com argumento distinto da imprescritibilidade dos direitos humanos, mas igualmente admitindo a possibilidade das demandas: “(...) a partir do reconhecimento do direito à reparação econômica aos anistiados políticos, com a edição da Lei nº 10.559/2002, que regulamentou o disposto no art. 8º do ADCT, houve a renúncia tácita à prescrição pela Administração Pública” (STJ. REsp 1.220.982/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJe 21.10.2011). Entretanto, é perceptível que o legislador supôs a própria validade do Decreto 20.910/1932, ao editar a Lei nº 10.559/02, ao citá-la expressamente no art. 6º, § 6º desta lei.

45 STJ. AgRg no REsp n.º 1.056.333/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJe 18.6.2010. O Min. Hamilton Carvalhido, em seu voto, citou o Resp 534.671/CE, no qual restou assentado: “O art. 1º do Decreto nº 20.910/32 estabelece a prescrição quinquenal de qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja qual for a sua natureza, a partir do ato ou fato do qual se originou” (STJ. REsp 534.671/CE, Rel. p/acórdão Min. José Delgado, DJe de 31.05.2004).

46 O caso referido é o seguinte: STJ. REsp 909.201/SE, Rel. Min. José Delgado, DJe 12.03.2008.

47 Por todos: STJ. EREsp nº 816.209/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 10.11.2009.

48 Sobre a aferição da legitimidade da distinção procedida é possível dizer que: “Há que se investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, a vista do traço desigualador, atribuir o específico tratamento jurídico em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado como os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21). No caso em apreço, não parece caracterizado o “traço desigualador”.

49 BEVILÁQUA, Clóvis. *Comentários ao Código dos Estados Unidos do Brasil*, v. I. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1940, p. 434.

É por esse motivo que a imprescritibilidade assume caráter excepcional no ordenamento jurídico. Enquanto não se eliminar do sistema jurídico o dispositivo do art. 1º do Decreto 20.910/32, for a sua redação modificada ou se restringir a sua eficácia por meio de uma interpretação conforme a Constituição, há de ser-lhe conferida plena aplicabilidade.⁵⁰

6. CONCLUSÃO

O regime jurídico instituído para a reparação das violações aos direitos humanos pelo Estado brasileiro vem atendendo ao compromisso estatal assumido de promover a reparação efetiva dos danos causados às vítimas durante o regime militar. As Leis nº 9.140/95 e nº 10.559/02, além de toda a construção jurisprudencial sobre o tema da anistia, constituem elementos que refletem o avanço dos debates sobre a questão do enfrentamento do passado no país.

Entretanto, é evidente que a regulamentação da reparação econômica na Lei nº 10.559/02 favoreceu os trabalhadores e os servidores públicos. A vinculação da reparação de algumas das vítimas às possíveis perdas salariais, em detrimento de um critério equitativo para fins de estabelecimento do valor da reparação econômica na linha do que dispôs a Lei nº 9.140/95, gerou desigualdades injustificáveis no tratamento das vítimas.

A origem da Lei nº 10.559/02 em medida provisória revela que o tema não despertou, na casa da democracia, de início, a atenção e importância que lhe foi conferida pela cúpula do Poder Executivo. Se a intenção era conscientizar a população sobre a importância do enfrentamento do passado histórico, careceria de maiores debates, na sociedade, a própria lei que nasceu de medida excepcional para reparar arbitrariedades praticadas por um regime antidemocrático.

A afirmação de que o Poder Judiciário assume uma postura conservadora no processo de reparação dos danos causados às vítimas do regime militar não se confirma. A relativização da prova do nexo de causalidade para ensejar a responsabilidade civil do Estado, a concessão de indenização por danos materiais e morais às vítimas - ou a seus familiares - e a negação da prescritibilidade dos efeitos patrimoniais decorrentes da violação de direitos humanos (fundamentais) são exemplos categóricos de que a jurisprudência contribuiu, sobremaneira, para a reparação efetiva dos direitos humanos violados. A proteção desses direitos suplantou até limites legais (art. 1º, Decreto nº 20.910/32) - em tema ainda em discussão no STF - que fulminam a mesma pretensão quando a violação do direito fundamental tenha se sucedido em pleno regime democrático. Mesmo algumas normas da Lei nº 10.559/02 - lembre-se a controvérsia entre os

⁵⁰ O Min. Joaquim Barbosa, em decisão monocrática, julgou improcedente ação originária indenizatória proposta com fundamento em anistia política (art. 9 do ADCT) aplicando o art. 1º do Decreto nº 20.910/32 (STF AOE nº 30, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 17.5.2012).

conceitos de reintegração e de readmissão - deitam raízes em interpretações jurisprudenciais do art. 8º do ADCT.

Por trás de divergências jurisprudenciais no direito interno, surge uma nova questão jurídica. A tensão existente entre a proteção dos direitos fundamentais e o sistema interamericano de proteção a direitos humanos é crescente e sua repercussão no direito interno vai muito além de uma defesa da aplicação da norma protetiva mais benéfica. Em um conflito de decisões, há de prevalecer a soberania estatal, na medida em que o ato normativo seja considerado válido, segundo o direito interno, mesmo que ciente dos riscos inerentes a este entendimento. Sujeitar o país, mesmo em tais hipóteses, à estrita observância da jurisdição internacional é conceder um poder que não se dispõe.

Em vista dos argumentos apresentados, verifica-se, no discurso jurídico, uma tendência a legitimar pretensões indenizatórias em favor das vítimas do regime militar, além do que já concedido pelo Estado. É nesse contexto que uma interpretação histórica pode auxiliar na compreensão do sentido e do alcance da lei.

Desvendar as nuances do sistema no qual a norma jurídica foi inserida, à época de sua edição, apresentando suas relações com outras normas do complexo sistema que lhe confere sentido e, ainda, integrando, nesse processo, a compreensão do texto pela dogmática, é o verdadeiro potencial de uma interpretação histórica. Revelam-se as razões que justificaram a adoção de um texto, a motivar uma interpretação possível ou a mostrar possíveis condicionantes temporais que imponham o desapego de verdadeiras relíquias normativas, abrindo caminhos para novas interpretações.

A PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS NO CASO BRASILEIRO: DA REPARAÇÃO CIVIL E OUTRAS MEDIDAS (LEIS Nº 9.140/1995 E Nº 10.559/2002)

RAFAEL LONGHI

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

RESUMO: O objeto deste artigo é o exame da proteção das vítimas pelos danos causados durante o regime militar, de modo a avaliar a atuação do Poder Judiciário. Após a análise do conceito de reparação, identificam-se os indícios de uma solução negociada na Lei de Anistia, principalmente considerando a disciplina da declaração de ausência. A seguir, trata-se da mudança de paradigma em virtude da edição da Lei nº 9.140/95: a presunção de legitimidade do ato estatal é mitigada em favor das vítimas ou de seus familiares por meio da presunção da existência do nexo de

causalidade para ensejar a responsabilidade civil do Estado. Avalia-se a existência de interpretações divergentes na jurisprudência sobre o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), especialmente quanto ao efeito financeiro retroativo garantido aos servidores públicos e aos trabalhadores da iniciativa privada. O regime jurídico das reparações inaugurado com a Lei nº 10.559/02 é exposto em suas linhas gerais. Por fim, é realizada uma análise da jurisprudência (STJ) em demandas promovidas por vítimas do regime de exceção sob dois aspectos: o dano moral e a prescrição.

ABSTRACT: The object of this article is to examine the protection of victims of damages caused during the Brazilian military dictatorship in order to evaluate the performance of the Brazilian Judicative power. It analyses the concept of reparation, identifies the signs of a negotiated settlement in the Amnesty Law, especially given the lack of regulation regarding the “declaration of absence”. In this sense, it also describes the paradigm shift after the issuance of the statute 9.140/95: the presumption of legitimacy of the State action is mitigated in favor of the victims or their families by the assumption of a causation. Hence, this causation gives rise to civil liability of the State. Furthermore, the study identifies different interpretations of the art. 8. of the Temporary Constitutional Provisions Act (ADCT) in the court decisions, especially regarding the retroactive financial effect guaranteed to civil servants and private sector workers. After that, the legal regime of reparations of the statute nº 9140/95 and 10.559/02 will be outlined. Finally, the decisions of the Brazilian Superior Tribunal de Justiça regarding demands promoted by victims of the Brazilian military dictatorship will be considered in two aspects: moral damages and prescription.

Palavras-chave: Anistia - desaparecimento político - Art. 8º ADCT - Lei nº 9.140/95 - reparação econômica - Lei nº 10.559/02.

Keywords: Amnesty - enforced disappearance - Art. 8º ADCT - statute 9.140/95 - economic reparation - statute 10.559/02.



ANISTIA DEMOCRÁTICA? SOBRE A (I)LEGITIMIDADE DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA¹

Saulo Monteiro de Matos

Universidade de Göttingen

Bolsista da Fundação Konrad Adenauer

I. INTRODUÇÃO: O ARGUMENTO DA ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA

Na petição inicial que deu origem à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153², o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) questionou a interpretação do §1º do art. 1º da Lei 6.683/79 (lei de anistia ou lei de anistia brasileira)³, o qual dispõe, em conjunto com o seu *caput*:

1 Agradeço imensamente ao prof. Kai Ambos e a todos os participantes do seminário “A Justiça Transicional no Brasil” por me proporcionarem a oportunidade de discutir muitas das ideias deste texto, em especial, a Gabriel Ducatti Lino Machado, Eneas Romero de Vasconcelos e Lauro Swensson Jr. Agradeço também a Mariana Monteiro de Matos e Herbert Tadeu P. de Matos pela leitura e correção do manuscrito.

2 Todos os documentos aqui citados referentes a esse julgado estão disponíveis em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em 18.03.2012, às 21.45

3 Sobre o processo político e legislativo de concepção e aprovação da lei de anistia brasileira: Machado, Flávia Burlamaqui. **As forças armadas e o processo de anistia no Brasil (1979–2002)**. Dissertação (Mestrado em História Social). Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, 2006; Cunha, Paulo Ribeiro da. “Militares e Anistia no Brasil: um dueto desarmônico”. In: Teles, Edson e Safatle, Vladimir (Org.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010, 15–40, p. 31 ss. ; Greco, Heloísa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**. Tese (Doutorado em História). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, Pós-Graduação das Faculdades de Filosofia e Ciências Humanas, 2003, pp. 80–127; Swensson Junior, Lauro Joppert. **Anistia Penal: problemas de validade da lei de anistia brasileira (Lei 6.683/79)**. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 180–186; Silva Filho, José Carlos Moreira da. **O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira**. Disponível em: <<http://idejust.files.wordpress.com/2010/07/o-julgamento-da-adpf-153-pelo-supremo-tribunal-federal-e-a-inacabada-transicao-democratica-brasileira.pdf>>. Acesso em: 04.05.2012, às 22.00 horas, pp. 13–30.

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.*

Malgrado tal ponto não esteja colocado de forma cândida, a argumentação trazida pela inicial pode ser dividida em duas frentes: (1) de um lado, visava a interpretação conforme a Constituição do §1º do art. 1º da Lei 6.683/79, a fim de declarar que a anistia concedida aos crimes políticos e conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes estatais durante o regime militar; e (2) por outro lado, *impunha* a declaração de inconstitucionalidade, i.e., o não recebimento da Lei 6.683/79 pela Constituição Federal de 1988.⁴

É dizer, enquanto as citadas violações do princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF/88), do direito à verdade (art. 5º, XXXIII, da CF/88) e do princípio da proibição da tortura (art. 5º, XLIII, da CF/88) poderiam ser sanadas por meio da redução do programa normativo do art. 1º, §1º da Lei 6.683/79, a saber, excluindo-se as hipóteses vinculadas a crimes comuns ou à lesão a direitos humanos da hipótese normativa, a ofensa ao *princípio democrático* (art. 1º, *caput* e parágrafo único da CF/88) impõe a declaração total ou, pelo menos, parcial de inconstitucionalidade do programa normativo (redução de texto) do art. 1º, §1º da lei de anistia.⁵

Em 29 de abril de 2010, data do acórdão que pôs fim à querela da ADPF 153, o STF, conduzido pelo voto do relator Eros Grau, declarou, por maioria de votos (7 a 2), constitucional (recepção pela CF/88) a lei de anistia brasileira, julgando válida a interpretação que considera açambarcadas pelo art. 1º, §1º do aludido diploma quaisquer espécies de crimes (políticos, comuns ou penais internacionais) cometidos por agentes estatais durante o regime ditatorial brasileiro.

Este artigo retoma a análise do Supremo Tribunal Federal sobre proposição normativa referente à suposta ofensa, pela lei de anistia brasileira, ao princípio democrático, a qual, segundo a OAB,

4 No mesmo sentido os votos do Min. Eros Grau (p. 14–15) e do Min. Gilmar Mendes (p. 233).

5 Contudo, importante frisar que a OAB não incluiu em seus pedidos a declaração de não recepção pela CF/88 da lei 6.683/79, mas, ao revés, apenas a interpretação, conforme a Constituição, para excluir do âmbito da norma os crimes comuns praticados pelos agentes estatais durante a ditadura militar. *Vide* Petição Inicial da ADPF 153/DF, p. 23. Nesse sentido, alguns votos, como é o caso do Min. Lewandowski ou do Min. Marco Aurélio, não analisaram esse ponto. Em contrapartida, o voto do Min. Gilmar Mendes foi quase inteiramente dedicado a esse assunto.

pode ser derivada do art. 1º, *caput* e parágrafo único da CF/88, a fim de apresentar uma análise conceptual coerente para a arguida declaração de inconstitucionalidade com base na ilegitimidade da lei de anistia brasileira.

Não se discutirá, destarte, se o art. 1º, *caput* da CF/88 e, especialmente, o seu parágrafo único, contém, de fato, o princípio democrático. Ou seja, não se discute se tal derivação é possível do ponto de vista *semântico*. Entretanto, parece ser inegável que, pelo menos, o parágrafo único do art. 1º contempla o princípio da *soberania popular*.⁶

Nesse sentido, soberania popular, na sua forma mais fundamental, é entendida como uma limitação e, ao mesmo tempo, justificação do poder soberano, i.e., sobretudo, diretamente, do Poder Legislativo, por meio da vontade popular.⁷ No plano do direito, tal limitação, i.e., justificação é comumente associada apenas às normas procedimentais de criação de leis, normalmente institucionalizadas por meio de uma Constituição no caso do direito moderno.⁸ Contudo, observar-se-á que é *possível* exigir que uma decisão política, na forma de lei, em sentido estrito, cumpra determinados critérios éticos para que seja considerada legítima.⁹

O primeiro ponto, portanto, passa a ser a identificação da proposição normativa apresentada pela OAB. Ela pode ser assim formulada: «A lei de anistia brasileira deve ser considerada ilegítima e, conseqüentemente, inválida.» A consequência imediata desta eventual declaração de inconstitucionalidade da lei de anistia seria a sua nova submissão ao Congresso Nacional ou a referendo, a fim de que a mesma pudesse ser legitimada pelo poder soberano popular, constituído pela CF/88. Ademais, a fim de evitar uma perigosa lacuna normativa, o STF poderia modular os efeitos da decisão, estabelecendo, por exemplo, que a lei de anistia permaneceria em vigor até a consulta do Congresso ou do referendo.¹⁰

6 Mendes, Gilmar Ferreira, Coelho, Inocêncio Mártires e Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 202; Silva, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 117.

7 Maus, Ingeborg. **Über Volkssouveränität: Elemente einer Demokratietheorie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2011, pp. 8-9; Gosepath, Stefan. **Gleiche Gerechtigkeit**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004, pp. 317-318; Kriele, Martin. **Einführung in die Staatslehre: Die geschichtliche Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates**. 6. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2003, pp. 237-242; Eleftheriadis, Pavlos. "Law and Sovereignty." In: **Law and Philosophy**, vol. 29, 2010, pp. 539-569.

8 Habermas, Jürgen. "Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?" In: **Kritische Justiz**, n. 20, 1987, 1-16, p. 15.

9 Não confundir, aqui, direito e moral! Neste artigo, utiliza-se a seguinte distinção entre direito, moral e ética. *Direito e moral são normas primárias e categóricas de conduta, existentes em uma dada sociedade*. A distinção entre direito e moral se dá no plano das fontes, uma vez que a fonte do direito é necessariamente externa. *A ética consiste em um segundo plano de fundamentação das normas primárias*. Acerca disso: von der Pfordten, Dietmar. **Normative Ethik**. Berlin: der Gruyter, 2010, pp. 1-14; von der Pfordten, Dietmar. "O que é o Direito? Fins e Meios?" In: **Revista Brasileira de Filosofia**, vol. 238, 2012, 191-222, pp. 213-215.

10 *Vide Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 4029 de 08.03.2012*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em 09.09.20120, às 09.00 horas.

Parece-me que o primeiro passo a ser dado, aqui, consiste numa *análise conceitual*.¹¹ O conceito central, no caso, é *legitimidade* e a sua relação com *validade*. Boa parte das linhas argumentativas traçadas pelos ministros envolve uma discussão acerca da legitimidade da lei de anistia. É impressionante o número de páginas dedicado e o tempo despendido pelo STF para analisar tal questão. Ouso afirmar que este foi o ponto mais discutido pelos ministros na ADPF 153, muito embora, como veremos no final, o STF não tenha construído uma argumentação clara e convincente acerca disso.

É necessário compreender quais são as condições necessárias e suficientes para determinar a legitimidade de uma lei, mesmo que esta seja fruto de um ato formalmente válido do Poder Legislativo. E, num segundo passo – quiçá mais importante – como essa (i)legitimidade se relaciona com a validade da norma. Decerto, esta problemática não poderá ser esgotada neste estudo. A pretensão é muito mais simples. Trata-se de um primeiro esforço de aproximação e, ademais, sobremaneira, de análise das justificativas apresentadas pelo STF através dos votos dos ministros para dirimir tal problemática.

Antes do confronto com os argumentos trazidos pelo STF, dois pontos precisam ser assentados.

O primeiro é que a intenção da OAB, ao propor a discussão acerca da legitimidade (democrática) da lei de anistia, não era discutir a mera legalidade do processo legislativo de sua produção. Isto porque, não há dúvida de que a lei de anistia brasileira fora aprovada pelo Congresso Nacional na forma prevista na Constituição de 1967/69. A Lei 6.683/79 é, de fato, válida, a partir dos parâmetros traçados pela Constituição autocrática de 67/69. Não há, portanto, que se falar em inconstitucionalidade formal da lei com base neste argumento.¹²

Outra possibilidade que deve ser afastada é aquela que interpreta o argumento da OAB no sentido de que a Lei 6.6683/79 precisaria cumprir o procedimento legislativo instituído pela CF/88 para ser considerada válida, i.e., uma espécie de efeito retroativo das normas constitucionais procedimentais de aprovação de leis ordinárias. A consequência disso seria que quase todas as leis pré-constitucionais, para que pudessem ser consideradas válidas, precisariam ser submetidas novamente ao procedimento legislativo criado pela CF/88.

11 A teoria dos conceitos e a sua corolária análise conceptual são questões que permeiam toda a história da filosofia ocidental. Acerca dos conceitos na história da filosofia: Weitz, Morris. **Theories of Concepts: a history of the major philosophical tradition**. Nova Iorque: Routledge, 1998. Na filosofia teórica: Fodor, Jerry A. **Concepts: where cognitive science went wrong**. Oxford: Oxford University Press, 1998. Laurence, Stephen, Margolis, Eric. "Concepts and Conceptual Analysis." In: **Philosophy and Phenomenological Research**, vol. LXVII, n. 2, set. 2003, pp. 253–282. Acerca de conceitos na filosofia prática: Hage, Jaap C. e von der Pfordten, Dietmar (Org.). **Concepts in Law**. Heidelberg: Springer, 2009; Dworkin, Ronald, **Gerechtigkeit für Igel**. Trad. de Robin Celikates e Eva Engels. Berlin: Suhrkamp, 2012, pp. 212–320.

12 O parecer da Procuradoria Geral da República (PGR) na ADPF 153/DF seguiu essa linha: "Não obstante legítima, a impugnação de normas anteriores à Constituição de 1988, o argumento defendido pelo requerente pressupõe um pouco razoável juízo sumário de inconstitucionalidade *formal*, em tese extensivo aos demais atos aprovados pelo Congresso e promulgados pelo chefe do Executivo no período da ditadura." (p. 24).

No caso do Brasil, as ações dos agentes estatais eram ilegais por ofenderem normas jurídicas válidas no momento do ato, i.e., mesmo durante o regime ditatorial. Tais normas, a saber, e.g., o Código Penal Brasileiro, continuam em vigor até hoje e não podem ser aplicadas com relação a estes atos ilegais unicamente em razão da existência de uma decisão política na forma de lei ordinária, também conhecida como anistia.

Essa interpretação se demonstra bastante problemática, uma vez que inviabilizaria, quase por completo, a recepção constitucional das normas anteriores à Constituição, causando um problema normativo e sistêmico grave para a Ordem Constitucional.¹³ O controle de constitucionalidade no caso de normas pré-constitucionais, portanto, se dá somente com relação ao conteúdo da norma (concordância material) e não à sua forma.¹⁴

Resta, desse modo, concluir e, com isso, já estamos no segundo ponto, que a intenção da OAB era arguir a inconstitucionalidade material (ou não-recepção) da lei de anistia com base na sua ilegitimidade. A legitimidade possui duas dimensões no plano da ética do direito: (1) da decisão política *per se* em abstrato e (2) da forma jurídica, i.e., da lei em concreto como instrumento para a realização da decisão política.¹⁵ O que se quer discutir, neste estudo, é esta dimensão ética da materialidade e procedimentalidade da forma jurídica em concreto (lei de anistia brasileira) como instrumento da decisão política de anistiar. Portanto, a decisão estatal de anistiar, em si, não será aqui analisada.¹⁶

Um parêntese, aqui, se faz necessário. É justamente a não valoração ética da decisão de anistiar *per se* que diferencia o caso brasileiro dos diversos casos, por exemplo, discutidos na Alemanha após o fim do regime nazista e do domínio soviético na Alemanha Oriental. Aliás,

13 Na teoria do Estado de Hans Kelsen, por exemplo, tal problemática seria solucionada simplesmente pelo reconhecimento do fenômeno da recepção constitucional como um procedimento abreviado de criação do direito. A nova ordem dá validade a normas que possuem o mesmo conteúdo das normas da velha ordem. Isto é uma consequência da impossibilidade da coexistência de dois soberanos como fundamento da validade da ordem jurídica em um mesmo espaço e tempo (Kelsen, Hans. **Allgemeine Staatslehre**. Berlin: Springer, 1925, pp. 148–149).

14 Mendes, Gilmar Ferreira, Coelho, Inocêncio Mártires e Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 204.

15 Von der Pfordten, Dietmar. “Rechtsethische Rechtfertigung – material ou prozedural?.” In: Schulz, Lorenz (Org.). **Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung**. Stuttgart: Steiner, 2000, 17–44, p. 17.

16 Pode-se dizer que a discussão acerca da possibilidade de anistiar está muito mais ligada à análise das normas existentes em uma dada sociedade, i.e., no nosso caso, das normas existentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro, inclusive, das normas do direito internacional. Contudo, uma análise ética da decisão de anistiar também é possível.

dessa maneira, a crítica pertinente e precisa de Hart a Radbruch não pode ser estendida, sem maiores adaptações, a este estudo.¹⁷ Não se trata, no caso brasileiro, de uma ação individual em conformidade com as normas jurídicas ou morais de um regime de exceção que será julgada, agora, a partir de novas normas jurídicas ou morais. Não se trata da relação entre direito e moral, mas, sim, entre ética e direito.

No caso do Brasil, as ações dos agentes estatais eram ilegais por ofenderem normas jurídicas válidas no momento do ato, i.e., *mesmo durante o regime ditatorial*. Tais normas, a saber, e.g., o Código Penal Brasileiro, continuam em vigor até hoje e não podem ser aplicadas com relação a estes atos ilegais unicamente em razão da existência de uma decisão política na forma de lei ordinária, também conhecida como anistia.

A legitimidade, entendida dessa forma, consiste em uma das possíveis dimensões do conceito de justiça.¹⁸ E, nesse sentido, trata-se de uma espécie específica de justiça, a saber, a justiça política ou a justiça da decisão política.¹⁹

Até onde se pode observar, os adjetivos justo ou injusto podem ser empregados, basicamente, de cinco formas distintas: (a) *formas pessoais do uso da palavra justiça*: (1) para qualificar pessoas ou grupo de pessoas, (2) as suas ações, formas de comportamento, posições e caráter, e (3) os seus juízos, opiniões e valorações; (b) *formas institucionais*: (4) para qualificar regras, procedimentos e leis, e (5) instituições sociais, estados políticos, Estados, sistemas econômicos e ordenamentos sociais; (c) *formas teóricas*: (6) para qualificar expressões, teorias abstratas, princípios, concepções e modelos; (d) *formas processuais*: (7) para qualificar regras de distribuição de bens e procedimentos; e (e) *formas consequenciais*: (8) para qualificar a relação de troca, de êxito, prestação, pena etc., (9) resultado de um jogo, luta, partida, competição e da própria evolução da vida, e (10) do estado de distribuição artificial ou natural de coisas, como, por exemplo, da abundância de água em determinadas partes da terra ou dos limites territoriais na parte sul do continente africano.²⁰

17 Hart, H. L. A. **Recht und Moral**. Trad. de Norbert Hoerster. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1971, pp. 39–46

18 Paulo Bonavides e Paes de Andrade indicam, ao revés, a de uma relação entre legitimidade e eficácia da norma (Bonavides, Paulo e Andrade, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 9. ed. Brasília: OAB Editora, 2008, p. 494). Isto pode ser correto do ponto de vista sociológico ou psicológico-social. Entretanto, o reconhecimento social de uma norma não a torna automaticamente justificada do ponto de vista ético.

19 Acerca do conceito de justiça política ou ética política e do seu objeto, o conceito de decisão política: von der Pfordten, Dietmar. **Rechtsethik**, pp. 231–265.

20 Horn, Christoph e Scarano, Nico (Org.). **Philosophie der Gerechtigkeit: Texte der Antike bis zur Gegenwart**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002, pp. 10–11. “Caráter, ações, normas e instituições humanas podem ser justas ou injustas.” (von der Pfordten, Dietmar. **Rechtsethik**, p. 216). Acerca da intuição semântica na determinação do conceito de justiça: Gosepath, Stefan. **Gleiche Gerechtigkeit**, pp. 31–34. Acerca deste método intuitivo por meio da análise das diversas formas pelas quais uma palavra é usada, ver: Laurence, Stephen, Margolis, Eric. In: **Philosophy and Phenomenological Research**, pp. 25–30.

A nossa primeira intuição/conclusão, a partir do emprego do adjetivo justo e injusto, revela-nos que o seu emprego é, necessariamente, valorativo e prescritivo/normativo.²¹ Por conseguinte, um eventual juízo no sentido da ilegitimidade de uma norma é prescritivo, i.e., exige a sua transformação em legítima, conquanto tal exigência possa se dar, porventura, somente no plano hipotético.

Nesse contexto, *legitimidade é legitimidade ética* (e não legal) *de um instrumento jurídico (in casu, lei ordinária), relacionando-se, primordialmente, com representação e procedimento decisório.* Trata-se de uma justificativa com relação a um elemento da decisão política consubstanciada na lei de anistia: normas são legítimas quando elas podem ser aceitas por todos e bilateralmente sob as condições de liberdade e igualdade.²²

Em decorrência disso, acerca da legitimidade da lei de anistia brasileira, o STF se viu diante de, basicamente, três possibilidades com relação às variáveis legitimidade e validade:

- (a) $\forall a (L(a) \rightarrow V(a))$, onde “a” é a lei de anistia, “L” é a legitimidade e “V” a validade. Ou seja, para todo “a”, se “a” é legítima, então, “a” é válida.
- (b) $\forall a (\neg L(a) \rightarrow \neg V(a))$, onde “a” é a lei de anistia, “L” é a legitimidade e “V” a validade. Ou seja, para todo “a”, se “a” não é legítima, então, “a” não é válida.
- (c) $\forall a \neg(L(a) \rightarrow V(a))$, onde “a” é a lei de anistia, “L” é a legitimidade e “V” a validade. Ou seja, para todo “a”, não há nenhuma implicação entre “a” ser legítima e “a” ser válida.

O objetivo principal deste ensaio consiste em apresentar as possíveis condições para considerar a lei de anistia brasileira inválida com base *exclusivamente* no argumento da sua ilegitimidade. Sendo que legitimidade, neste contexto, significa uma justificação *ética* específica para o exercício do poder soberano, por meio da referência ao titular do poder, a saber, o *povo* (art. 1º, par. único da CF/88).

Este estudo está dividido em dois momentos. Num primeiro momento, mais preocupado em avaliar a consistência do discurso dos ministros do STF, os principais argumentos trazidos no julgamento da ADPF 153/DF serão postos e contrapostos. Num segundo momento, mais preocupado com o plano ético da justificação da norma, as condições para declaração de inconstitucionalidade, i.e., invalidade da lei de anistia, com base no argumento da sua ilegitimidade, serão apresentadas. Ao cabo, conclui-

21 Gosepath, Stefan. *Gleiche Gerechtigkeit*, p. 34.

22 Gosepath, Stefan. *Gleiche Gerechtigkeit*, p. 289.

se que, ao contrário do que ocorreu no julgamento, a primeira opção acima (*legitimidade e, por conseguinte, validade da lei*) dificilmente pode ser defendida no caso da lei de anistia brasileira. Ademais, observa-se que a corte brasileira poderia ter afastado tal argumento sem muita dificuldade ao adotar a última possibilidade colocada acima (inexistência de implicação entre legitimidade e validade), embora isto resulte, obviamente, no reconhecimento de uma posição reducionista acerca da relação entre os planos do direito e da ética.

II. ARGUMENTOS TRAZIDOS PELO STF

Com base no acima delineado, os diversos votos publicados pelos ministros do STF apresentaram, sobretudo, os seguintes argumentos para a solução da controvérsia acerca da legitimidade da lei de anistia brasileira. Observar-se-á, entretanto, que nenhum destes argumentos logra afastar a discussão acerca da legitimidade da lei de anistia, tal qual aqui formulada.

1. ANISTIA: LEI DE ANISTIA BRASILEIRA COMO LEI-MEDIDA

A lei de anistia como lei-medida: “A Lei nº 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade do momento em que foi conquistada. (...) (A CF/88) não recebe, certamente, leis em sentido material, abstratas e gerais, mas não afeta, também certamente, leis-medida que a tenham precedido.” (Voto do Min. Eros Grau, p. 34, 37).

A anistia, como meio da justiça transicional, não é um conceito novo. O senado romano, reunido no templo de Tellus, já ouvira a proposta de Antônio, Planco e Cícero pela anistia – do grego ἀμνηστία – dos atos criminosos praticados por Brutus.²³ Malgrado não seja uma expressão utilizada amplamente no dia a dia, anistia, em sentido ordinário, refere-se a esquecimento, pois, é derivada da forma verbal grega ἀμνηστέω.²⁴ Dado este primeiro significado da palavra, anistia pressupõe um *ato de vontade, o qual se refere à obliteração de algo*, e um *fato (o algo da obliteração), o qual é sujeito àquele ato de vontade e pode ser de diversas naturezas, desde uma simples lembrança até crimes ou dívidas*. Ambos os elementos fazem parte, também, do núcleo do conceito jurídico de anistia.

23 Plutarco. **Brutus**. Disponível em: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A2008.01.0085%3Achapter%3D19%3Asection%3D1>. Acesso em 05.05.2012, às 08.00 horas, p. 19.1.

24 Agradeço a Pedro Martins pela ajuda nessa análise filológica.

No caso do primeiro elemento, i.e., o ato de vontade, este, no campo do direito, recebe, amiúde, a forma de ato administrativo ou de lei em sentido estrito. Além disso, há diversas outras formas de obliterar fatos ocorridos no campo do direito. A anistia é apenas uma dessas formas. É dizer, a anistia é uma espécie do gênero clemência, a qual pode incluir os institutos jurídicos do indulto, da graça, da comutação, da anistia tributária etc.²⁵

A *anistia penal* é aquela que extingue a punibilidade para determinados fatos criminosos. No campo da justiça de transição, a anistia que engendra maiores discussões é, comumente, a do tipo penal, porquanto ela contempla, normalmente, crimes cometidos por opositores do regime ditatorial e/ou agentes do regime.

Na justiça transicional, a anistia penal é, portanto, *post factum*.²⁶ Isto porque pressupõe a existência de fatos criminosos, os quais podem ser ou não conhecidos no momento da sua concessão. Os crimes podem ser de direito penal internacional, políticos, econômicos e contra indivíduos. Nesse sentido, a anistia pode (a) evitar punição para os casos em que já houve condenação penal em juízo; (b) extinguir processo judicial e (c) evitar a instauração de processo.

Como meio, a anistia parece subordinar-se aos fins mais abstratos da justiça transicional, a dizer, a promoção da paz e da concórdia e/ou dos valores democráticos, liberais e dos direitos humanos. Além disso, ela pode objetivar valores mais específicos ou contingentes, como o alívio de pressões políticas internas, a reconciliação nacional, a resposta a pressões políticas internacionais, a adesão a tradições culturais ou religiosas, a proteção dos agentes estatais contra futuras perseguições penais etc.²⁷

Os processos que dão origem às normas anistiantes dependem do contexto político e do sistema jurídico. Entretanto, é possível identificar quatro formas centrais de construir uma lei de anistia, a saber: (1) a partir de ato isolado do Poder Executivo; (2) através da negociação de acordos de paz; (3) com a promulgação de leis de anistia; e (4) após a realização de referendos.²⁸

As anistias, outrossim, podem vir a ser condicionais ou incondicionais. Condicionais, quando são concedidas mediante o estabelecimento de obrigações, a serem cumpridas por uma ou mais partes do acordo. Incondicionais quando não são estabelecidas tais obrigações. *Além disso, é*

25 Swensson Junior, Lauro Joppert. **Anistia Penal: problemas de validade da lei de anistia brasileira (Lei 6.683/79)**, p. 141.

26 *Ibidem*, p. 146.

27 Um estudo empírico acerca das anistias no mundo indica a existências de sete fins mormente alvejados: Mallinder, Louise. "Exploring the Practice of States in Introducing Amesties." In: Ambos, Kai *et al* (Org.). *Building a Future on Peace and Justice*. Berlin: Springer, 2009, 127–174, pp. 133–139.

28 *Ibidem*, 139.

possível denominar de anistia política aquelas que constituem meios para o alcance do fim da transição de um regime ditatorial para um regime mais democrático.

Ao longo da história republicana brasileira, o Brasil teve mais de quarenta e oito anistias, tendo sido a primeira datada de 1895 e a última em 1979,²⁹ concedida através da Lei 6.683/79, a qual normatiza os atos ilegais e criminosos praticados de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. A anistia brasileira, lei em sentido estrito, foi aprovada pelo Congresso Nacional, em 1979, e resultou do substitutivo ao projeto de lei encaminhado pelo ditador Figueiredo após análise da comissão mista, seguindo os ditames da Constituição autocrática de 1967/69. Em seu núcleo, trata-se de uma anistia penal e incondicional.

Eros Grau defende que o controle de constitucionalidade da lei de anistia brasileira seria peculiar, uma vez que esta lei consistiria em uma *lei-medida (Maßnahmegesetz)*: “A chamada Lei da Anistia veicula uma decisão política naquele momento (...) A Lei nº 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade do momento em que foi conquistada.”³⁰

Assim, ainda segundo Eros Grau, a CF/88 “não recebe, certamente, leis em sentido material, abstratas e gerais, mas não afeta, também certamente, leis-medida que a tenham precedido.”³¹ Seguindo o raciocínio do ministro, a verificação da constitucionalidade da lei de anistia brasileira, com relação ao princípio democrático, objeto deste estudo, estaria limitada aos fins políticos alvejados no momento da promulgação da norma.

O argumento apresentado por Eros Grau consiste em diferenciar entre leis jurídicas (*Rechtsgesetze*) e leis-medida (*Maßnahmegesetze*). A discriminação entre estas duas figuras jurídicas é objeto de grande debate na teoria geral do direito.³² Segundo a doutrina, as chamadas leis-medida³³ não diferem das leis numa perspectiva formal, porquanto são promulgadas, como qualquer lei, em conformidade com os processos legislativos previstos na Constituição. São, portanto, leis em sentido formal. A diferença parece estar contida no conteúdo da lei, i.e., na proposição normativo-jurídica (ou norma produzida).

29 Cunha, Paulo Ribeiro da. In: **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**, p. 15.

30 Voto do Min. Eros Grau na ADPF 153/DF, p. 34.

31 *Ibidem*, 37.

32 Para uma visão geral: Zeidler, Karl. **Massnahmegesetz und klassisches Gesetz**. Karlsruhe: C. F. Müller, 1961; Kappes, Franz-Hermann. **Gleichheitssatz und Massnahmegesetz**. Munique: tese de doutorado apresentada na Ludwig Maximilians Universität zu München, 1965

33 A diferenciação entre lei (*Gesetze*) e medida (*Maßnahme*), da qual deriva o conceito de leis-medida (*Maßnahmegesetze*) empregado por Eros Grau, já foi proposta por Carl Schmitt: Schmitt, Carl. **Verfassungslehre**. Munique: Duncker und Humblot, 1928, p. 139. O termo consta no art. 48, 2, da Constituição de Weimar. Contudo, parece que a primeira tentativa de fundamentar mais profundamente a diferenciação foi feita por Ernst Forsthoff: Forsthoff, Ernst. “Über Maßnahme-Gesetze”. In: Otto Bachof *et al.* (Org.). **Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek**. Tomo 6. Munique: Günter Olzog, 1955, p. 221 ss.



55ª CARAVANA DA ANISTIA, SÃO PAULO/SP,
CINEMATECA BRASILEIRA, 08 E 09 DE MARÇO DE 2012.
FONTE: COMISSÃO DE ANISTIA/ARQUIVO NACIONAL.



Indicam-se, normalmente, dois critérios possíveis para distinção entre leis jurídicas e leis-medida, a saber, o formal e o material. Segundo o critério formal, enquanto as leis jurídicas são normas gerais e abstratas, as leis-medida consistem em normas individuais e concretas.

Dessa forma, as normas decorrentes das leis-medida podem se referir a pessoas determinadas (*Einzelpersonen*), evento em particular (*Einzelfallgesetze*) ou determinado espaço temporal. Portanto, as leis jurídicas seriam gerais, duradouras e/ou abstratas, enquanto as leis-medida seriam individuais, limitadas temporalmente e/ou concretas. Por outro lado, o critério material afirma que as leis-medida possuem uma específica orientação finalística (*spezifische Zweckorientiertheit*).

A diferença consiste no fato de que o aspecto teleológico da lei-medida possui uma dependência maior para com a matéria a ser regulada pela norma. De fato, todas as normas jurídicas possuem um fim, mas, ao contrário do fim mais geral das normas derivadas de leis ordinárias (*e.g.*, paz, igualdade, justiça, entre outros possíveis), a norma da lei-medida serve a um fim concreto e determinado, como, por exemplo, a recapitalização de uma indústria ou a renúncia ao direito de persecução penal de algumas pessoas.³⁴ Assim, embora se constituam como leis, em sentido formal, as leis-medida careceriam do seu caráter específico, a dizer, elas seriam determinadas por uma situação e o seu fim seria, simplesmente, a regulação desta situação.³⁵

A distinção entre leis jurídicas e leis-medida está sujeita a inúmeras críticas. Não obstante, a identificação deste fenômeno pode se útil em determinados casos, como o da lei de anistia, inclusive. Nesse sentido, caso se aceite essa distinção, a anistia parece ser, de veras, uma espécie de lei-medida.

Isso porque ela consiste em uma lei que pode resultar nos seguintes possíveis modelos de proposições normativas: (a) “Estão anistiados X, Y e Z pelos crimes P”. (modelo de pessoas determinadas); ou (b) “Estão anistiados todos que cometeram os crimes P no período W”. (modelo de espaço temporal determinado). A lei de anistia brasileira possui uma norma de anistia penal neste último sentido: “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 (...)”. A generalidade da sua formulação é patente e, portanto, em um sentido estritamente formal, a norma anistiantes brasileira deve ser considerada imparcial.³⁶

Não obstante, mesmo que se considere a lei de anistia brasileira uma lei-medida, tal fato não compromete, a princípio, o seu controle de constitucionalidade, *i.e.*, validade com base no argumento da legitimidade. Pois, como já foi assentado, a discussão acerca da legitimidade não consiste, pelo menos imediatamente, na análise dos fins da norma ou da sua generalidade formal. A dizer, malgrado possa haver alguma restrição com relação, *e.g.*, à exigência do princípio da igualdade ou da aplicação do postulado da proporcionalidade, ante uma lei-medida, esta – assim como qualquer lei infraconstitucional ou ato administrativo – pode ser justificada do ponto de vista da legitimidade material.

34 Zeidler, Karl. *Massnahmegesetz und klassisches Gesetz*, p. 34.

35 Huber, Ernst Rudolf. “Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht”. In: *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 1956, pp. 135–143.

36 Habermas, Jürgen. In: *Kritische Justiz*, n. 20, 1987, p. 10.



ANISTIA

PARA TODOS



Há crianças brasileiras, lá fora, que falam Português com sotaque alemão, francês, mexicano. É o Português que aprenderam com seus pais exilados. Vamos trazer essas crianças pra casa. Vamos conquistar Anistia para todos: os nossos 10 mil exilados, os 5 mil cassados, aposentados, reformados ou demitidos compulsoriamente. Os estudantes impedidos de estudar pelo Decreto 477. As dezenas de brasileiros desaparecidos. E principalmente os 138 banidos e 200 presos políticos. Há brasileiros presos ou banidos por terem lutado armados contra um Estado de Exceção.

Há 10 anos, quando eles optaram pela política armada, o Congresso estava fechado, os sindicatos sob intervenção, as escolas ocupadas pela polícia. Portanto não podemos julgá-los, não devemos e não queremos. Queremos Anistia para todos. Quem não aceita democracia relativa, não pode aceitar anistia pela metade. Apóie e divulgue a campanha pela Anistia Ampla e Irrestrita.



Comitê Londrinense pela Anistia e Direitos Humanos.

Seção do Comitê Brasileiro Pela Anistia.

Com relação aos seus fins, a lei-medida está, também, sujeita ao controle de constitucionalidade, porquanto mesmo fins específicos carecem de justificativa ética.³⁷ No plano interno do direito, prova disso é que, em decisão de 20.07.1954, o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu o caráter de lei-medida ou de *Wirtschaftslenkungsmaßnahme* para a lei acerca de subsídios financeiros da economia industrial (*Gesetz über die Investitionshilfe der gewerblichen Wirtschaft*) e, não obstante, realizou o controle de constitucionalidade da lei e de seus fins com relação à possível ofensa ao art. 2º, parágrafo 1º da *Grundgesetz*, aplicando, inclusive, pela primeira vez, figura condutora (*Leitbild*) da “imagem do homem da lei fundamental” (*Menschenbild des Grundgesetzes*), a fim de determinar a proporcionalidade dos fins (situacionais) e a legitimidade da lei.³⁸

2. O PARADOXO DAS LEIS PRÉ-CONSTITUCIONAIS

2.3. Em relação à alegação, igualmente formulada na tribuna, no sentido de que a Lei nº 6.683 seria ilegítima, bastando para tanto enfatizar ter sido ela produzida por um Congresso ilegítimo, composto, inclusive, por senadores não eleitos, é de se observar *a impertinência total de tal assertiva para o deslinde da questão aqui posta*, até mesmo porque, mesmo na formulação da Constituição de 1988 ainda prevaleciam congressistas naquela condição e não é agora, quase vinte e dois anos após a sua promulgação, que se haverá de colocar em dúvida a legitimidade daquela composição. *Se tanto ocorresse, poderíamos chegar a questionar a própria Constituição de 1988*, o que não me parece sequer razoável (Voto da Min. Carmen Lúcia, p. 80).

Na lógica filosófica, o paradoxo envolve questões nas quais há dificuldade para se determinar valores de verdade com relação a assertivas. Enquanto a lógica formal se ocupa de sentenças e predicados, a lógica filosófica analisa proposições e propriedades. Conquanto se possa discutir a existência da propriedade “verdade”, a lógica busca determinar a coerência e correção dos argumentos, a dizer, verificar a veracidade de uma assertiva.³⁹ Logo, para que se possa falar de paradoxo, torna-se necessário constatar a existência de uma dificuldade significativa para identificar o valor de verdade de um argumento.

Há diversos exemplos de paradoxos na lógica. Um bom exemplo é o paradoxo semântico atribuído a Eubulide de Mileto, denominado *paradoxo do mentiroso (liar paradox)*. Considere a seguinte

37 A não ser que se adote uma postura cética (internalista ou externalista) e se defenda a impossibilidade de uma tal justificativa ética. Tal postura, no entanto, não parece ser convincente e está também, salvo no caso da externalista, sujeita a uma justificativa ética: Dworkin, Ronald. *Gerechtigkeit für Igel*, pp. 75–167; Patzig, Günther. *Ethik ohne Metaphysik*. 2. ed. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1983, pp. 62–100.

38 Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) 4, 7 (18 ss.).

39 Cargile, James. “Logical Paradoxes” In: Dale Jacquelle (Org). *A Companion to Philosophical Logic*. Oxford: Blackwell, 2002, 105–114, p. 105.

situação. Trabalhando em total silêncio, nós construímos uma sala, a sala 101. Um de nós entra na sala e diz:

(S) Tudo que for dito na sala 101 não é verdadeiro.

Logo depois, nós destruimos a sala 101. Assim, parece que (S) não pode ser verdadeiro, uma vez que (S) foi dito na sala 101 e algo verdadeiro dito na sala 101 faria com que (S) se tornasse falso. Contudo, se não é verdadeiro que nada verdadeiro é dito na sala 101, então, parece ser necessário concluir que algo verdadeiro foi dito na sala 101. Isto significa:

(S) (S) não é verdadeiro.

(1) “(S) não é verdadeiro” é verdadeiro se e somente se (S) não é verdadeiro.

(2) (S) é verdadeiro se e somente se (S) não é verdadeiro.

Se eu admito que a sentença (S) é verdadeira, estou entrando em contradição com a própria sentença. Ao revés, se admito que é falsa, estou tomando-a por verdadeira. Isto é um paradoxo na medida em que há clara dificuldade para se determinar a veracidade da primeira sentença, considerando o princípio da não contradição, $\neg(a \wedge \neg a)$. O item (2) demonstra, claramente, tal dificuldade.⁴⁰

Na ADPF 153/DF, a Min. Carmen Lúcia buscou construir um paradoxo, aqui denominado de *paradoxo das leis pré-constitucionais*.⁴¹ Se aceito, este paradoxo teria o condão de impossibilitar a declaração de inconstitucionalidade da lei de anistia brasileira com base no próprio princípio democrático (art. 1º, *caput* e parágrafo único da CF/88). O paradoxo pode ser assim formulado: *«se a lei de anistia é inconstitucional, i.e., inválida em virtude da carência de legitimidade, então, a própria CF/88, que possibilita a declaração de inconstitucionalidade, i.e., invalidade da lei de anistia, é inconstitucional, i.e., inválida em razão da mesma carência de legitimidade.»*

Decerto, pode-se cogitar da ilegitimidade democrática de uma Constituição, no sentido moderno da expressão, quando, *e.g.*, a população não reconhece uma determinada Constituição como fundadora de um Estado, *i.e.*, de uma Ordem Normativo-jurídica.⁴² No entanto, embora seja

40 Simmons, Keith. “Semantical and Logical Paradox.” Dale Jacqueline (Org). **A Companion to Philosophical Logic**. Oxford: Blackwell, 2002, 115–130, p. 124.

41 *Vide* também, com relação às leis pré-constitucionais, o voto do Min. Eros Grau na ADPF 153/DF, p. 20.

42 Conforme já anotado alhures, tal ideia aparece em: Bonavides, Paulo e Andrade, Paes de. **História Constitucional do Brasil**, p. 494. Na Alemanha, até hoje, tal argumento é repetido com relação à incorporação pela República Federal da Alemanha do território da República Democrática Alemã, uma vez que, para tanto, não foi convocada, novamente, uma assembleia constituinte.

possível discutir a legitimidade da Constituição do ponto de vista sociológico, tal fato, assim como no caso das normas individuais, só pode ter influência no reconhecimento da validade da Constituição, no plano do direito, em casos extremos. Isto porque a Constituição é a norma que possibilita o reconhecimento de todas as normas do sistema jurídico.⁴³ Caso a Constituição não seja reconhecida como válida, passa-se a necessitar de outra norma de reconhecimento.⁴⁴

Todavia, há, pelo menos, duas diferenças fundamentais entre a legitimidade da lei de anistia e da CF/88, o que demonstra que não se trata de um paradoxo verdadeiro. Estes dois pontos serão mais explorados no primeiro item do tópico III.

Primeiro, a situação política do país e o procedimento político e jurídico de legitimação da CF/88 foram totalmente distintos do caso da lei de anistia. Embora com participação de diversos setores da sociedade, a lei de anistia foi imposta, em meio a um regime ainda fortemente autoritário (*Rectius*: sem garantias suficientes às liberdades individuais), como única saída para possibilitar a reabertura democrática do Brasil e para por fim ao exílio, tortura e prisão de diversos brasileiros. A CF/88 foi fruto de amplo debate, com participação ativa de diversos setores da sociedade.⁴⁵

Segundo, a representação da população pelos deputados e senadores na discussão e votação da lei de anistia é igualmente distinta, uma vez que, em 1979, o congresso era composto por deputados e senadores biônicos e a possibilidade de oposição por meio do Movimento Democrático Brasileiro (MDB) era, no mínimo, discutível.⁴⁶

Desse modo, a colocação de que a possível valoração da lei de anistia como ilegítima levaria, *necessariamente*, à ilegitimidade da CF/88, é falsa, uma vez que a justificativa existente para considerar a lei de anistia ilegítima é diversa de uma, não obstante, em um plano externo do direito, possível ilegitimidade da CF/88. Quanto ao paradoxo da ilegitimidade das leis pré-constitucionais, ele pode ser superado na medida em que se admita que a legitimidade de uma norma jurídica, no sentido aqui trabalhado, é justificada com base em valores externos e não necessariamente internos ao direito.

43 “Die Verfassung ist Rechtserkenntnisquelle und veranlasst das Hervorbringen weiterer Erkenntnisquellen, ist aber selbst nur in einer Rechtserzeugungsquelle begründet, als erste Rechtserkenntnisquelle nicht auf eine weitere Rechtserkenntnisquelle rückführbar.” (Kirchhof, Paul. “Die Identität der Verfassung.” In: Isensee, Josef e Kirchhof, Paul. **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. Tomo II: Verfassungsstaat. 3. Ed. Heidelberg: Müller, 2004, 261–316, p. 271). Em Hart, contudo, pressupõe-se uma norma secundária que possibilita, em última análise, o fato do reconhecimento da norma constitucional: “The statement that a new legislator has a right to legislate presupposes the existence, in the social group, of the rule under which he has this right.” (Hart, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 59).

44 Ferraz Junior, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 192–197

45 Bonavides, Paulo e Andrade, Paes de. **História Constitucional do Brasil**, pp. 493–494.

46 Greco, Heloísa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**, p. 106.

3. LEGITIMAÇÃO DA ANISTIA POR MEIO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 26/85 E ANISTIA COMO NÚCLEO ESSENCIAL DA CF/88.

3.1. A Emenda Constitucional 26/85.

A Emenda Constitucional 26/85 como norma origem da CF/88: “A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não haver sentido em se questionar se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário.” (Voto do Min. Eros Grau, p. 3).

A Emenda Constitucional (EC) 26, promulgada em 27 de novembro de 1985, é a norma jurídica que abriu caminho para o fim do período autoritário no país, uma vez que, através dela, foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte de 1987. O art. 1º da EC 26/85 estabelece: “Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.” Além de convocar a constituinte brasileira e criar duas regras organizatórias relativas ao seu funcionamento (art. 2º e 3º), a EC 26/85 incorporou a seguinte regra à Constituição de 1967/69:

Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos, por ato de exceção, institucionais ou complementares.

§1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

§2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no “caput” deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979.

A promulgação de mais essa anistia, desta vez, com *status* de norma constitucional, resulta da mobilização de inúmeras organizações sociais, formadas por militares e civis (*e.g.* Associação Democrática e Nacionalista dos Militares, Associação dos Militares Incompletamente Não Anistiados etc.), as quais, ao longo dos anos, buscaram ampliar a anistia até então concedida

pela lei 6.683/79.⁴⁷ Oportuno observar, contudo, que as reivindicações não eram no sentido da ampliação da anistia penal para os crimes cometidos durante o regime militar. Mas, sobretudo, para garantir que os servidores públicos e militares, excluídos da Administração Pública e das Forças Armadas por motivos políticos, pudessem ser, de alguma forma, reintegrados, promovidos ou aposentados.⁴⁸

Prova disso é que a CF/88, resultante da Assembleia Constituinte convocada pela EC 26/85, *não incorporou ao seu texto a chamada anistia penal*, discutida neste texto, mas, tão somente, a anistia para os políticos, servidores públicos, empregados da Administração Pública e militares, que foram atingidos, até a data da promulgação da Constituição (ampliação do período da anistia com relação às anteriores), por motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais, complementares, pelo Decreto-Lei 864/69 e aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18/61 (Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 8º e 9º).

Eros Grau, em seu voto na ADPF 153/DF, levanta a tese de que a lei de anistia, Lei 6.683/79, teria sido substituída pelo acima referido art. 4º da EC 26/85. Além disso, completa, afirmando que a EC 26/85 foi produzida pelo próprio Poder Constituinte Originário e que, portanto, faz parte da CF/88 como norma-origem, embora a própria CF/88, por meio da sua Assembleia Constituinte *livre e soberana*, não tenha incorporado expressamente tal norma em seu texto. Nas palavras do ministro:

Eis o que se deu: a anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Não que a anistia que aproveita a todos já não seja mais a da lei de 1979, porém a do artigo 4º, § 1º da EC 26/85. Mas estão todos como que [re]anistiados pela emenda, que abrange inclusive os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Por isso não tem sentido questionar se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988. Pois a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A norma prevalece, mas o texto – o mesmo texto – foi substituído por outro. O texto da lei ordinária de 1979 resultou substituído pelo texto da emenda constitucional. A emenda constitucional, produzida pelo Poder Constituinte originário constitucionaliza-a, a anistia (p. 43–44).

Conforme pode ser retirado do texto acima citado, há duas proposições distintas presentes na tese da legitimação da lei de anistia a partir da sua incorporação pela EC 26/85.⁴⁹ A primeira é

47 Cunha, Paulo Ribeiro da. In: **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**, p. 32.

48 Machado, Flávia Burlamaqui. **As forças armadas e o processo de anistia no Brasil (1979–2002)**, p. 32.

49 Agradeço a Gabriel Ducatti Machado por ter me mostrado essa distinção. *Vide* nesta revista: Machado, Gabriel Ducatti. “O Julgamento da Lei de Anistia (lei 6.683/79) pelo STF: dos problemas metodológicos ao problema substancial!”

aquela que afirma a reprodução da norma penal anistiantes derivada da lei de anistia (Lei 6.683/79) na EC 26/85. A segunda, a que considera a EC 26/85 como parte da CF/88. Esta última proposição será analisada no item seguinte (3.2).

No que concerne à primeira proposição, i.e. da reprodução da lei de anistia na EC 26/85 e, desse modo, da sua legitimação por meio do Congresso Nacional de 1985, Nilo Batista defende a mesma perspectiva de Eros Grau, ao afirmar que a anistia concedida em 1979 ascendia ao patamar de norma constitucional por meio da EC 26/85.⁵⁰ *Entretanto, a tese é, sem dúvida, falsa porque a EC 26/85 não reproduziu integralmente a norma anistiantes de 1979, a dizer, ela não incorporou em seu texto a definição de crimes conexos presente no art. 1º, §1º da lei de anistia.*

É justamente essa definição de crimes conexos que parece impedir que o termo “conexos” do *caput* do art. 1º possa ser interpretado de forma restrita e sistemática, tal qual feito pelos ministros Ricardo Lewandowski (p. 109 ss.) e Ayres Brito (p. 134 s.). Sendo assim, torna-se, por ora, despiciendo perquirir (sobretudo, historicamente) se a EC 26/85 foi legítima ou não. Isto porque, mesmo que se aceite que se trata de uma norma jurídica legítima, como quer o Min. Eros Grau, isto não torna a lei de anistia legítima. Pelo menos, no que concerne ao seu §1º do art. 1º, o qual, sem dúvida, dá origem à norma mais sujeita a controvérsias, com respeito à anistia.

3.2. Anistia como núcleo essencial ou cláusula *pétrea* imanente da CF/88: EC 26/85 como norma constitucional

A Emenda Constitucional 26/85, incorporadora da anistia, constitui núcleo essencial (= cláusula pétrea imanente) da CF/88: “Devemos refletir, então, sobre a própria legitimidade constitucional de qualquer ato tendente a revisar ou restringir a anistia incorporada à EC nº 26/85. Parece certo que estamos, dessa forma, diante de uma hipótese na qual estão em jogo os próprios fundamentos de nossa ordem constitucional.” (Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 264).

A CF/88 é fruto de um autêntico poder constituinte originário. A EC 26/85 determinou, em seu art. 1º, que os “Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, *livre e soberana*, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional”.

50 Batista, Nilo. “Nota Introdutória”. In: Swensson Junior, Lauro Joppert *et al.* (Org.). *Justiça de Transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, 7–17, p. 11.

Gilmar Mendes, em seu voto na ADPF 153/DF, levanta a tese de que a anistia da EC 26/85⁵¹ poderia ter sido incorporada tacitamente pela CF/88. E, ademais, deveria ser considerada núcleo essencial, i.e., cláusula *pétrea* implícita (ou, nas suas palavras, “cláusula *pétrea* imanente”) da CF/88. Este argumento pode ser novamente dividido em duas proposições normativas. De um lado, a ideia de que a EC 26/86 é parte da CF/88 e, do outro, a de que a EC 26/85, no tocante à anistia, é cláusula *pétrea* da CF/88. Passo a analisar cada uma delas na mesma ordem colocada acima.

A ideia de que a EC 26/85 faz parte das normas constitucionais consagradas pelo texto da CF/88 poderia ser justificada tanto por um ponto de vista mais histórico como por um normativo-lógico. O ponto de vista histórico visa tratar a questão da incorporação da EC 26/85 à CF/88 por meio de discussões, sobretudo, de caráter histórico, a dizer, da valoração de determinados fatos históricos. A perspectiva normativo-lógica é igualmente complexa: todo o texto da EC 26/85, inclusive a citada anistia, teria sido incorporado à CF/88 pelo simples fato de que essa norma foi responsável pela convocação da Assembleia Constituinte de 1987 e determinou as suas regras de votação. N’outros termos, dado que a Assembleia Constituinte de 1987 foi, normativamente, criada pelo art. 1º da EC 26/85, então, toda a produção legislativa daquela Assembleia, inclusive, a CF/88, foi resultado também da EC 26/85. Esta seria, portanto, norma-origem da CF/88.

No que concerne à visão histórica, o fato de que a mesma composição do Congresso Nacional que aprovou a EC 26/85 veio a ser, posteriormente, responsável pela Constituinte de 1987, não conduz, necessariamente, à ideia de que tal norma passa a compor, automaticamente, a CF/88. Ora, esta mesma composição do Congresso aprovou diversas outras leis durante a Nova República de Sarney. Ninguém irá afirmar que tais leis fazem parte da CF/88, pelo simples fato de haverem sido aprovadas pelos mesmos deputados e senadores da Assembleia Constituinte de 1987. Este argumento nos poderia levar à absurda conclusão de que, se o mesmo corpo de parlamentares se reunisse hoje para aprovar uma emenda constitucional, esta passaria, automaticamente, a ser parte do texto original da CF/88. A CF/88 é resultante dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte em um tempo t1 e não de um grupo de pessoas determinadas, independente de t1.

Acerca da perspectiva normativo-lógica, a noção de que a CF/88 seria imune a questionamentos no que concerne à sua validade, como acima colocado (item 2 acima), não resulta do fato de que a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 fora resultado de eleições diretas, i.e., de que o povo elegera os seus representantes, conquanto isto seja relevante do ponto de vista da sua legitimidade.

51 Já vimos que não se trata exatamente da mesma norma anistiantes da Lei 6.683/79.

Trata-se, ao revés, de uma construção ideal, i.e., de uma hipótese normativa ou de um pressuposto factual de reconhecimento de uma determinada norma como válida pela maioria da população. Tal norma fundamental, ou hipótese normativa, não é a EC 26/85, uma vez que esta também pressupõe uma norma que possibilite a sua validade. “A Emenda nº 26/1985 foi apenas o veículo formal empregado para a convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, mas não o seu fundamento de validade.”⁵² Dado isso, a EC 26/85 não faz parte da CF/88 simplesmente por haver regulado a Assembleia Nacional Constituinte.

Aliás, mesmo que se aceite a tese de que a EC 26/86 é norma fundante, ou norma origem da CF/88, por haver determinado as regras de validade e funcionamento do corpo responsável por sua elaboração e aprovação, isto não significa que a anistia penal contida nessa mesma emenda seja também, automaticamente, parte da CF/88. Isto porque não parece haver nenhuma relação lógica entre a anistia e a validade/regulamentação da Assembleia Constituinte de 1987.⁵³

Resta, ainda, analisar a tese de que a anistia seria uma espécie de núcleo essencial da CF/88, sendo, portanto, defesa a sua revogação ou declaração de inconstitucionalidade, sob pena de afetar a continuidade e identidade da Constituição. Tratar-se-ia de um limite intrínseco ao poder constituinte derivado.

O poder constituinte originário, ao formular o arcabouço normativo da CF/88, possibilitou a reforma da Constituição por meio do poder constituinte derivado. Diferente do poder originário, o poder constituinte derivado é, pela sua própria natureza, limitado, porquanto sujeito às regras estabelecidas pela Constituição.⁵⁴

Suas limitações podem ser de duas ordens: formais e materiais. As limitações formais podem ser sintetizadas na seguinte regra: “o órgão do poder de reforma (ou seja, Congresso Nacional) há de proceder nos estritos termos expressamente estatuídos na Constituição.”⁵⁵ Dentre as limitações formais, destacam-se aquelas de ordem procedimental, como é o caso do *quórum* qualificado para a aprovação de emendas constitucionais (art. 60, §2º da CF/88) e dos titulares do direito de

52 Sarmiento, Daniel. “21 anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/88 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988”. In: **Direito Público**, vol. 30, 2009, 6–41, p. 11.

53 Nesse sentido, para robustecer o seu argumento, Eros Grau, em seu voto (p. 43), traz ainda à baila a tese de Tercio Sampaio Ferraz Junior acerca das regras de calibração do sistema jurídico (Ferraz Junior, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**, pp. 192–197). Regras de calibração são aquelas que regulam a criação e, portanto, a mudança de padrão jurídico-normativo. Ferraz Junior identifica expressamente a EC 26/85 como uma regra de calibração, porque permite integrar a norma-origem, a CF/88, ao sistema normativo-jurídico. Todavia, o autor se refere, neste contexto, somente ao artigo 1º da citada emenda e não à anistia presente no mesmo diploma legislativo. Não faria sentido compreender a anistia penal como uma regra de calibração.

54 A limitação do poder constituinte originário pode existir, mas está vinculada ao plano ético e aos direitos humanos internacionais.

55 Silva, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 65.

Argumentar a favor do reconhecimento da anistia como cláusula *pétrea* exige, destarte, uma argumentação específica, como, por exemplo, a necessidade da existência da mesma para a garantia da paz no território brasileiro, ou da estabilidade política do país.

apresentar tais emendas (art. 60, incisos I, II e III da CF/88) – trata-se do que o jurista, geralmente, associa à legitimidade da lei.

No que concerne às limitações materiais, a dogmática constitucional distingue entre limitações materiais explícitas e implícitas. As limitações materiais explícitas se traduzem, amiúde, na discussão acerca das cláusulas *pétreas*, a dizer, das matérias ou conteúdos normativos que o poder constituinte originário excluiu, expressamente, do poder de emenda. A CF/88 contém, expressamente, este núcleo imodificável no art. 60, §4º, o qual prevê que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; e os direitos e garantias individuais.⁵⁶

A questão mais problemática, com relação aos limites materiais, parece consistir em aceitar a existência de limites imanentes ou cláusulas *pétreas* imanentes, uma vez que os critérios para sua determinação não são claros e, tampouco, a sua necessidade.⁵⁷ Fulcrado na ideia de que a finalidade das cláusulas *pétreas* é assegurar a identidade básica da Constituição, em seu voto na ADPF 153/DF, o ministro Gilmar Mendes pugna, nos seguintes termos, pelo reconhecimento da anistia penal como cláusula *pétrea* imanente da CF/88:

Devemos refletir, então, sobre a própria legitimidade constitucional de qualquer ato tendente a revisar ou restringir a anistia incorporada à EC nº 26/85. Parece certo que estamos, dessa forma, diante de uma hipótese na qual estão em jogo os próprios fundamentos de nossa ordem constitucional.

Enfim, a EC nº 26/85 incorporou a anistia como um dos fundamentos da nova ordem constitucional que se construía à época, fato que torna praticamente impensável qualquer modificação de seus contornos originais que não repercuta nas próprias bases de nossa Constituição e, portanto, de toda a vida político-institucional pós-1988. (p. 264).

⁵⁶ Outras normas parecem ser admitidas pela doutrina como cláusulas *pétreas*, como, e.g., os direitos fundamentais sociais e os tratados sobre direitos humanos. *Vide*: Mendes, Gilmar Ferreira, Coelho, Inocêncio Mártires e Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, pp. 224–228.

⁵⁷ Acerca disso: Silva, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, pp. 67–68; Mendes, Gilmar Ferreira, Coelho, Inocêncio Mártires e Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, pp. 228–229.

Não há muito o que comentar acerca dessa tese. Basta lembrar que o constituinte originário da CF/88 incorporou ao texto constitucional normas que, expressamente, anistiavam servidores públicos, políticos e militares (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, artigos 8º e 9º), deixando de lado a anistia penal existente na Lei 6.683/79 e na EC 26/85.

Além disso, conquanto possa ser aceita a ideia de que determinadas normas, por constituírem o “núcleo essencial” da constituição, i.e., por fazerem parte do que se pode considerar “essencial ao conteúdo e estrutura da constituição,” devam ser protegidas contra o poder constitucional reformador através da cláusula de imutabilidade, tal proteção impõe justificativa específica, com base nos elementos que compõem a própria Constituição, ou a partir de valores externos.

Argumentar a favor do reconhecimento da anistia como cláusula *pétrea* exige, destarte, uma argumentação específica, como, por exemplo, a necessidade da existência da mesma para a garantia da paz no território brasileiro, ou da estabilidade política do país. Até onde se pode observar, no entanto, tais justificativas são pouco plausíveis, uma vez que diversos passos em direção à justiça de transição já foram dados, sem que isto provocasse grave desestabilização do Estado Brasileiro. Seria a invalidação da anistia penal um fator que desencadearia um novo golpe de Estado no Brasil? Ou a sua manutenção?

III. ANISTIA ILEGÍTIMA: O QUE FAZER?

1. DA ILEGITIMIDADE DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA: SOBRE O SUPOSTO ACORDO POLÍTICO E CARÁTER BILATERAL

O acordo político ou o caráter bilateral da lei de anistia brasileira: “A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da lei nº 6.683/79”. (Voto do Min. Eros Grau, p. 21).

Já foi assentado alhures que a discussão acerca da legitimidade da Lei 6.683/79 não se refere à legalidade do processo legislativo de produção da lei. A Lei 6.683/79 foi produzida em conformidade com os parâmetros estabelecidos pela Constituição Brasileira de 1967/69. O que se discute é a sua legitimidade. É dizer, se a decisão política, na forma de norma penal de anistia, é justificada.

A justificativa de uma decisão social só pode se dar a partir da consideração das pessoas (individualmente), membros da comunidade política, representadas nesta decisão.⁵⁸ É o que, de certa forma, consagra o art. 1º, par. único da CF/88 por meio do princípio da soberania popular. Trata-se de uma justificativa baseada, em última análise, no princípio da autonomia.

Toda decisão que, de alguma forma, me toca, ou à qual eu me sujeito, deve ser decidida por mim direta ou indiretamente. Obviamente, em contraposição a essa ideia, poder-se-ia argumentar com referência a ideais ou a entes abstratos (e.g., coletividade ou bem da nação), sem consideração dos indivíduos representados na decisão, como, e.g., por meio da referência à vontade do povo ou à natureza das coisas.⁵⁹

Entretanto, isso parece ser contrário a qualquer tentativa de produção de uma argumentação ética objetiva. Uma maior digressão sobre uma perspectiva ética mais individualista ou coletivista foge, no entanto, ao escopo deste estudo.⁶⁰ Parte-se do pressuposto de que um patamar mínimo de referência ao indivíduo tocado por determinada decisão social é exigível, *também* em virtude do art. 1º, par. único, da CF/88.

Dado isso, resta identificar quais os possíveis parâmetros para a determinação da ilegitimidade de uma determinada decisão social na forma de lei.⁶¹ Três critérios *normativos* parecem ser decisivos neste caso: a *representação*, a *possibilidade*⁶² de os representantes defenderem os interesses dos representados e a *imparcialidade*.

Os primeiros pressupostos correspondem simplesmente à intrínseca relação entre autonomia no sentido de autodeterminação (*Selbstbestimmung* e *Selbstgesetzgebung*) e as liberdades fundamentais que garantem o exercício desta autodeterminação.⁶³ Repise-se que ambos os critérios são resultado da aceitação da hipótese de que decisões sociais devem ser justificadas através da referência aos indivíduos afetados pela decisão. Ou seja, decorrentes do princípio da autonomia.⁶⁴

58 von der Pfordten, Dietmar. **Rechtsethik**, p. 462.

59 Para uma crítica a tais posições no contexto do Estado constitucional alemão: Maus, Ingeborg. **Über Volkssouveränität: Elemente einer Demokratietheorie**, pp. 69–72.

60 Acerca disso: von der Pfordten, Dietmar. “Fünf Elemente normativer Ethik – Eine allgemeine Theorie des normativen Individualismus”. In: **Zeitschrift für philosophische Forschung**, vol. 61, 2007, pp. 283–319

61 Conforme afirmado no início do artigo, trata-se de uma primeira aproximação ao problema da legitimidade e validade das normas jurídicas.

62 Não se defende que os representantes devam, necessariamente, defender ou representar os interesses fáticos dos representados, mas, simplesmente, que haja tal possibilidade.

63 Gosepath, Stefan. **Gleiche Gerechtigkeit**, pp. 297–300, pp. 317–318.

64 Rousseau, Jean-Jacques. **Du contrat social**. Paris: Egloff, 1946, p. 47 ss. Acerca do desenvolvimento histórico da ideia de autonomia de Rousseau: Honneth, Axel. **Das Recht der Freiheit: Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit**. Berlin: Suhrkamp, 2011, pp. 35–118.



ATIVIDADE DE FORMAÇÃO DE SERVIDORES E PARCEIROS, BRASÍLIA/DF, 30 DE JANEIRO DE 2012.

FONTE: COMISSÃO DE ANISTIA/ARQUIVO NACIONAL.

Caso uma comunidade, por exemplo, decida que todas as universidades serão fechadas, é exigível que os indivíduos afetados por tal decisão (por exemplo, os professores, funcionários, estudantes, pais e, numa perspectiva mais ampla, todos os cidadãos) participem dela, direta ou indiretamente, com possibilidade de expressar e defender as suas posições, i.e., a partir de parâmetros mínimos de liberdade e de igualdade. No caso de uma lei, a decisão pressupõe a participação da sociedade pelo seu caráter categórico e geral. É o caso da lei de anistia.

O primeiro ponto a ser discutido, destarte, é a questão da representação. A forma jurídica, a saber, a democracia, é dominante com respeito a este critério. A democracia, de acordo com a ideia, é uma forma de Estado e sociedade, na qual a vontade da sociedade ou o ordenamento social é produzido por meio dos que estão sujeitos a ele: através do povo.⁶⁵

A democracia do Estado moderno é a democracia indireta, na qual a vontade social é, sobretudo – mas não exclusivamente – construída a partir da maioria daqueles que são escolhidos pela maioria dos politicamente capazes.⁶⁶ Embora não se possa negar a participação de parte da sociedade

65 Kelsen, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2. ed. Tübingen: Mohr, 1929, p. 14

66 *Ibidem*, p. 25.



na confecção da Lei 6.683/79, conforme acima já colocado, os seguintes fatos, relacionados diretamente à aprovação desta lei pelo Congresso Nacional em 1979, devem ser considerados com o fito de caracterizar a insuficiência de representação do povo nesse momento político:

- (a) A Lei nº 6.349/76, também conhecida como lei Falcão em homenagem ao seu criador Armando Falcão, determinava que, na propaganda eleitoral, os partidos se restringissem a mencionar a legenda, o currículo e o número de registro do candidato, a fim de evitar críticas ao governo ditatorial e diminuir a simpatia dos eleitores com os candidatos do Movimento Democrático Brasileiro (MDB).
- (b) A comissão mista, encarregada da análise do projeto de lei nº 14 de 1979 (o projeto da lei de anistia), era composta por folgada maioria dos membros do partido do governo (Aliança Renovadora Nacional - ARENA), 13 contra 9 do MDB, sendo que destes apenas 8 votavam, já que a presidência estava impedida de fazê-lo. Dessa forma, qualquer tentativa de negociação e discussão acerca do projeto de lei enviado pelo Executivo, i.e., pelo ditador Figueiredo, esbarrava na maioria do partido do governo ditatorial (ARENA). Isto fica evidenciado nos termos do substitutivo do relator Ernani Satyro.⁶⁷
- (c) Não havia possibilidade aritmética de aprovação de qualquer proposição do partido de oposição ao regime, o MDB. Isto se dá porque, com a Emenda Constitucional nº 08, de 14.04.1977, conhecida como *pacote de abril*, um terço dos senadores passaram a ser escolhidos por via de eleição indireta (*senadores biônicos*). No total, vinte e dois senadores biônicos, dentre eles, o próprio vice-presidente da comissão mista de análise do projeto da lei de anistia, senador Murilo Bandaró, garantiam a maioria do partido do governo, ARENA. Eram 231 deputados arenistas contra 189 do MDB e 41 senadores contra 26.⁶⁸

Parece ser incontroverso que o parlamento brasileiro que votou a lei de anistia não representava o povo, entendido como os cidadãos da sociedade brasileira de 1979, mas, sim, sobretudo, o regime ditatorial, i.e., o governo.⁶⁹ A lei de anistia não cumpre o primeiro critério aqui especificado para considerar uma decisão política legítima.

Todavia, esse critério é necessário, mas não suficiente, para determinar a ilegitimidade da lei. Mesmo que se defenda a representação do povo pelo Congresso Nacional de 1979, a justificativa

67 Greco, **Heloísa Amélia. Dimensões fundacionais da luta pela anistia**, p. 236.

68 *Ibidem*, p. 236.

69 Há outros fatos que corroboram para essa conclusão, ver: Greco, Heloísa Amélia. **Dimensões fundacionais da luta pela anistia**, pp. 229–269; Silva Filho, José Carlos Moreira da. **O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira**, pp. 14–31.

mais relevante para se considerar a lei de anistia ilegítima, do ponto de vista fático, parece ser a *relativa* impossibilidade dos membros da sociedade brasileira discutirem e expressarem, sob os parâmetros da liberdade e da igualdade, as suas opiniões acerca da norma penal anistiante.

É dizer, não havia condições mínimas para que os ditos representantes do povo defendessem os interesses dos cidadãos representados, sem que pesasse sobre eles a espada de um Estado ditatorial, violador das garantias mais fundamentais, como a inviolabilidade física, o devido processo legal ou o direito à vida. O Brasil, de então, vivia um Estado de exceção, no qual as liberdades individuais e, dentre estas, nem mesmo as liberdades negativas eram minimamente asseguradas.⁷⁰

A suspensão do AI 5 não modifica, de imediato, esta realidade. Quais garantias um cidadão ou parlamentar brasileiro de 1979 possuía de que o seu direito de questionar ou de se colocar contra o projeto de lei do ditador Figueiredo seria respeitado em um Estado sob vigência, por exemplo, da Lei de Segurança Nacional (Lei 6.620 de 1978)? A referida lei tipificava, criminalmente, *e.g.*, “divulgar, por qualquer meio de comunicação social, notícia falsa, tendenciosa ou fato verdadeiro truncado ou deturpado, de modo a indispor ou tentar indispor o povo com as autoridades constituídas.” (art. 14). Para que uma decisão política seja considerada legítima, pressupõem-se garantias mínimas para a existência de uma esfera livre de comunicação.

Diante de tais critérios, poder-se-ia, todavia, ainda sustentar que a lei de anistia seria ilegítima para ambos os lados, i.e., também com relação aos presos políticos, i.e., criminosos não estatais. Para evitar a injustiça de tal conclusão, necessário se faz incluir um terceiro *critério normativo*, a dizer, a *imparcialidade*.

Toda norma de conduta impõe uma fundamentação intersubjetiva, i.e., objetiva e a sua primeira condição é a imparcialidade.⁷¹ Uma boa forma de exemplificar tal critério é analisar o fenômeno do árbitro de futebol. Este só pode ser considerado imparcial, caso não apite ou julgue de modo a favorecer um dos times, segundo um aspecto relevante para o resultado do jogo. Assim, no caso, por exemplo, de uma partida entre Remo e Paysandu, o árbitro A só pode ser considerado imparcial com relação ao Remo, se e somente se a arbitragem de A – no sentido dos seus juízos sobre os fatos/atos envolvidos no jogo – com relação ao Remo não seja influenciada pelo fato de que o Paysandu possa, porventura, ser beneficiado ou prejudicado, de determina forma, pela sua arbitragem.

70 Sobre a diferenciação entre liberdade negativa e positiva: Berlin, Isaiah. “Zwei Freiheitsbegriffe.” In: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, vol. 41, 1993, pp. 741–775.

71 Gosepath, Stefan. *Gleiche Gerechtigkeit*, p. 37; Habermas, Jürgen. In: *Kritische Justiz*, n. 20, 1987, p. 11.

A imparcialidade, num primeiro plano, consiste na proibição da aplicação arbitrária de uma norma, desconsiderando ou ultrapassando os elementos relevantes para a situação que compõem a hipótese normativa. Contudo, há, ainda, um segundo plano da imparcialidade. Num segundo plano, a imparcialidade envolve uma fundamentação e negociação imparcial da decisão política, i.e., da norma. É o caso, no nosso exemplo acima, de um árbitro que fosse associado ou torcedor do Remo. O Paysandu, numa eventual partida contra o Remo, não aceitaria ser julgado por um árbitro integrante ou torcedor do Remo, pois o árbitro, neste caso, não seria um terceiro, mas, sim, um integrante do Remo.

Não é necessário aprofundar a digressão acerca da imparcialidade para concluir que a anistia concedida aos agentes estatais ou criminosos estatais difere, fundamentalmente, do ponto de vista ético, daquela concedida aos cidadãos comuns ou criminosos não estatais. Isto se dá porque, neste último caso, foi concedida por um terceiro, enquanto aquela foi resultado de uma decisão dos próprios criminosos.⁷² Conceder anistia aos seus próprios crimes parece ser o desejo de qualquer criminoso. Por essa ótica, a norma anistiantes significa, em última análise, pelo lado dos criminosos estatais, a não sujeição às leis.

2. ILEGITIMIDADE E VALIDADE

A lei de anistia brasileira é ilegítima. Caso se aceite a ideia de que toda decisão política e, portanto, toda lei, para que seja considerada legítima, precisa fazer uma referência mínima aos indivíduos participantes da comunidade política em questão, então, não há, com base nos fatos acima indicados, como considerar a anistia brasileira legítima.

Tratava-se de uma ditadura. Neste caso, mesmo que o regime ditatorial faça referência ao povo – observe, por exemplo, o caso da “República Democrática Alemã” ou da “República Popular da China” – não há como concluir que os cidadãos, neste caso, possuem representação nas decisões políticas. E, mesmo que haja tal representação, não há como considerar que os cidadãos possuem as garantias mínimas para o exercício da sua liberdade política.

Todavia, mesmo que a questão da ilegitimidade da lei de anistia brasileira esteja clara, disso não resulta, necessariamente, a sua invalidade e, no caso, inconstitucionalidade (não-recepção). Conforme colocado no início do texto, nós nos encontramos agora, e o STF se encontrava, no julgamento da ADPF 153, diante das seguintes possibilidades:

⁷² Poder-se-ia arguir uma suposta diferenciação entre o Estado ditatorial e os agentes estatais responsáveis pelos crimes. Tal argumento me parece frágil, na medida em que não se pode considerar o Estado como um ente abstrato independente dos seus agentes. Em última medida, a ação do Estado é resultado de ações individuais. Decerto, isto não se dá de forma aritmética, mas, tampouco, sem uma referência mínima aos indivíduos.

- (a) $\forall a (L(a) \rightarrow V(a))$, onde “a” é a lei de anistia, “L” é a legitimidade e “V” a validade. Ou seja, para todo “a”, se “a” é legítima, então, “a” é válida.
- (b) $\forall a (\neg L(a) \rightarrow \neg V(a))$, onde “a” é a lei de anistia, “L” é a legitimidade e “V” a validade. Ou seja, para todo “a”, se “a” não é legítima, então, “a” não é válida.
- (c) $\forall a \neg(L(a) \rightarrow V(a))$, onde “a” é a lei de anistia, “L” é a legitimidade e “V” a validade. Ou seja, para todo “a”, não há nenhuma implicação entre “a” ser legítima e “a” ser válida.

Todavia, após a digressão acima, a hipótese (1) deve ser considerada falsa, uma vez que a propriedade “L(a)” é falsa, i.e., a lei de anistia é ilegítima. Restam, ainda, as hipóteses (2) e (3). Tais hipóteses refletem duas posições éticas fundamentais no que concerne à relação entre direito e ética. Segundo a posição (2), há uma relação, mesmo que não necessária⁷³, mas, sobretudo, possível⁷⁴, em determinados casos, entre direito e ética.

No nosso caso concreto, diante da possibilidade da posição (2) vir a ser adotada, a ilegitimidade de uma norma jurídica teria o condão de torná-la inválida, i.e., inconstitucional. *A lei de anistia seria ilegítima e, por conseguinte, inválida, i.e., inconstitucional.* Segundo a hipótese (3), não há nenhuma relação necessária ou possível entre direito e ética.⁷⁵ Neste caso, a adoção da posição (3) resulta na conclusão de que a ilegitimidade de uma norma jurídica não teria o condão de torná-la inválida ou inconstitucional. *A lei de anistia seria ilegítima, mas não inválida, i.e., inconstitucional.* Na filosofia do direito, estas duas posições marcam um dos critérios mais fundamentais para a diferenciação entre positivismo e jusnaturalismo.⁷⁶ A discussão acerca delas foge, contudo, ao escopo deste ensaio.

No entanto, poder-se-ia argumentar que tal discussão é despicienda, dado que a hipótese da relação entre ilegitimidade e invalidez levaria à declaração de inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitucionais, produzidas durante um dado regime ditatorial, como, por exemplo, a própria Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452), promulgada em 1943, em plena ditadura Vargas.

Todavia, não me parece, igualmente, que esse argumento possui o condão de suspender a discussão acerca da vinculação entre legitimidade e validade. Decerto, os critérios da

73 Se for necessária, a posição seria ligada à categoria do essencialismo ético-jurídico: von der Pfordten, Dietmar. **Rechtsethik**, pp. 191–192.

74 Se for possível, mas não necessária, a posição se liga ao normativismo ético-jurídico: von der Pfordten, Dietmar. **Rechtsethik**, pp. 177–180.

75 O nihilismo ético-jurídico e o reducionismo ético-jurídico se filiam a esta posição: von der Pfordten, Dietmar. **Rechtsethik**, pp. 123, 149–150.

76 Leiter, Brian. **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007, pp. 121–124; Hart, H. L. A. **Recht und Moral**. Trad. de Norbert Hoerster. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1971, p. 23.

representação e da possibilidade de exercício da representação não são suficientes para definir quais leis passam a ser ilegítimas do ponto de vista ético.

O mesmo não ocorre com o acréscimo do critério da imparcialidade. A exigência da imparcialidade, conforme já assentado, impõe a impossibilidade de uma autonormatização por parte do Estado ou de qualquer comunidade política, no sentido de obliterar, no plano normativo, atos praticados de forma ilegal e, porventura, criminosa pelos seus agentes.

É cômico que tal fato não ocorre no caso da Consolidação das Leis do Trabalho e, ao revés, acontece na lei de anistia brasileira. A indiscutível generalidade, já apontada alhures (item II.1), na formulação da norma anistiantes brasileira, não implica na sua imparcialidade.

IV. CONCLUSÃO: ÉTICA E DIREITO

Em meio aos diversos problemas que cercam o processo de justiça de transição brasileiro, um dos poucos consensos existentes é que a norma penal, decorrente da Lei 6.683/79 – que anistiou os torturadores e assassinos do Estado – é ilegítima, i.e., injusta.⁷⁷ Este artigo buscou esclarecer o que, de fato, isto significa no plano do direito e qual posição foi tomada pelo STF no julgamento da ADPF 153/DF.

Nesse sentido, os ministros se viram diante de três possibilidades: (1) reconhecer a lei de anistia como legítima e declarar a sua constitucionalidade; (2) reconhecer a lei de anistia como ilegítima e declarar a sua inconstitucionalidade; e (3) reconhecer a lei de anistia ilegítima, mas declarar a sua constitucionalidade. A partir dos critérios da representação, da garantia do exercício de representação e da imparcialidade, a lei de anistia brasileira não pode ser considerada legítima.

Desta forma, numa perspectiva ética, o intérprete, no caso, o STF, viu-se diante de uma posição normativista, que reconhece a relação, mesmo que em casos extremos, entre ética e direito. E, por outro lado, vislumbrou uma posição reducionista, que nega, categoricamente, a possibilidade de tal relação.

Embora muitos ministros tenham considerado a lei de anistia brasileira legítima, este estudo, após análise dos argumentos trazidos na ADPF 153/DF, demonstrou que tal hipótese não se

⁷⁷ Tal consenso pode ser observado em dois artigos constantes desta revista, que embora cheguem a resultados distintos (o que reforça a objetividade do ponto de vista defendido neste estudo), coadunam-se no sentido da ilegitimidade da lei de anistia: Martins, Antonio. "A legalidade e a irretroatividade no direito penal e no direito penal internacional: e o tratamento da criminalidade estatal durante o regime militar no Brasil"; Machado, Gabriel Ducatti Lino. "O julgamento da Lei de Anistia (Lei 6.683/79) pelo STF: dos problemas metodológicos ao problema substancial".



sustenta. Destarte, caso o STF quisesse manter a validade da lei de anistia brasileira, seria necessário adotar uma posição reducionista, a dizer, reconhecer a anistia como ilegítima, mas declarar a sua validade/constitucionalidade, negando, assim, uma possível relação, neste caso, entre ética e direito.

Por fim, no bojo do debate acerca da validade da lei de anistia brasileira, tornou-se comum caracterizar a defesa de uma relação possível – ou, até mesmo, necessária – entre ética e direito. Uma relação que chegou a ser caricaturada como um revanchismo, uma ditadura de valores ou, simplesmente, como um ato de moralismo. O emprego de tais conceitos valorativos busca apenas obscurecer o debate e os juízos de valor que estão por trás da complexa relação entre direito e ética.

Espero, portanto, que os argumentos trazidos por este artigo tenham logrado esclarecer o ponto nodal da discussão jurídica e jusfilosófica acerca da validade da lei de anistia. Sem, contudo, cair em um discurso idealista.

ANISTIA DEMOCRÁTICA? SOBRE A (I)LEGITIMIDADE DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA

SAULO MONTEIRO DE MATOS

UNIVERSIDADE DE GÖTTINGEN

BOLSISTA DA FUNDAÇÃO KONRAD ADENAUER

Resumo: Este artigo busca esclarecer a seguinte proposição normativa: a lei de anistia brasileira deve ser considerada ilegítima, do ponto de vista democrático, após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e, em virtude disso, deve ser submetida ao controle do órgão legislativo ou a referendo, a fim de ser legitimada pelo poder soberano popular. Trata-se, portanto, de uma análise da relação entre legitimidade e validade das normas do direito ou entre ética e direito. Ao contrário do que concluiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF, a hipótese deste estudo é que a anistia brasileira é, necessariamente, ilegítima, com base nos critérios da representação, da possibilidade de representação e da imparcialidade. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal se deparou com duas opções no que concerne à validade da lei de anistia: (1) reconhecer a lei de anistia como ilegítima e declarar a sua inconstitucionalidade (posição normativista acerca da relação entre direito e ética); ou (2) reconhecer a lei de anistia ilegítima, mas declarar a sua constitucionalidade (posição reducionista acerca da relação entre direito e ética).

Palavras-chave: anistia – ADPF 153 – legitimidade – validade – ética.

Abstract: This study analyses the following normative proposition: the lack of democratic legitimacy on the Brazilian amnesty law imposes its necessarily legitimation (directly or indirectly) through the popular sovereignty power after the enactment of the 1988 Constitution. Therefore, it explores the relation between legitimacy and validity of the legal norms, or between law and morality. In contrast with the Brazilian Supreme Court judgment of the Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF, it will be argued that the Brazilian amnesty law is necessarily illegitimate regarding the criteria of representation, liberty to exercise this representation and impartiality. Hence, the Supreme Court judges were confronted with two possibilities concerning the validity of the Brazilian amnesty law: (1) recognition of the amnesty law as illegitimate and consequently unconstitutional (normativist position regarding the relation between law and morality); or (2) recognition of the amnesty law as illegitimate, but consider it constitutional (reductionist position regarding the relation between law and morality).

Keywords: amnesty – ADPF 153 – legitimacy – validity – morality.



OFICINA INTERCÂMBIO LATINO AMERICANO, RIO DE JANEIRO/RJ, PUC-RJ, 16 DE MAIO DE 2012.

FONTE: COMISSÃO DE ANISTIA/ARQUIVO NACIONAL.



O CONFLITO ENTRE DIREITO NACIONAL E INTERNACIONAL: A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS VS. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Eneas Romero de Vasconcelos

George-August Universität Göttingen (Bolsista da CAPES)

Promotor de Justiça (Ministério Público-CE)

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, após o golpe de estado que estabeleceu uma ditadura militar até a redemocratização (entre 1º de abril de 1964 e 15 de março de 1985),¹ foram praticadas diversas violações graves aos direitos humanos em desfavor dos opositores do regime militar.² Apesar de terem sido estabelecidas algumas medidas em favor das vítimas e do restabelecimento da verdade, nenhum agente público foi responsabilizado criminalmente pelo cometimento de violações contra os direitos humanos.

1 Para uma compreensão da luta armada e da política no período militar, ver: GORENDER, Jacob. *O Combate nas trevas*. 5a ed. São Paulo: Ática, 1998. GASPARI, Elio. *O sacerdote e o Feiticeiro: a ditadura derrotada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

2 O Estado brasileiro reconheceu, oficialmente, a existência de diversos desses crimes praticados durante a ditadura, como 354 mortes ou desaparecimentos e cerca de 20.000 casos de tortura, ver: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, Brasília, 2007. AMNESTY INTERNATIONAL. *Report on allegations of torture in Brazil*. London, 1976, p. 71-102. ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil: Nunca mais. Um relato para a história*. 36 ed. Petrópolis, Vozes, 1996. Na sentença do caso "Gomes Lund vs. Brasil", a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a existência de crimes contra a humanidade durante o combate à Guerrilha do Araguaia no Regime Militar, notadamente do crime permanente de desaparecimento forçado.

Entre as medidas existentes na Justiça de Transição, a responsabilização criminal dos agentes estatais é considerada um ponto central e desafia vários problemas jurídicos relativos à impunidade, à legalidade, à anterioridade, *ne bis in idem*, à aplicação de anistias etc.

Entre as medidas existentes na Justiça de Transição, a responsabilização criminal dos agentes estatais é considerada um ponto central³ e desafia vários problemas jurídicos relativos à impunidade, à legalidade, à anterioridade, *ne bis in idem*, à aplicação de anistias etc. No caso brasileiro, a questão adquire especial relevância em face do conflito jurisdicional entre o Supremo Tribunal Federal do Brasil (doravante STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH), especialmente no que se refere à aplicação da Lei de Anistia, Lei 6.683/79.

No presente artigo, trataremos do conflito entre a jurisprudência nacional e internacional e as possíveis soluções para esse conflito. Para isso, será discutido o papel da Corte IDH (como uma *Superrevisioninstanz*) e a possibilidade da aplicação de sua jurisprudência no direito nacional

pelo STF. E, ainda, a conformidade dessa vinculação com os direitos fundamentais previstos pela Constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos,⁴ especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante CADH).

3 Ver: Damaška, Mirjan, What is the Point of International Criminal Justice?, Chicago-Kent Law Review 83 (2008), 329-365. Deirdre Golash, The Justification of Punishment in the International Context, in: Larry May/Zachary Hoskins (eds.), International Criminal Law and Philosophy, 2010, 201. Luban, David. Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law. In: Samantha Besson. John Tasioulas (eds.), The Philosophy of International Law, 2010, 569, Prittwitz, Cornelius, Notwendige Ambivalenzen – Anmerkungen zum schwierigen Strafprozess gegen John Demjanjuk, Strafverteidigung, 2010, 648-655.

4 LUÑO explica, com clareza, a distinção de posituação entre direitos humanos e fundamentais: “Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos em su normativa constitucional, y que suele gozar de una tutela reforzada.” (LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**, p. 46). O termo “direitos humanos” tem origem controvertida, embora possa situar-se, com LUÑO, seu surgimento no início do iluminismo: “Para algunos, los derechos humanos suponen una constante histórica cuyas raíces se remontan a las instituciones y el pensamiento del mundo clásico. Otros, por el contrario, sostienen que la idea de los derechos humanos nace con la afirmación cristiana de la dignidad moral del hombre em cuanto persona. Frente a estos últimos, a su vez, hay quien afirma que el cristianismo no supuso un mensaje de libertad, sino más bien una aceptación conformista del hecho de la esclavitud humana. Sin embargo, lo más frecuente es considerar ‘la primera aparición de la idea de derechos del hombre [...] tuvo lugar durante la lucha de los pueblos contra el régimen feudal y la formación de las relaciones burguesas’” (LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, p. 23) Já a terminologia “direitos fundamentais” embora, hoje, se aproxime da tradição jurídica alemã, ao empregar o termo Grundrechte, especialmente após a Lei Fundamental de 1949, teve origem, também, na França: “El término ‘derechos fundamentales’, droits fondamentaux, aparece en Francia hacia 1770 em el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La expresión há alcanzado luego especial relieve em Alemania, donde bajo el título de los Grundrechte se há articulado el sistema de relaciones entre el individuo y ele Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político. Este es su sentido em la Grundgesetz de Bonn de 1949. (LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, p. 30) Na doutrina, direitos humanos são dotados normalmente de cunho mais internacional; e direitos fundamentais com cunho mais nacional, constitucional. Autores que tratam, no Brasil, do direito interno usam, normalmente, a terminologia “direitos fundamentais”; os que tratam do direito internacional preferem utilizar “direitos humanos”. Utilizam a expressão “direitos fundamentais” constitucionalistas, como: MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**, p. 197-210; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 514-530; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 36. Utilizam a expressão direitos fundamentais internacionalistas, como: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume 1, p. 17-58.

Para isso, será estudado o status dos tratados de direitos humanos (teoria e jurisprudência). E as possíveis soluções para o conflito, procurando, no direito nacional, internacional e comparado, alguns pressupostos para compreender o problema e os critérios jurídicos para sua solução. Será conferido especial destaque para o princípio da harmonização dos direitos humanos internacionais com os direitos fundamentais nacionais (*Der Grunsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*), o *princípio pro homine* (a interpretação conforme os direitos humanos que prevejam a norma mais favorável às vítimas) e a teoria do ato *ultra vires*.

2. O CONFLITO ENTRE A JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E INTERNACIONAL, STF VS. CORTE IDH

Em 29 de abril de 2010, o STF julgou improcedente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (doravante ADPF)⁵, interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (doravante OAB) em que fora pedido no mérito “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 opositores do regime, durante a ditadura militar (1964/1985)”⁶.

A mais alta Corte do Brasil, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, reconheceu, em seu acórdão,⁷ por maioria (com 7 votos favoráveis e 2 contrários⁸), em única e última instância, a validade e a constitucionalidade da lei de anistia (Lei nº 6.683)⁹ perante a

5 Sobre o cabimento da ADPF no caso, ver: ADPF 130/DF, rel. Min. Ayres Britto, ADPF 33/PA, rel. Min. Gilmar Mendes.

6 Ver petição inicial da OAB em: http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf

7 De acordo com a ementa e o voto do relator, Min. Eros Roberto Grau: a) a lei de anistia é válida e abrange todos os crimes políticos e comuns conexos com os políticos, inclusive os cometidos pelos militares; b) a lei de anistia é uma lei medida (lei de efeitos concretos) e não pode ser julgada inconstitucional perante a nova ordem; 3) a lei de anistia é anterior à convenção da ONU contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e à lei brasileira de tortura (Lei 9.455/97) e ao art. 5º XLIII; 4) somente o legislativo teria legitimidade para reformar a lei de anistia; 5) a lei de anistia foi ratificada pela EC 26/85, emenda convocatória da Constituição e que, portanto, integra a nova ordem constitucional (STF, ADPF) 153. Em sentido contrário, a jurisprudência da Argentina, do Uruguai, do Chile e do Peru. Para um resumo da situação, ver: Almqvist, Jessica; Espósito, Carlos (coord.). Justicia transnacional en Iberoamérica. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

8 Em sentido contrário, negando a natureza política dos crimes comuns, notadamente dos crimes hediondos e assemelhados, os votos dissidentes na ADPF 153 dos Mins. Carlos Britto e Lewandowsky.

9 Cfr. “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”

Constituição de 1988, concluindo, na ementa,¹⁰ que “Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação a nova ordem constitucional resulta inquestionável.”

Em 24 de novembro de 2010, a Corte IDH julgou procedente o caso “Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil”, submetido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante Comissão IDH), em 26 de março de 2009. O objeto da ação foram as violações contra os direitos humanos cometidos pela ditadura militar brasileira, durante o período conhecido como Guerrilha do Araguaia¹¹, em face da “implementação insatisfatória”, pelo Estado brasileiro, das recomendações da Comissão. O caso foi considerado “uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e à execução extrajudicial e a consequente obrigação dos Estados de dar a conhecer a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos.”

A Corte IDH, no exercício do controle de convencionalidade perante o Direito Internacional (CADH), decidiu que o Brasil deverá “conduzir eficazmente a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as sanções e consequências que a lei disponha” e concluiu que “por se tratar de violações graves de direitos humanos, e considerando a natureza dos fatos e o caráter continuado ou permanente do desaparecimento forçado, o Estado não poderá aplicar a lei de Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra lei análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer outra excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a 179 desta Sentencia (sic.)”¹²

Como se vê, enquanto o STF, intérprete último da Constituição (e dos direitos fundamentais no Brasil),¹³ reconheceu a validade da Lei de Anistia, a Corte IDH, intérprete última dos direitos humanos internacionais e da CADH no sistema interamericano, reconheceu a invalidade da mesma lei.

10 Ver nota 7 supra.

11 Dentre os ilícitos cometidos, destaca-se a guerrilha do Araguaia, episódio ocorrido no início da década de 1970, em que um grupo de jovens (em 1972 eram 70) vinculados ao Partido Comunista do Brasil estabeleceu-se na Região do Araguaia (região agrícola e rural no norte do Brasil) para organizar uma guerrilha. O Governo Militar enviou expedições com grande quantidade de militares e policiais para combater referido grupo, tendo praticado, para tanto, diversos crimes como homicídios, torturas e o sequestro dos opositores do regime e de pessoas da região (especialmente camponeses, que eventualmente envolveram-se com referido grupo). O governo militar, apesar de diretamente responsável pelo desaparecimento forçado dessas pessoas, negou a prática dos crimes e os responsáveis até hoje não foram investigados. O destino de muitos dos perseguidos jamais foi revelado, apesar do reconhecimento da morte civil pela Lei 9.140/95.

12 Parágrafo 256 da Sentença da sentença do Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil, Gomes Lund (grifei).

13 Utilizam, normalmente, a expressão direitos fundamentais para tratar dos direitos previstos na constituição autores como: MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 197-210; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 514-530; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 33-41. Utilizam a expressão direitos humanos internacionalistas como: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume 1, p. 17-58.





KORAJ

Do conflito entre a jurisdição nacional e a internacional emergem diversos complexos problemas relativos aos direitos humanos e à soberania popular e surgem diversas questões jurídicas relativas aos limites da jurisdição internacional, ao cumprimento dessas sentenças (*enforcement*), à relação entre Constituição e tratados internacionais e à justiça transicional no Brasil,¹⁴ dentre outras. No presente artigo, trataremos apenas do problema do conflito entre jurisdições a partir da perspectiva do direito interno.

3. A SOLUÇÃO PARA O CONFLITO NA INTERPRETAÇÃO DA CORTE IDH

A própria Corte IDH estava consciente da amplitude e profundidade de sua decisão no âmbito da jurisdição constitucional nacional, o que foi expressamente declarado no voto concordante do Juiz *ad hoc* brasileiro Roberto de Figueiredo Caldas que, reiterando a jurisprudência anterior da Corte, diferenciou o controle de convencionalidade (de competência da Corte) do controle de constitucionalidade (das Cortes Nacionais) e afirmou que:

“Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a convenção equivale a uma Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os estados aderentes estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar.”

Depois de reconhecer a existência de uma *Constituição supranacional dos direitos humanos*, o voto concordante, em consonância com a jurisprudência da Corte IDH, interpretando o art. 2º da Convenção Interamericana, afirma que “as Constituições nacionais hão de ser interpretadas ou, se necessário, até emendadas para manter a harmonia com a Convenção e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.”¹⁵

Pode-se concluir, então, que na interpretação da Corte IDH: a) a CADH equivale a uma Constituição supranacional referente a Direitos Humanos; 2) o intérprete último da CADH é a Corte IDH no exercício do denominado *controle de convencionalidade*; 3) a interpretação da Convenção pela Corte IDH é cogente para todos os poderes constituídos dos Estados-Parte; 4) a interpretação

¹⁴ Sobre a Justiça de Transição no Brasil, ver: SOARES, Inês Virgínia P. E. ZILLI, Marcos. **Anistia, Justiça e Impunidade. Reflexões sobre a Justiça de Transição no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. DIMIOULIS, Dimitri, MARTINS; Antonio, SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert e NEUMANN, Ulfri. **Justiça de transição no Brasil**. São Paulo, Editora Saraiva, 2010. SOARES, Inês Virgínia Prado e KISHI, Sandra Akemi Shimada (coord.). **Memória e verdade. A Justiça de Transição no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

¹⁵ Parágrafo 7 do Voto Concordante do Juiz Roberto de Figueiredo Caldas.

da Convenção pela Corte IDH é obrigatória para o poder constituinte dos Estados parte, que deverão emendar sua Constituição em caso de incompatibilidade com a CADH e com a sua jurisprudência; 5) a interpretação da Convenção pela Corte IDH é obrigatória e vinculante para os tribunais nacionais, inclusive para os Tribunais Supremos, que devem interpretar o direito nacional em harmonia com a jurisprudência da Corte IDH.

Com efeito, para a Corte IDH a solução para a controvérsia jurisprudência resolve-se pelo reconhecimento da prevalência da jurisprudência internacional em detrimento da nacional com o conseqüente reconhecimento de uma Constituição e de uma instância judicial supranacional pelo STF, que deverá reformar a sua jurisprudência para se adequar ao que for decidido pela Corte IDH.

4. A CORTE IDH COMO UMA *SUPERREVISIONINSTANZ*: *O ATIVISMO JUDICIAL* *INTERNACIONAL?*

O reconhecimento da existência de uma Constituição Americana dos Direitos Humanos pela Corte IDH e o seu autorreconhecimento como última instância interpretativa dessa Constituição transfere grande poder (e uma parcela da soberania) e responsabilidade para o Tribunal Internacional.

A responsabilidade do Estado em cumprir as decisões da Corte IDH foi aceita no momento em que o Estado aceitou, livremente e voluntariamente, reconhecer a jurisdição da Corte Internacional. Este ato por si só já mitiga uma parte da soberania na medida em que uma decisão que contrarie os interesses do Estado-parte é esperada mais cedo ou mais tarde. Afinal, é também para contrariar os interesses dos Estados em favor dos direitos humanos que uma Corte Regional de direitos humanos, como a Corte IDH, existe.

Este grande poder e esta responsabilidade, porém, impõem uma obrigação de autolimitação para a Corte que não pode ir longe demais ao interpretar conceitos abstratos e vagos como os direitos humanos previstos na CADH. As obrigações a que estão submetidos os Estados devem estar, portanto, previstas no texto da CADH explícita ou implicitamente. Se a Corte IDH resolver ir longe demais, as Cortes nacionais (ou os Estados) podem vir, simplesmente, a deixar de aplicar a sua jurisprudência. Nessa situação, contudo, a responsabilidade do Estado-parte permanece, juridicamente, intacta. Se a Corte IDH resolve ir longe de mais com

frequência, pode vir a ser desacreditada na medida em que sua jurisprudência não alcançará suficiente efetividade.

A Corte IDH, em alguns casos, tem sido vista como uma *Superrevisionsinstanz*. De acordo com Von Bogdandy, a Corte IDH pode ser considerado um Tribunal ousado enquanto que a CEDH seria um tribunal tímido.¹⁶ Este artigo não tem como objetivo tratar deste problema mais geral, mas apenas do caso específico do Brasil e das repercussões (e dos limites e das possibilidades) dessa denominada “ousadia” da Corte da Costa Rica para os direitos fundamentais perante a Constituição brasileira.

5. A APLICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH PELO DIREITO NACIONAL: O PROBLEMA DA VINCULAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Para que uma instância judicial superior vinculante seja reconhecida pela jurisprudência brasileira e, mais precisamente, pelo STF, é necessário, porém, que haja: 1) no âmbito internacional, uma previsão, expressa ou pelo menos tácita, nas fontes dos direitos humanos internacionais e/ou na Convenção Americana que confira esse poder à Corte IDH; 2) no direito nacional, uma previsão na Constituição (última fonte local do direito) que admita: 2.1) o *status* constitucional, supra constitucional ou equivalente (como um bloco de constitucionalidade) dos tratados de Direitos Humanos Internacionais (e da Convenção Americana); 2) o reconhecimento da vinculação *ipso jure* das Cortes nacionais à jurisprudência da Corte IDH.¹⁷

No presente artigo, será tratado o problema da vinculação da jurisprudência da Corte no direito nacional (item 2 supra) e das possíveis soluções para o impasse no caso de choque entre direitos fundamentais nacionais e direitos humanos internacionais, tendo em vista o caso Gomes Lund vs. ADPF 153.

¹⁶ Sobre a comparação de Bogdandy (citada em uma palestra no Simpósio Humboldt na Argentina, na Universidade de Buenos Aires, em 4 e 6 de outubro de 2010) entre a postura ousada e tímida das Cortes da Costa Rica e Strasbourg sobre uma perspectiva crítica ver AMBOS, Kai e BÖHM, Maria Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de derechos Humanos: Tribunal tímido y Tribunal Audaz? IN: Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Tomo II, AMBOS, Kai, MALARINO; Ezequiel e ELSNER; Gisela. Konard Adenauer, Berlin, 2011, p. 43-69.

¹⁷ Em relação à obrigação de se ter em consideração e citar a jurisprudência da Corte IDH dos tribunais de Estados-parte, ratifica-se e se utiliza parte da fundamentação de MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. IN: Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Tomo II, AMBOS, Kai, MALARINO; Ezequiel e ELSNER; Gisela, p. 425-445.



ATIVIDADE DE FORMAÇÃO DE SERVIDORES E PARCEIROS, BRASÍLIA/DF, 30 DE JANEIRO DE 2012.

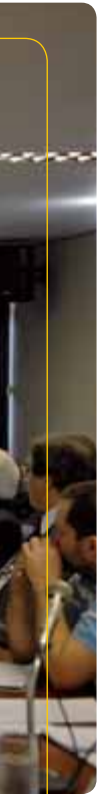
FONTE: COMISSÃO DE ANISTIA/ARQUIVO NACIONAL.

6.1. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

In casu, o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos, tema amplamente debatido pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, será analisado apenas para se verificar se, na ordem jurídica brasileira, é possível que a jurisprudência da Corte IDH possa ser considerada vinculante para o STF ao interpretar a Constituição. O primeiro pressuposto para que isso ocorra é que os tratados de direitos humanos tenham reconhecido *status* supraconstitucional, formalmente constitucional, ou, pelo menos, materialmente constitucional, como um bloco de constitucionalidade.

6.2. AS TEORIAS SOBRE O *STATUS* DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Existem, na doutrina, quatro teorias sobre o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos: 1) a *teoria do status de legalidade* dos tratados de direitos humanos, que seriam equivalentes a leis ordinárias e poderiam ser revogadas por novas leis de acordo com o princípio *lex posterior derogat prior* e *lex specialis derogat generali*; 2) a *teoria do status de supralegalidade* dos tratados



de direitos humanos, que seriam formalmente equivalentes as leis ordinárias e materialmente superiores, por especificarem direitos fundamentais previstos na Constituição, e, portanto, não poderiam ser revogados por leis ordinárias em face da sua superioridade material, integrando um bloco de constitucionalidade; 3) a *teoria do status constitucional* dos tratados de direitos humanos, que teriam o mesmo *status* da Constituição nacional e, portanto, formalmente e materialmente superiores aos demais atos normativos infraconstitucionais, inclusive leis complementares e ordinárias; 4) a *teoria do status de supraconstitucionalidade*, em que os tratados de direitos humanos teriam um valor superior até mesmo à Constituição, impedindo inclusive a reforma constitucional em desfavor da norma prevista pelo tratado de direitos humanos.

6.3. O STATUS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988, em sua redação original, previa, em seu art. 5º, dedicado aos direitos e garantias individuais, apenas que: “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Durante a vigência dessa norma, que tratava exclusivamente desse problema, as quatro teorias encontravam defensores no direito nacional. O STF, contudo, reconhecia a tese da legalidade dos tratados internacionais.¹⁸

6.4. O STATUS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS APÓS A EC/45

Com a Emenda Constitucional 45 (doravante EC/45), foi incluído mais um parágrafo no texto constitucional, que prevê:

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

A partir da EC/45 não há mais controvérsia sobre o *status constitucional* dos tratados aprovados por maioria qualificada equivalente ao previsto para o processo de reforma constitucional. Passou-se a diferenciar, contudo, para fins de determinação do status dos tratados, três momentos: 1) os tratados

¹⁸ A jurisprudência do STF admitiu expressamente a tese da legalidade dos tratados internacionais (inclusive de direitos humanos) desde 1977 (no RE 80.004/SE, rel. Min. Xavier de Albuquerque e rel. Para o acórdão Min. Cunha Peixoto, julgado em 1.6.1997, DJ de 29.12.77) e na vigência da Constituição de 1988 (HC 72.131/RJ, relator para o acórdão Min. Moreira Alves, 22.11.95 e ADI 1.480-3/DF, rel. Min. Celso de Melo, em 4.9.97) até que fosse reformada para reconhecer a tese da supralegalidade.

de direitos humanos em vigor antes da Constituição de 1988; 2) os tratados de direitos humanos que entraram em vigor depois da vigência da Constituição de 1988 e até a vigência da EC/45 de 2004; 3) os tratados de direitos humanos que entraram em vigor depois da EC/45 de 2004: 3.1) aprovados com a respectiva maioria qualificada, que têm, indiscutivelmente, *status* constitucional; 3.2) aprovados sem a maioria especial, cujo *status* não fora expressamente explicitado pela norma constitucional.

6.5. O STATUS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STF

No *leading case* relativo à prisão civil do depositário infiel (HC 87.585/TO e RE 466.343-SP), o STF reconheceu por maioria de 5 (cinco) votos que todos os tratados internacionais (exceto os aprovados segundo o procedimento do § 3º do art. 5º da CF, que são formalmente constitucionais) de direitos humanos possuem *status supralegal*.¹⁹ Uma minoria, de 4 (quatro) votos, seguiu a tese do *status constitucional* dos tratados internacionais.

Inicialmente, o STF entendeu que o conceito de depositário infiel deveria ser interpretado restritivamente de modo a impedir que o alienante fiduciário pudesse ser equiparado ao depositário infiel para fins de prisão civil (hipótese excepcional de prisão civil, prevista pela CF em seu art. 5º “LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”) em face da norma mais benéfica existente na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, “7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”, que veda a prisão civil em qualquer hipótese, exceto a do devedor alimentar).

Logo em seguida, contudo, o STF foi mais longe e impediu a prisão civil do depositário infiel para outros casos,²⁰ tornando inaplicável, embora sem revogá-lo, o disposto no art. 5º, LXVII em

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

20 “*Habeas corpus*. Prisão civil. Depositário judicial. A questão da infidelidade depositária. Convenção Americana dos direitos humanos (...). Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Pedido deferido. Ilegitimidade jurídica da decretação da prisão civil do depositário infiel. Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes.” (HC 90.450, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, DJE de 6-2-2009).

face da norma mais favorável aos direitos humanos prevista no art. 7, 7ª da Convenção, como do depositário infiel judicial, e, por fim, acabou editando a Súmula 25, que impediu a prisão civil do depositário infiel em qualquer hipótese.

7. A CONVENÇÃO AMERICANA NO DIREITO BRASILEIRO

A Convenção Americana entrou em vigor no direito interno do Brasil somente em 1992, posteriormente, portanto, a entrada em vigor da CF de 1988 e antes da entrada em vigor da EC/45 de 2004.

De acordo com a atual orientação seguida pelo STF a Convenção Americana possui o *status* de *supralegalidade*, estando, formalmente, em um plano inferior à Constituição, embora materialmente superior as demais leis do ordenamento jurídico.

7.1. A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA EDIÇÃO DA SÚMULA 25

A CF prevê expressamente, em seu art. 5º, que “LXVII - **não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel**”. A Súmula 25 do STF, porém, prevê que “é ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.²¹

A antinomia entre a súmula 25 do STF e o art. 5º, LXVII é evidente. Para resolver essa antinomia, o STF afirmou que a prisão civil seria uma mera faculdade do legislador, que, caso não a regulasse, seria, de qualquer modo, inaplicável e não haveria uma obrigação para o legislador de a regular, o que a tornaria, então, vigente e válida, embora inaplicável.²² Desse modo, não teria havido revogação do art. 5º LXVII da CF que apenas tornou inaplicável a prisão civil do depositário infiel em face da norma mais favorável da Convenção Americana.

21 STF, Súmula 25, Sessão Plenária de 16/12/2009, DJe nº 238 de 23/12/2009, p. 1.

22 “A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.” (HC 87.585, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 26-6-2009.) No mesmo sentido: HC 94.307, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 19-2-2009, Plenário, DJE 6-3-2009; HC 92.356, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 10-2-2009, Primeira Turma, DJE de 13-3-2009; HC 96.118, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 3-2-2009, Primeira Turma, DJE de 6-3-2009; HC 94.090, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 16-12-2008, Primeira Turma, DJE de 17-4-2009; HC 95.120, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 11-11-2008, Segunda Turma, DJE de 14-8-2009; HC 88.240, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 7-10-2008, Segunda Turma, DJE de 24-10-2008. Em sentido contrário: HC 72.131, Rel. p/ o ac. Min. Moreira Alves, julgamento em 23-11-1995, Plenário, DJ de 1º-8-2003.

Com efeito, ao entender que a Convenção, caso seja mais favorável aos direitos humanos, torna inaplicável expressa disposição constitucional, o STF possibilitou, no direito interno, que as normas de direitos humanos internacionais, notadamente da Convenção, tenham uma eficácia diferenciada no direito brasileiro, tornando inaplicável até mesmo norma constitucional originária.

Portanto, embora reconheça formalmente o *status de supralegalidade* da Convenção Americana, a jurisprudência do STF, especialmente depois da edição da Súmula nº 25, evidencia que a Convenção possui um status diferenciado com consequências mais profundas do que o derivado do simples reconhecimento da supralegalidade: a Convenção Americana pode tornar inaplicável norma constitucional originária restritiva de direitos fundamentais desde que mais favorável aos direitos humanos.

Em todo caso, o *status* supralegal da Convenção reconhecido pelo STF a situa como direito *nacional vigente e válido*, que deve ser interpretado por todos os Tribunais, inclusive pelo próprio STF, que, embora vinculado à Constituição em primeiro lugar, deve também obediência à lei, que se presume constitucional, especialmente se goza de *status* supra legal e especifica direitos fundamentais previstos pela Constituição, integrando um bloco de constitucionalidade.

Como, no sistema americano, o órgão responsável pela interpretação da Convenção em última análise, é a Corte IDH, que exerce o controle de convencionalidade, resta saber: 1) se o STF está vinculado à jurisprudência da Corte IDH (enquanto órgão responsável por interpretar a Convenção, também vigente no Brasil), devendo aplicá-la em qualquer situação; 2) se o STF deve levar em consideração a jurisprudência da Corte para fundamentar os seus acórdãos podendo deixar de aplicá-las quando contrariem normas constitucionais ou aplicá-las, p. ex., quando a norma convencional for mais favorável que a norma nacional e, caso assim seja, quais os parâmetros para aferir a norma mais favorável ou quais outros critérios podem ser utilizados; 3) se a jurisprudência da Corte IDH possui uma importância secundária na interpretação dos direitos fundamentais pelo STF, que pode valer-se dela, caso queira, apenas como *topoi*, servindo somente para melhor fundamentar suas decisões argumentativamente, caso seja pertinente e conveniente em cada caso, como ocorre com o direito estrangeiro.

7.2. A INTERPRETAÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA PELA CORTE IDH: O PROBLEMA DA VINCULAÇÃO DOS TRIBUNAIS NACIONAIS

O Estado brasileiro reconheceu “como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção”. (Art. 62, 1 da Convenção)

A Corte IDH é o órgão competente para “conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido.” (Art. 62, 3 da Convenção).

O cumprimento pelo Estado-parte das decisões da Corte também está previsto pela Convenção, *in verbis*:

Em todo caso, o direito nacional pode, independentemente de previsão na Convenção ou na jurisprudência da Corte IDH, estabelecer (por intermédio de sua Constituição) que a jurisprudência da Corte IDH é vinculante para os Tribunais nacionais.

“Artigo 68-1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado”.

Com efeito, a República Federativa do Brasil, enquanto Estado-parte, está obrigada a cumprir os tratados internacionais a que

aderiu e, portanto, de cumprir a decisão da Corte IDH no caso Gomes Araguaia de acordo com o direito internacional, conforme art. 68, 1 da Convenção, sob pena de descumprir uma obrigação internacional, como reconhece o próprio STF.²³

Da obrigação do Brasil com o direito internacional, contudo, não deriva necessariamente, *ipso jure*, uma obrigação de cada Poder constituído, especialmente do Judiciário no sentido de que aplique a interpretação da Corte IDH no âmbito interno.

23 Nesse sentido, ver: “Gostaria (...) de tecer algumas considerações sobre a Convenção da Haia e a sua aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro. (...) A primeira observação a ser feita, portanto, é a de que estamos diante de um documento produzido no contexto de negociações multilaterais a que o País formalmente aderiu e ratificou. Tais documentos, em que se incluem os tratados, as convenções e os acordos, pressupõem o cumprimento de boa-fé pelos Estados signatários. É o que expressa o velho brocardo *Pacta sunt servanda*. A observância dessa prescrição é o que permite a coexistência e a cooperação entre nações soberanas cujos interesses nem sempre são coincidentes. Os tratados e outros acordos internacionais preveem em seu próprio texto a possibilidade de retirada de uma das partes contratantes se e quando não mais lhe convenha permanecer integrada no sistema de reciprocidades ali estabelecido. É o que se chama de denúncia do tratado, matéria que, em um de seus aspectos, o da necessidade de integração de vontades entre o chefe de Estado e o Congresso Nacional, está sob o exame do Tribunal. (...) Atualmente (...) a Convenção é compromisso internacional do Estado brasileiro em plena vigência e sua observância se impõe. Mas, apesar dos esforços em esclarecer conteúdo e alcance desse texto, ainda não se faz claro para a maioria dos aplicadores do Direito o que seja o cerne da Convenção. O compromisso assumido pelos Estados-membros, nesse tratado multilateral, foi o de estabelecer um regime internacional de cooperação, tanto administrativa, por meio de autoridades centrais como judicial. A Convenção estabelece regra processual de fixação de competência internacional que em nada colide com as normas brasileiras a respeito, previstas na Lei de Introdução ao CC. Verificando-se que um menor foi retirado de sua residência habitual, sem consentimento de um dos genitores, os Estados-partes definiram que as questões relativas à guarda serão resolvidas pela jurisdição de residência habitual do menor, antes da subtração, ou seja, sua jurisdição natural. O juiz do país da residência habitual da criança foi o escolhido pelos Estados-membros da Convenção como o juiz natural para decidir as questões relativas à sua guarda. A Convenção também recomenda que a tramitação judicial de tais pedidos se faça com extrema rapidez e em caráter de urgência, de modo a causar o menor prejuízo possível ao bem-estar da criança. O atraso ou a demora no cumprimento da Convenção por parte das autoridades administrativas e judiciais brasileiras tem causado uma repercussão negativa no âmbito dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, em razão do princípio da reciprocidade, que informa o cumprimento dos tratados internacionais. (...) É este o verdadeiro alcance das disposições da Convenção.” (ADPF 172-MC-REF, Rel. Min. Marco Aurélio, voto da Min. Ellen Gracie, julgamento em 10-6-2009, Plenário, DJE de 21-8-2009.)

A vinculação do STF e dos demais Tribunais e juízes nacionais à jurisprudência da Corte IDH não encontra expressa previsão na Convenção, embora a Corte internacional reconheça a sua própria competência enquanto intérprete último do controle de convencionalidade tanto em sua jurisprudência consultiva (prevista pelo art. 64, 1 e 2 da Convenção)²⁴ como contenciosa²⁵ (prevista pelo art. 62, 3 da Convenção).²⁶

Na falta de uma previsão explícita de vinculação na Convenção, o problema da vinculação precisa ser resolvido a partir da interpretação das normas, no âmbito internacional, dos direitos humanos internacionais (da doutrina e da jurisprudência internacionalista) e, no âmbito interno, do direito nacional (do direito constitucional).

Em todo caso, o direito nacional pode, independentemente de previsão na Convenção ou na jurisprudência da Corte IDH, estabelecer (por intermédio de sua Constituição) que a jurisprudência da Corte IDH é vinculante para os Tribunais nacionais.

24 No exercício da sua competência consultiva (Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de Junio de 2005, na opinião solicitada pela Comissão IDH) a Corte IDH, embora no caso tenha decidido não dar resposta, refere-se a sua própria jurisprudência como parâmetro para os Tribunais nacionais: „Que la Corte es el órgano del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos encargado de interpretar y aplicar las disposiciones de la Convención, según lo dispone el artículo 62 de la misma, y su jurisprudencia tiene el valor de fuente del Derecho Internacional. Si bien la jurisprudencia citada en los párrafos anteriores se refiere a pronunciamientos de la Corte emitidos en opiniones consultivas, así como respecto de casos y medidas provisionales específicos, dichas decisiones expresan la interpretación y aplicación que el Tribunal ha dado a la normativa convencional que tienen relación con los asuntos planteados en la solicitud de opinión, lo cual también debe constituir una guía para la actuación de otros Estados que no son partes en el caso o las medidas. Los máximos tribunales de diversos Estados que han reconocido la competencia de la Corte han tomado la jurisprudencia de ésta, emitida respecto de otros Estados o en opiniones consultivas, como un parámetro para decidir en asuntos sometidos a su conocimiento.” Na nota 15 ao referido artigo a Corte IDH cita vários casos onde foi seguida a sua jurisprudência por Tribunais nacionais: Cfr. inter alia, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.- Causa N° 17.768-” Sentencia 1767 emitida por la Corte Suprema de Justicia de Argentina el 14 de junio de 2005; Caso Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros. Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de Argentina el 7 de julio de 1992; Más de 5,000 ciudadanos. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional del Perú el 27 de septiembre de 2004; Genaro Villegas Namuche. Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional del Perú el 18 de marzo de 2004; Sentencia 0664/2004-R emitida por el Tribunal Constitucional de Bolivia el 6 de mayo de 2004. Expediente: 2004-08469-17-RAC; Expediente D-4041. Sentencia C-004 de 2003 emitida por la Corte Constitucional de Colombia el 30 de enero de 2003 respecto de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 220 numeral 3ª parcial de la Ley 600 de 2000 del Código de Procedimiento Penal; Sentencia T-1319/01 emitida por la Sala Séptima de la Corte Constitucional de la República de Colombia el 7 de diciembre de 2001 respecto de una acción de tutela relativa a “libertad de opinión, buen nombre y derecho a la vida”; Caso Nro. 002-2002-CC. Justicia ordinaria, justicia militar y unidad jurisdiccional. Resolución N° 002-2002-CC emitida por el Tribunal Constitucional de Ecuador el 11 de febrero de 2003; Acuerdo y Sentencia N° 939 emitidos por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay el 18 de septiembre de 2002 respecto de una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 5 de la Ley N° 1444/99 “Ley de Transición”; y Sentencia No. 2313-95 emitida la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica el 9 de mayo de 1995.”

25 Cfr. “ La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, § 124.

26 Sobre o problema da vinculação dos Estados à jurisprudência da Corte IDH ver: Alfonso, César. La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Humanas desde la perspectiva de distintos países de américa del sur. In: Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel e Elsner, Gisela (ed). Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos Y derecho penal internacional. Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad Adenauer Stiftung, p. 63-79.



52ª CARAVANA DA ANISTIA, FOZ DO IGUAÇU/PR,
13 E 14 DE OUTUBRO DE 2011.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.

7.3. A INTERPRETAÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA NO BRASIL: O PROBLEMA DA VINCULAÇÃO DOS TRIBUNAIS NACIONAIS À JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH

A República Federativa do Brasil é definida como um Estado Democrático de Direito, com fundamento na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), cujo objetivo, entre outros, é constituir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CF), que na ordem internacional é regida pela prevalência dos direitos humanos e pela autodeterminação dos povos (art. 4º, II).

Os §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição asseguram a incorporação dos tratados de direitos humanos aos direitos fundamentais, com status constitucional (§ 3º) ou *supralegal* (§2º, segundo teoria adotada pelo STF), mas nada dizem sobre a incorporação da jurisprudência da Corte IDH pelo direito nacional e, muito menos, sobre a vinculação de suas decisões ao Judiciário brasileiro, o que também não é tratado no capítulo 3 (arts. 92-126), que regulamenta o Poder Judiciário, ou em qualquer outra parte da Constituição.

Com efeito, a Constituição não prevê expressamente a vinculação dos Tribunais locais à jurisprudência da Corte IDH. A admissibilidade de uma vinculação dos tribunais dependeria, portanto, de uma construção judicial dos próprios tribunais brasileiros, que, para isso, teriam que se basear em uma norma constitucional implícita que tampouco é encontrada no direito brasileiro.

7.4. A INTERPRETAÇÃO DA CONVENÇÃO PELO STF: A VINCULAÇÃO DO STF COM FUNDAMENTO NA PRÓPRIA CONVENÇÃO

Ainda que não haja previsão na Constituição, a vinculação dos tribunais brasileiros à jurisprudência Interamericana poderia fundamentar-se na própria Convenção. Nessa hipótese, pode-se sustentar inclusive que a convenção integraria a Constituição (norma com status supralegal, embora infraconstitucional) enquanto integrante do bloco constitucionalidade e, portanto, uma especificação dos direitos fundamentais previstos pela Constituição.

Assim, uma previsão de vinculação a jurisprudência da Corte IDH na Convenção integraria um bloco de constitucionalidade (ou até mesmo a Constituição diretamente, caso a tese da constitucionalidade, derrotada por apenas um voto, passe a ser reconhecida) e poderia tornar vinculante a jurisprudência da Corte IDH para os Tribunais nacionais.

Na Convenção Americana, porém, também não há uma previsão expressa para a vinculação dos Tribunais nacionais à jurisprudência da Corte IDH. O fato de a Corte IDH derivar da Convenção (embora sem expressa previsão) uma norma que afirme a vinculação dos Tribunais nacionais a partir de uma norma mais genérica não exime o STF de interpretar a sua própria Constituição e a Convenção, enquanto norma integrante do direito interno.

A vinculação do STF à jurisprudência da Corte IDH com base na vontade da Corte Internacional, embora sem previsão na Corte IDH, fundamentar-se-ia, portanto, na autoridade da própria Corte. A Convenção seria, então, aquilo que os juízes da Corte IDH dizem que ela é, o que seria uma *petitio principii*. Por outro lado, o STF poderia, com base nos seus próprios argumentos, também fundamentado em sua vontade, simplesmente desconsiderar a jurisprudência da Corte IDH para afirmar que a sua interpretação dos direitos fundamentais e da CADH deve prevalecer em todo caso, decidindo, topicamente, quando deveria levar em consideração a interpretação da Corte IDH da Convenção. O direito internacional dos direitos humanos, porém, encontra-se em uma nova fase em que se procura uma convergência, abertura e confluência entre direitos humanos internacionais e direitos fundamentais nacionais.

7.5 A INTERPRETAÇÃO DA CONVENÇÃO PELO STF: A OBRIGAÇÃO DE LEVAR EM CONSIDERAÇÃO A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH

O STF até agora não reconheceu a jurisprudência da Corte IDH como vinculante nem para ele nem para qualquer outro tribunal, embora tenha conferido especial importância para a Convenção.

É questionável, inclusive, se poderia reconhecê-la em face da falta de previsão, expressa ou implícita, na Constituição, já que o seu reconhecimento desafiaria o princípio da legalidade e da soberania popular.

A utilização da jurisprudência e da doutrina estrangeira, entretanto, tem sido uma prática recorrente do STF, que costuma procurar argumentos no direito (na doutrina e na jurisprudência)²⁷ estrangeiro para melhor fundamentar as suas decisões. Embora referida prática tenha sido questionada ao ser utilizada no direito americano,²⁸ no direito constitucional,²⁹ nos direitos humanos internacionais³⁰ e no direito brasileiro ela é recorrente e está há muito tempo estabelecida e consolidada.³¹

A utilização da jurisprudência e da doutrina estrangeira é apropriada desde que seja amparada em consensos científicos internacionais que venham a ser utilizados pelo Tribunal nacional para melhor fundamentar suas decisões.³² Caso seja utilizado apenas como um argumento de autoridade para legitimar uma decisão voluntarista e casuística, o direito estrangeiro ou internacional não possui fundamento para ser utilizado.

27 Em vários autores, nota-se a preponderância da influência do direito alemão, como: a) MENDES. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996; b) BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001; c) SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Em outros, verifica-se maiores referências a autores americanos: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996. Mas diversos outros países influenciam o Brasil, destacando-se a influência recente de Portugal e da Espanha, com as obras de autores como GOMES CANOTILHO e JORGE MIRANDA.

28 DORSEN, ROSENFELD, SAJÓ e BAER citam casos em que a Suprema Corte americana utilizou experiências e decisões estrangeiras: "For example, in his dissent in *Printz v. United States*, 521 U. S. 898 (1997), Justice Stephen Breyer referred to German federalism in discussing the constitutional limits of U. S. federal power. More recently, Justice John Paul Stevens's opinion for the Court in *Atkins v. Virginia* cited to a brief of the European Union as amicus curiae in a related case, pointing out that 'within the world community, the imposition of the death penalty for crimes committed by mentally retarded offenders is overwhelmingly disapproved.' 122 Sup. Ct. 2242, 2249 n. 21 (2002)." (DORSEN, Norman et. al. **Comparative Constitutionalism: cases and materials**, preface, p. iii).

29 Segundo DORSEN: "One sign of the cross-fertilization and dialogue in constitutional law is the increasing practices of supreme and constitutional courts to cite to international instruments and foreign decisions. Many newer courts, as in South Africa, and many courts interpreting relatively new constitutional instruments, as in Canada, routinely cite to other jurisdictions. Even some justices of the U.S. Supreme Court, older and more insular than its breathing, have cited foreign cases and foreign examples." DORSEN, Norman et. al. **Comparative Constitutionalism: cases and materials**, preface, p. iii,

30 CANÇADO TRINDADADE reconhece, no seu Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos, que "a Declaração e Programa de Ação de Viena resultante da Conferência Mundial de Derechos Humanos de 1993, além de declinar considerável espaço a cada um dos elementos da tríade, muito significativa e categoricamente afirmou que a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos são 'interdependentes' e se reforçam mutuamente" TRINDADADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, vol. 2, p. 204. No mesmo sentido, afirma: "Afastada, no presente domínio, a compartimentalização, teórica e estática da doutrina clássica, entre o direito internacional e o direito interno, em nossos dias, com a interação dinâmica entre um e outro neste âmbito de proteção, é o próprio direito que se enriquece – e se justifica, - na medida em que cumpre a sua missão última de fazer justiça. *No presente contexto, o direito internacional e o direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano*. Nestes anos derradeiros a conduzir-nos ao final do século, é alentador ao menos constatar que *o direito internacional e o direito interno caminham juntos e apontam na mesma direção, coincidindo no propósito básico e último de ambos da proteção do ser humano*." TRINDADADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume 1, p. 445.

31 Segundo AMBOS *a ciência jurídico-penal alemã exerce "uma grande influência em ordenamentos surgidos a partir do pensamento jurídico continental europeu, especialmente nos países de língua espanhola e nos de língua portuguesa..."* AMBOS, Kai. **A Parte Geral do Direito Penal Internacional. Bases para uma elaboração dogmática**, p. 61. Especial importância possui a teoria e a dogmática do direito constitucional alemão e a jurisprudência do TCFA (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 23), cujos precedentes são citados com frequência pelo STF, e.g ADI 3112 DF, HC 91.676 RJ, ADPF 130 DF, Pet. 3898 DF, HC 89544 RN, RE 349703 RS etc..

32 Nesse sentido, veja-se: WALDRON, Jeremy. *Foreign Law and the Modern Jus Gentium*, IN: Harvard Law Review, Vol. 119, No. 1 (Nov., 2005), pp. 129-147.

O uso do direito estrangeiro, no segundo caso, deve ser recusado, o que não afeta a necessidade de se recorrer ao direito alienígena no primeiro caso. Nos direitos humanos internacionais, em especial, o mesmo problema é estudado por cientistas de diversos países e decidido por tribunais constitucionais e internacionais, sendo legítima a procura dos melhores argumentos para fundamentar uma decisão nacional com base nos parâmetros argumentativos da comunidade acadêmica internacional.³³ É o que ocorre com as anistias e com os direitos humanos internacionais em que são debatidos pela comunidade científica problemas semelhantes.

No caso da interpretação dos direitos humanos internacionais e especialmente da CADH pela Corte IDH, ainda que se tratasse apenas de direito estrangeiro, deveria ser levada em consideração a interpretação da Corte IDH pelo STF em seus acórdãos que tratam da interpretação dessas fontes normativas por refletir o pensamento internacional dos países que integram o sistema interamericano de direitos humanos. Nesse aspecto, a utilização dos precedentes da Corte IDH seriam mais pertinentes, p. ex., do que os da Corte Europeia de Direitos Humanos pela maior proximidade e similitude os países americanos em relação ao Brasil.

O reconhecimento do Brasil como membro do sistema interamericano de direitos humanos, inclusive com o reconhecimento da jurisdição da Corte IDH, faz com o que a interpretação dos direitos humanos internacionais e da Convenção, mais do que apenas direito estrangeiro, seja uma interpretação cuja validade é vinculante para o Brasil no âmbito internacional e ainda que não seja diretamente vinculante para os tribunais nacionais deve servir como um parâmetro normativo (embora também científico) das fontes normativas de direitos humanos também aplicáveis pelo direito nacional.

A obrigação de o STF (e os demais tribunais nacionais) fundamentarem suas sentenças e acórdãos na interpretação dos direitos humanos pela Corte IDH decorre da sua: 1) *institucionalidade*: é reconhecida oficialmente pelo Estado brasileiro como a última instância, no direito internacional, para interpretar a Convenção Americana, norma que também é vigente no direito brasileiro; 2) *identidade da fonte normativa*, tanto o STF quanto a Corte IDH interpretam a Convenção como fonte vigente de direito, nacional e internacional, respectivamente; 3) *vinculação do Estado perante o direito internacional*: o Brasil (embora não o STF) está obrigado a respeitar essas decisões, que, pelo menos no âmbito internacional, são vinculantes e cogentes;³⁴ 4)

33 WALDRON, Jeremy. *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, pp. 132-133.

34 CANÇADO TRINDADE informa que: “ao ratificarem os tratados de direitos humanos os Estados-partes contraem, a par das obrigações convencionais atinentes a cada um dos direitos protegidos, também *obrigações gerais* da maior importância, consignadas daqueles tratados. Uma delas é a de respeitar e *assegurar o respeito* dos direitos protegidos – o que requer medidas positivas por parte do Estado – e outra é de *adequar o ordenamento jurídico interno* à normativa internacional de proteção. Esta última requer que se adote a legislação necessária para dar efetividade às normas convencionais de proteção, suprimindo eventuais lacunas no direito interno, ou então que se alterem disposições legais nacionais com o propósito de harmonizá-las com as normas convencionais de proteção – tal como requerido pelos tratados de direitos humanos”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Direito internacional em um mundo em transformação (Ensaio 1972-2001)**, p. 649-650.

interpretação mais protetiva, uma interpretação mais protetora dos direitos humanos a partir do controle de convencionalidade deveria ser aplicada, se compatível com a Constituição, ou, pelo menos, levadas em consideração pelo STF na fundamentação de seus acórdãos.

7.6. A FUNDAMENTAÇÃO DOS ACÓRDÃOS DO STF E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH: A IDENTIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH

Para detalhar como poder proceder-se a consideração da jurisprudência Corte IDH pelo direito nacional, caso seja o caso, como ocorre quando o STF está interpretando a CADH, propomos aqui a realização desse processo em 4 etapas conforme defendido pelo Procurador Geral da Argentina no caso Acosta, conforme explicado e detalhado por MALARINO.

Segundo MALARINO, “a fin de cumplir el deber de tener en consideración la jurisprudencia de los órganos interamericanos de derechos humanos los tribunales nacionales deberían al tomar sus decisiones proceder con arreglo a los siguientes pasos:”³⁵

- a) identificação da jurisprudência; 2) identificação da doutrina da jurisprudência; 3) aplicabilidade da doutrina ao caso concreto; 4) compatibilidade da doutrina com o ordenamento jurídico constitucional.³⁶

8. A INTERPRETAÇÃO DA CONVENÇÃO PELO STF: CRITÉRIOS PARA A SOLUÇÃO DO CONFLITO

8.1. O princípio da harmonização dos direitos humanos internacionais com os direitos fundamentais nacionais (*Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*)

A proeminência dos direitos humanos internacionais foi evidenciada várias vezes pela Constituição de 1988, especialmente para os países da América, que previu: 1) a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito no Brasil (art. 1º, III da CF); 2) como objetivo

³⁵ MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. IN: Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Tomo II, AMBOS, Kai, MALARINO; Ezequiel e ELSNER; Gisela, p. 443.

³⁶ MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales, p. 443-445.

do Estado constituir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CF); 3) a prevalência dos direitos humanos na ordem internacional (art. 4º, II);³⁷ 4) a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações (art. 4º, § único); 5) uma cláusula de extensão dos direitos humanos internacionais para que fossem incorporados como direitos fundamentais (art. 5º, § 2º da CF); 6) uma cláusula de incorporação de direitos humanos internacionais como direitos formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º da CF); 7) competência especializada na Justiça Federal para as causas que envolvam direitos humanos internacionais após procedimento de deslocamento de competência (art. 109, V c/c § 5º da CF); 8) a meta de criação de um tribunal internacional de direitos humanos em suas disposições transitórias (art. 7º do ADCT da CF).

O princípio da harmonização (*friendly*) do direito internacional já foi reconhecido, de modo ainda mais geral (para todo direito internacional e não apenas para os direitos humanos), enquanto um princípio de interpretação do direito nacional em relação ao direito internacional (*Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*) pelo Tribunal Constitucional alemão, que o reconheceu com fundamento no arts. 1º, 2, 23-26 e 59, 2 da Lei Fundamental.³⁸

Segundo o princípio constitucional da harmonização (*Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*), o direito nacional deve ser interpretado de modo a se harmonizar com o direito legislado e jurisprudencial internacional desde que essa interpretação não colida com a Constituição.³⁹

37 O STF ressaltou a importância desse princípio em várias situações: “Extradicação e necessidade de observância dos parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e do respeito aos direitos humanos. CB, arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º. Tráfico de entorpecentes. Associação delituosa e confabulação. Tipificações correspondentes no direito brasileiro. (...) Obrigação do STF de manter e observar os parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e dos direitos humanos. Informações veiculadas na mídia sobre a suspensão de nomeação de ministros da Corte Suprema de Justiça da Bolívia e possível interferência do Poder Executivo no Poder Judiciário daquele país. Necessidade de assegurar direitos fundamentais básicos ao extraditando. Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5º, § 1º); a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos deve obrigar o Estado a guardar-lhes estrita observância. Direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição (art. 60, § 4º). (...) Em juízo tópico, o Plenário entendeu que os requisitos do devido processo legal estavam presentes, tendo em vista a notícia superveniente de nomeação de novos ministros para a Corte Suprema de Justiça da Bolívia, e que deveriam ser reconhecidos os esforços de consolidação do Estado Democrático de Direito naquele país.” (Ext 986, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-8-2007, Plenário, DJ de 5-10-2007.) No mesmo sentido: “No Estado de Direito Democrático, devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. (...) A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem.” HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Mauricio Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.

38 BVerfGE 63, 343 (370), Rechtshilfevertrag e BVerfGE 111, 307 (317 f) Görgülü.

39 Cfr. BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011, Absatz-Nr. (1 - 178), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.htm „a) Die Europäische Menschenrechtskonvention steht zwar innerstaatlich im Rang unter dem Grundgesetz. Die Bestimmungen des Grundgesetzes sind jedoch völkerrechtsfreundlich auszulegen. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes (BVerfGE 74, 358 <370>; stRspr). b) Die völkerrechtsfreundliche Auslegung erfordert keine schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der Europäischen Menschenrechtskonvention (vgl. BVerfGE 111, 307 <323 ff.>). c) Grenzen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung ergeben sich aus dem Grundgesetz. Die Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention darf nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz eingeschränkt wird; das schließt auch die Europäische Menschenrechtskonvention selbst aus (vgl. Art. 53 EMRK). Dieses Rezeptionshemmnis kann vor allem in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen relevant werden, in denen das „Mehr“ an Freiheit für den einen Grundrechtsträger zugleich ein „Weniger“ für den anderen bedeutet. Die Möglichkeiten einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung enden dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint.“

No direito brasileiro, a aplicação do princípio da harmonização dos direitos humanos encontra fundamento nos arts. 1º, III, 3º, I art. 4º, II e § único, art. 5º, § 2º e § 3º da CF. De acordo com ele, os juízes e tribunais brasileiros, inclusive o STF, deverão interpretar os direitos fundamentais previstos pela Constituição sempre de modo a procurar uma interpretação que se concilie com o texto da Convenção Americana e dos tratados internacionais de direitos humanos (o que já é reconhecido pela jurisprudência do STF, conforme súmula 25) e com a doutrina e a jurisprudência dos direitos humanos internacionais até o limite em que seja admitido pela interpretação jurídica e constitucional ou, como afirmou o TCFA: “As possibilidades do princípio da harmonização encerram onde os métodos de interpretação da lei e da Constituição não forem mais admissíveis.”⁴⁰

De acordo com esse princípio, o STF deve tentar, então, harmonizar a sua interpretação dos direitos fundamentais de acordo com a jurisprudência da Corte IDH, deixando de aplicá-la somente se a jurisprudência internacional ultrapassar os limites dos direitos fundamentais da Constituição brasileira de acordo com os métodos de interpretação legal e constitucional.

8.2. O princípio *pro homine*: a interpretação conforme a Convenção dos direitos humanos que prevejam a norma mais protetora dos direitos e liberdades e a prevalência dos direitos humanos.

Os direitos e garantias individuais gozam de especialíssima proteção constitucional de modo que não podem ser alterados de modo a diminuir a sua proteção, até mesmo as emendas tendentes a abolir esses direitos são vedadas, já que se constituem em cláusula *pétrea* (art. 60, § 4º, IV).

De igual importância para a compreensão do papel basilar dos direitos humanos é o princípio da prevalência dos direitos humanos, que garante a sua preponderância em todos os casos, conforme reconhecido pelo STF:

“É que o Estado brasileiro – que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional – assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II)”.⁴¹

40 No original: „Die Möglichkeiten einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung enden dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint.“ BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011, Absatz-Nr. (1 - 178), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.htm

41 Cfr. “A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro – e, em particular, o STF – de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do *due process of law*. Em tema de direito extradicional, o STF não pode e nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. **É que o Estado brasileiro – que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional – assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II).** Ext 633, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-8-1996, Plenário, DJ de 6-4-2001.

A proteção dos direitos e garantias individuais pode, portanto, ser maximizada, mas não minimizada, em relação ao que fora garantido pela Constituição, conforme já reconheceu o STF.⁴² Com as cláusulas de inclusão de novos direitos através de tratados internacionais de direitos humanos (art. 5º, §§ 2 e 3º) podem surgir novos direitos fundamentais de modo a ampliar a sua proteção, mas não diminuí-la.

Uma questão relevante é saber o que ocorrerá caso venha ser garantido um novo direito fundamental por via de um tratado internacional de direitos humanos: ele pode ser posteriormente reduzido? No caso da convenção americana, a questão é ainda mais relevante já que há uma norma interpretativa que impede uma interpretação menos favorável ao homem, nos termos do art. 29, *in verbis*:

“Artigo 29 - Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- (a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- (b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
- (c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;

42 Cfr. “Illegitimidade jurídica da decretação da prisão civil do depositário infiel. Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário. Precedentes. Tratados internacionais de direitos humanos: as suas relações com o direito interno brasileiro e a questão de sua posição hierárquica. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º, § 2º e § 3º). Precedentes. Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supra legalidade? Entendimento do relator, Min. Celso de Mello, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. (...) Hermenêutica e direitos humanos: a norma mais favorável como critério que deve reger a interpretação do Poder Judiciário. Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. Aplicação, ao caso, do art. 7º, n. 7, c/c o art. 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): **um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.**” (HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, DJE de 6-2-2009, grifei)





(d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”

Ao aderir à Convenção, o Brasil reconheceu a vigência desse princípio hermenêutico na ordem interna (com *status supraconstitucional*) e somente com a eventual denúncia do tratado deixaria de ser o mesmo vigente de modo que deverá prevalecer no direito brasileiro a interpretação dos direitos humanos que ampliem os direitos e liberdades (art. 29, a da Convenção).

Desse modo, o STF interpretará os direitos fundamentais de modo a garantir a ampliação da proteção dos direitos e liberdades, não podendo interpretá-los restritivamente, o que, de fato, foi feito no *leading case* relativo a prisão civil do depositário infiel em que a norma mais benéfica ao ser humano prevaleceu, tornando sem eficácia a legislação infraconstitucional fundamentada em norma constitucional menos protetiva (a que garantia a prisão civil). Nesse sentido, é bastante clara a emenda do acórdão do RE 466.343-1 SP:

“PRISÃO CIVIL.

Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. ***Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).*** Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (grifei)

A garantia de eternidade (art. 60, §4º, IV da CF), as cláusulas de inclusão (art. 5, §§ 2º e 3º) e o princípio da prevalência dos direitos humanos (Art. 4º, II) evidenciam a existência de um princípio de interpretação dos direitos fundamentais da Constituição de 1988 que garante que seja feita a maior proteção possível dos direitos e liberdades em conformidade com a Convenção (o art. 29 da Convenção). Somente quando a interpretação menos favorável faça parte do núcleo da Constituição expressamente é que se poderia limitar o direito e a liberdade de modo mais abrangente do que a convenção o fez. Mesmo nesse caso, o STF já entendeu de outro modo no mencionado acórdão *supra* já que tornou inaplicável a norma constitucional que tornava possível limitar o nível de proteção do direito à liberdade no caso da prisão civil por dívida.

Assim, pode-se reconhecer no direito brasileiro a existência de um *princípio da interpretação conforme a Convenção dos direitos humanos que prevejam a norma mais protetora dos*

direitos, garantias e liberdades fundamentais (art. 60, §4º, IV da CF, art. 5, §§ 2º e 3º e art. 29 da Convenção).

Desse modo, o STF, para recusar a interpretação da Convenção reconhecida pela jurisprudência da Corte IDH em uma mesma situação que vier a ser decidida pelo STF, esse Tribunal deve decidir que a interpretação da Corte Internacional é menos protetora dos direitos e liberdades do que a interpretação conferida pelo próprio STF.

8.1. A TEORIA DO ATO *ULTRA VIRES*: OS LIMITES INTERPRETATIVOS DA CORTE IDH

Caso a jurisprudência da Corte IDH ultrapasse os limites dos direitos fundamentais previstos pela Constituição brasileira de acordo com os métodos de interpretação legal e constitucional e estabeleça norma mais limitadora do direito ou liberdade, o STF não poderá aplicar a interpretação do Tribunal internacional.

Como a Corte IDH está vinculada à Convenção, uma interpretação que contrarie o princípio *pro homine* seria por si só um ato que exorbita de sua competência convencional no direito internacional e, portanto, um ato *ultra vires*.

Sob a perspectiva nacional, a interpretação que ultrapasse os limites dos métodos de interpretação (legal e constitucional) também seria inaplicável pelo STF, já que exorbita a competência legal da Corte IDH, e consistiria em um ato *ultra vires*.

A obrigatoriedade de levar consideração a jurisprudência da Corte IDH pelos Estados que reconheceram a sua competência não obriga que os Tribunais de um Estado Democrático de Direito vinculem-se (seguindo) o entendimento da Corte quando a interpretação internacional contrariar os direitos fundamentais previstos na Constituição.

A prática de ato da Corte IDH que seja *ultra vires*, portanto, não é vinculante para o STF, conforme a teoria do ato *ultra vires* desenvolvida pelo TCFA.⁴³ Na interpretação dos direitos fundamentais, porém, o ato somente poderá ser considerado *ultra vires* e, então, inaplicável caso seja reconhecido pelo STF que a interpretação internacional é menos favorável aos direitos humanos e que ela não pode, de modo algum, harmonizar-se com a proteção mais ampla conferida pela Constituição nacional aos direitos fundamentais.

43 Sobre os limites da atuação do Tribunal Europeu e do Tribunal Europeu de direitos humanos e o ato *ultra vires* na jurisprudência do TCFA ver: BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010, Absatz-Nr. (1 - 116), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100706_2bvr266106.html, BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1 - 421), http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html, BVerfG, 2 BvL 1/97 vom 7.6.2000, Absatz-Nr. (1 - 69), http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20000607_2bvl000197.html e

9. CONCLUSÃO: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA O CONFLITO, O DIREITO DAS VÍTIMAS VS. DIREITO DOS ACUSADOS, UMA PONDERAÇÃO

No julgamento da ADPF 153, a Convenção Americana quase não foi citada (apenas dois Ministros o fizeram) e a jurisprudência da Corte IDH sobre anistias e responsabilização criminal de autores de crimes contra a humanidade na América Latina (já há muito consolidada pela Corte) também não foi tratada.⁴⁴

Como vimos nesse artigo, o STF não está obrigado a seguir a jurisprudência da Corte IDH, mas tem a obrigação de considerá-la em seus julgados e de fundamentar os seus acórdãos em caso de discordância quando se interpretar a mesma fonte normativa: a Convenção Americana.

Na própria ADPF 153, o direito estrangeiro é, por diversas vezes, citado, até mais do que a jurisprudência da Corte IDH, que é porém, mais importante para o direito brasileiro em face da *institucionalidade* da Corte, da *similitude da fonte normativa*, da *vinculação do Brasil perante o direito internacional* e da necessidade de conferir interpretação mais protetiva aos direitos humanos.

É possível que o STF mantenha ao julgar os Embargos interpostos na ADPF 153,⁴⁵ ou em outra eventual ação ou recurso judicial (como nos recursos relativos às denúncias pelo crime de desaparecimento forçado recentemente feito pelo STF, assim que cheguem a essa Corte), o seu atual entendimento em relação à validade da lei da anistia.

Para isso, porém, seria indispensável a interpretação da convenção e seria importante, também, que se verificasse antes se é possível harmonizar uma outra interpretação da Constituição com os direitos humanos internacionais e com a jurisprudência da Corte IDH.

44 Ver: Caso Velásquez Rodríguez, Corte IDH 1988, (ser. C), Nº 4, para. 175 (29 de Julho de 1988). Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre et al. V. Peru), 2001, Corte IDH, (ser. C), Nº 75, (14 de Março de 2001); "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" (2006), "la Masacre de la Cantuta vs. Peru" (2006) e "la Masacre de la Rochela vs. Colômbia" (2007),

45 Em 16 de março de 2011, a OAB interpôs embargos de declaração com efeito modificativo solicitando a reforma do acórdão. A jurisprudência do STF admite Embargos com efeito modificativos do acórdão anterior. Cfr. Embargos de declaração em recurso extraordinário. Possibilidade de atribuição de efeitos modificativos ao recurso. Situação fática a recomendar a pronta resolução do litígio". STF EMB. DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 631.102 PARÁ, Relator Min. Joaquim Barbosa, relator para o acórdão Min. Dias Toffoli, DJe 02/05/2012. A Procuradoria Geral da República manifestou-se pela inadmissibilidade dos Embargos, que ainda não foram julgados pelo STF.

Caso o faça, poderia sustentar, p. ex., sua decisão no fato de o sequestro ser um crime permanente no direito brasileiro, conforme já reconhecido pelo próprio STF na operação Condor, na necessidade de responsabilizar crimes contra a humanidade, na invalidez (e inconstitucionalidade) da lei de anistia.

Caso não o faça, poderia afirmar que a sua interpretação é mais favorável aos direitos e liberdades fundamentais (recorrendo, então, ao princípio da irretroatividade e da legalidade da lei penal, da segurança jurídica, da anterioridade, do *ne bis in idem etc.*) do que a da Corte IDH. Nessa situação, contudo, a Corte, ao condenar o Brasil, poderá ter praticado um ato *ultra vires* ao ultrapassar os limites interpretativos da Convenção.

Não é comum que as Supremas Cortes digam que um Tribunal ou órgão estrangeiro praticaram um ato *que extrapola de sua competência*. Ainda assim, é importante que a convenção – e os tratados internacionais enquanto direito vigente nacional com *status* supralegal – sejam interpretados e que seja esclarecido pelo STF qual o papel da jurisprudência da Corte IDH no sistema jurídico brasileiro e qual concepção de direitos fundamentais prevalece no Brasil.

Afinal, uma Suprema Corte ativista em matéria de direitos fundamentais, que recentemente estabeleceu a fidelidade partidária,⁴⁶ a possibilidade de se realizar pesquisas com células tronco,⁴⁷ o reconhecimento da união homossexual como entidade familiar,⁴⁸ o aborto do feto anencefálico, as ações afirmativas, dentre outros temas, deve esclarecer qual a relação entre esses mesmos direitos fundamentais e os direitos humanos internacionais e justificar a razão pela qual sua interpretação é a mais adequada,⁴⁹ já que, de todo modo, em última análise, para o direito vigente nacional, os direitos fundamentais são, em certa medida, aquilo que for interpretado pelo STF.⁵⁰

46 **ADI 3.999** e **ADI 4.086**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 12-11-2008, Plenário, *DJE* de 17-4-2009.)

47 **ADI 3.510**, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 29-5-2008, Plenário, *DJE* de 28-5-2010

48 **RE 477.554-AgR**, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, *DJE* de 26-8-2011. **No mesmo sentido: ADI 4.277** e **ADPF 132**, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 5-5-2011, Plenário, *DJE* de 14-10-2011

49 Uma teoria adequada dos direitos fundamentais precisa reconhecer o caráter deontológico dos princípios para que se possa fazer uma reconstrução racional, coerente e adequada do direito vigente para estabelecer a melhor decisão para cada caso e “encontrar entre as normas aplicáveis *prima facie* aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Volume I, p. 322-323

50 Neste diapasão, ALEXY afirma que: “Lo que hoy son los derechos fundamentales es definido, principalmente, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. La ciencia de los derechos fundamentales - no obstante la controversia de la fuerza de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal - se ha convertido, en una apreciable medida, en una ciencia de la jurisprudencia constitucional.” ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 23

O CONFLITO ENTRE DIREITO NACIONAL E INTERNACIONAL: A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS VS. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ENEAS ROMERO DE VASCONCELOS

George-August Universität Göttingen

Promotor de Justiça (Ministério Público-CE)

Resumo: O presente artigo trata do conflito de jurisdição entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Araguaia) e o Supremo Tribunal Federal (ADPF 153) sobre a aplicação da lei de anistia. Depois de analisar o status das normas de direitos humanos internacionais no direito brasileiro, o artigo procura verificar se há vinculatividade ou, pelo menos, obrigatoriedade, de ter-se em consideração as decisões da Corte IDH pelo STF. Defende-se, no final, a obrigatoriedade de interpretar a convenção e ter em consideração a jurisprudência da Corte IDH e a aplicação do princípio (1) da harmonização dos direitos humanos internacionais com os direitos fundamentais nacionais e (2) do princípio da interpretação conforme os direitos humanos que prevejam a norma mais protetora dos direitos e liberdades para a solução do caso no direito brasileiro, tendo em vista a ponderação entre os direitos da vítima e dos acusados.

Palavras Chave: Direitos Humanos e Fundamentais – Constituição – Direito Internacional – Corte Interamericana – STF – Conflito de Jurisdição – Princípios

Abstract: This article addresses the problem of jurisdiction conflict between Inter-American Court of Human Rights (Case Araguaia) and the Brazilian Supreme Court (ADPF 153) in regard to the application of the Brazilian amnesty law. After analyzing the status of international human rights treaties under Brazilian Constitution, it analyzes if the decision of the Inter-American Tribunals are binding on the national tribunals or must be taken in consideration by the Brazilian case Law. Then it is advocated that the convention is binding on Brazilian law (although not with Constitutional status) and the international decision must be taken in consideration. In order to solve the conflict we propose the application of two principles: (1) principle of friendly interpretation of international human rights law and (2) the interpretation of human rights according to the most protective right or freedom can give the adequate tools to solve the conflict upon Brazilian law by the Supreme Court. At the end the problem will come out to a balancing between the rights of the victims and the rights of the accused.

Key words: Human and Fundamental Rights – Constitution – International Law – Inter-American Court – STF – Jurisdiction Conflict – Principles



COMÍCIO PRÓ-DIRETAS NA PRAÇA DA SÉ, SÃO PAULO/SP, 25 DE JANEIRO DE 1984.

CRÉDITO: ROLANDO DE FREITAS/AE



A LEGALIDADE E A PROIBIÇÃO DE RETROATIVIDADE DAS LEIS NO DIREITO PENAL E NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL E O TRATAMENTO DOS CRIMES ESTATAIS PRATICADOS DURANTE O REGIME MILITAR NO BRASIL

Antonio Martins

Goethe-Universität-Frankfurt am Main

I. INTRODUÇÃO

O princípio da legalidade penal está associado à proteção de garantias fundamentais decorrente de um processo histórico de humanização e racionalização da atividade estatal. A prática sistemática de ilícitos contra os mais básicos direitos humanos durante o período de governo militar no Brasil mostra a fragilidade daquela evolução histórica. Valer-se do princípio da legalidade para obstar a responsabilização por crimes estatais parece conter uma contradição insolúvel: o Estado de direito abdica de sua obrigação de coibir violações aos direitos humanos em nome dos mesmos direitos humanos. Ao mesmo tempo, uma lei oriunda do período ditatorial, compreendida como um pacto político necessariamente desigual, segue produzindo efeitos no ordenamento brasileiro.

Essa constelação traz à tona, naturalmente, o problema da impunidade dos atos praticados em regimes ditatoriais na América Latina.¹ Essa forma de “impunidade” deve ser compreendida no sentido estrito de não punição de violações aos direitos humanos² e se refere aqui, exclusivamente, ao problema da criminalidade estatal. Ou seja: ela só interessa na medida em que, em tese, funciona de entrave para a consolidação de um Estado de direito democrático. É preciso distingui-la do discurso populista sobre a criminalização, de um lado, que passa por cima da falência do sistema prisional como forma de solução de conflitos, ou da demanda pela responsabilização penal por crimes praticados por particulares no âmbito de funções públicas durante a vigência de um Estado democrático – nomeadamente, delitos de corrupção. A indignação ou preocupação com a ausência de resposta penal a graves violações de direitos humanos praticadas ao tempo do governo militar no Brasil se localiza no campo daquilo que se denomina justiça de transição³ e que deve comportar processos coletivos de decisão acerca da forma de se lidar – política e juridicamente – com o próprio passado institucional.

É preciso insistir, portanto, que se trata aqui exclusivamente da problemática da criminalidade estatal.⁴ Um juízo político sobre os atos de particulares ou organizações não estatais de resistência à ditadura militar foge inteiramente ao âmbito de discussão aqui proposto. Tais atos só têm interesse, neste contexto, por exclusão: para delimitar a extensão das conclusões sobre o significado jurídico da lei de anistia (Lei 6.683/79).

A pretendida relativização da criminalidade estatal em vista dos movimentos de resistência constitui uma politização falaciosa do debate: ela pretende neutralizar a gravidade da criminalidade estatal e justificar, por extensão, violações graves aos direitos humanos, praticadas sob as

1 Sobre o problema da impunidade, cf. AMBOS, Kai. *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, Freiburg im Breisgau, Ed. iuscrim, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1997; BURT, Jo-Marie. “Challenging Impunity in Domestic Courts: Human Rights prosecutions in Latin America”, in: REÁTEGUI, Félix (org.). *Transitional Justice. Handbook for Latin America*, Brasília, Brazilian Amnesty Commission, Ministry of Justice; New York, International Center for Transitional Justice, 2011, pp. Sobre o tratamento do tema e a correspondente revisão das chamadas “leis de impunidade” na Argentina, no Chile e no Peru, cf. PIOVESAN, Flávia. “Direito internacional de direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro”, in: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura*, São Paulo, Boitempo, 2010, pp. 91 ss., 99. Sobre o papel das leis de anistia na garantia da impunidade na América Latina, cf. CANTON, Santiago. “Amnesty Laws”, in: REÁTEGUI, Félix (org.). *Transitional Justice. Handbook for Latin America* (cit.), pp. 245 ff.; BASTOS, Lúcia Elena Arantes Ferreira. “As leis de anistia face ao direito internacional e à justiça transicional”, in: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Schimada. *Memória e Verdade. A justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*, Belo Horizonte, Fórum, 2009, pp. 169 ss. Vale ressaltar que no Preâmbulo do Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, refere-se expressamente como escopo do Estatuto “pôr fim à impunidade” dos autores dos crimes ali elencados.

2 Para a diferenciação cf. AMBOS, Kai. *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, p. 16.

3 Sobre o conceito de justiça de transição, cf. MEZAROBBA, Glenda. “O que é justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro”, in: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Schimada. *Memória e Verdade. A justiça de transição no Estado Democrático brasileiro* (cit.), pp. 37 ss.; para a análise histórica dos contextos de justiça de transição, cf. TEITEL, Ruti. “Transitional Justice Genealogy”, in: REÁTEGUI, Félix (org.). *Transitional Justice. Handbook for Latin America* (cit.), pp. 125 ss.

4 Sobre o conceito de criminalidade estatal, caracterizado pela aparência de legitimidade e pela utilização de um aparelho de forças contra o indivíduo indefeso, cf. NAUCKE, Wolfgang. *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1996, pp. 19 ss. Crítica ao conceito em SWENSSON JUNIOR, Lauro., *Anistia penal. Problemas de validade da lei de anistia brasileira*, Curitiba: Juruá, 2009, pp. 65 ss. É importante chamar a atenção, no entanto, para o fato de que a expressão criminalidade estatal pretende atribuir a determinados crimes uma específica materialidade, que, pelas circunstâncias de tirania de seu cometimento, diferencia-os dos crimes comuns. Ademais, a distinção entre Estado e sociedade é a base da teoria moderna do direito natural, a fundamentar o direito e as transformações políticas da modernidade. Cf., por todos, HABERMAS, Jürgen. “Naturrecht und Revolution”, in: Idem. *Theorie und Praxis*, 4. ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978, pp. 89 ss., 101.

O quadro de forças em que o princípio da legalidade se insere é político e se identifica com a delimitação das margens do direito penal como tal. Estamos no campo da política do direito. O que pretendo defender aqui é que o princípio da legalidade só pode ser compreendido, em sua substância, como um princípio político de proteção individual num Estado de direito; por conseguinte, o problema da retroatividade penal é sempre resolvido também em termos jurídico-políticos, e não meramente técnicos.

– malgrado as profundas diferenças entre um Estado socialista e um Estado liberal que se definiam, inclusive, pela oposição que faziam um ao outro, e por isso criticável e criticado⁵ – não é nem mesmo tratado individualizadamente como um *topos* relevante na discussão brasileira. E nem poderia ser: porque o Código Penal brasileiro, abstraindo de alterações pontuais, sobreviveu à mudança estrutural do Estado brasileiro; aliás, a Parte Geral, de 1984, foi promulgada ainda ao tempo da ditadura militar. Mas a parte especial, de 1940, e portanto cria de outro Estado autoritário, sobreviveu ao retorno democrático e à viravolta ditatorial de 1964, chegando, com algumas alterações de percurso, até aos nossos dias.

ordens ou com a conivência de um aparelho institucionalizado de poder. É realmente lamentável que essa estratégia argumentativa seja utilizada no âmbito de um Estado democrático que pretende superar seu passado autoritário.⁵

De evidente interesse para nós é a comparação com o caso alemão, que inflou as discussões internas sobre a possibilidade de punição dos ilícitos praticados na República Democrática Alemã (DDR), em especial no caso dos atiradores do muro de Berlim. São casos distintos, mas a ideia de transição de um Estado que promove e acoberta crimes praticados no âmbito de sua estrutura de poder para um Estado de feição liberal, que pune tais crimes para afirmar sua condição de Estado de direito, é a mesma em sua estrutura.

É interessante constatar, porém, que o argumento da “continuidade do injusto”, que veio à tona no caso da punição dos ilícitos da DDR na Alemanha reunificada

5 Sobre o absurdo da equiparação entre crimes de Estado e atos em reação a um governo autoritário, enfaticamente, SAFATLE, Vladimir. “Do uso da violência contra o estado ilegal”, in: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). **O que resta da ditadura** (cit.), p. 243.

6 A respeito, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. “Dogmatische Sackgassen bei der Strafverfolgung der vom SED-Regime zu verantwortenden Untaten”, in: SAMSON, Erich *et alii* (orgs.). **Festschrift für Gerald Grünwald**, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 657 ss.

O caso brasileiro é paradigmático para compreender a tensão dialética entre autoritarismo, violência histórica e institucional, de um lado, e garantias liberais, de outro, na formação de qualquer direito penal. Mesmo a ideia de uma *constitucionalização* do direito penal, derivada da fortificação da efetividade normativa da Constituição de 1988 e do espraiamento de suas normas até a interpretação penal, é relativamente tardia. Do ponto de vista interno do direito, foram poucas, ainda que notáveis, as transformações na dogmática e na interpretação penal; parte delas, inclusive, se não podem ser ignoradas, devem-se mais a controvérsias teóricas (dogmática causalista *versus* dogmática finalista *versus* dogmática funcionalista, para falar no estilo das simplificações em voga) do que a preocupações democráticas.

Pode-se argumentar que o contexto hermenêutico é outro e, estando os intérpretes condicionados por um novo pano de fundo institucional, as mudanças na visão do direito penal não se deixariam perceber em termos de discussão científica, mas apenas na *práxis* cotidiana dos tribunais e na compreensão dos cidadãos. Mas a condescendência com práticas institucionais de violência ilegítima, a perduração da tortura sistemática realizada pela polícia e por instituições penitenciárias como forma normal de proceder – das quais nem mesmo a reprodução jornalística e cinematográfica parece produzir escândalo ou repulsa –, a eficácia de discursos autoritários de arrefecimento penal e as demandas populistas de criminalização de viés fascista não deixam espaço para ilusões. O caráter autoritário imprime, ainda, uma marca notória na *práxis* do sistema penal brasileiro e na discussão pública a seu respeito.⁷

A isso se acresce a circunstância de que, na decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a ADPF nº 153 relativizou-se – perigosamente – a ruptura formal da nova ordem constitucional, ao passo que se considerou que a lei da anistia está “integrada” à nova ordem por força da “norma-origem”.⁸ Uma interpretação que – sendo desnecessária para a validação da lei de anistia – tem repercussões sérias de natureza jurídico-política. Não apenas a força dos fatos, mas a própria decisão do Supremo Tribunal Federal parecem levar à ideia de continuidade constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.⁹ O que impede definitivamente a afirmação da nova ordem como ordem democrática e como Estado de direito.

A ideia de um tratamento meramente dogmático da questão do princípio da legalidade, por isso, não apenas empobreceria a discussão em seu caráter científico, mas a limitaria em sua profundidade e extensão. O quadro de forças em que o princípio da legalidade se insere é político

7 Este o principal argumento na defesa da revisão da anistia brasileira em PIOVESAN, Flávia. “Direito internacional de direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro” (cit.), pp. 106 ss.

8 Cf. a respeito SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri. Anistia. “A política além da justiça e da verdade” in: **ACERVO** (2011), v. 24, n. 1, pp. 79 ss., 85.

9 Criticamente idem, *ibidem*.

e se identifica com a delimitação das margens do direito penal como tal.¹⁰ Estamos no campo da política do direito. O que pretendo defender aqui é que o princípio da legalidade só pode ser compreendido, em sua substância, como um princípio político de proteção individual num Estado de direito; por conseguinte, o problema da retroatividade penal é sempre resolvido também em termos jurídico-políticos, e não meramente técnicos.¹¹

A dogmática penal, cumprindo sua função de redução de complexidade, só trata a legalidade e a proibição de retroatividade da lei penal por um viés exclusivamente técnico a partir (e em razão) do momento em que se consolidam as bases de um Estado de direito. Isso impede, com vantagens, a rediscussão de seus limites extremos para o tratamento de casos concretos.

E solidifica, assim, seus alicerces como garantia individual, gerando a impressão de que os contornos políticos do princípio estariam já predeterminados por discursos da esfera política ou pertenceriam, no melhor dos casos, a uma espécie de meta-dogmática jurídica. Isto se aplica, com efeito, ao direito penal comum. O caso da utilização do direito penal como procedimento de justiça de transição altera este quadro. As particularidades do caso brasileiro o tornam ainda mais delicado.

Eu me deterei, primeiramente, sobre os contornos do princípio da legalidade no âmbito do direito interno e sua relativização no âmbito do direito internacional (II). Em seguida, tentarei demonstrar quais são os problemas que a proibição de retroatividade penal gera, ou pode gerar, no contexto da punição dos crimes praticados durante a ditadura militar (III). Num terceiro momento, detem-me na compatibilização entre o fundamento democrático do princípio da legalidade e a utilização do direito penal comum como instrumento de justiça de transição (IV); por fim, reconstituirei, ao modo de teses, os pontos centrais da argumentação (V).

10 Cf., por exemplo, FRAGOSO, Heleno C. *Lições de Direito Penal*, 9. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 93; GUZMÁN DALBORA, José Luis. "El principio de legalidade penal en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos"; in: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (org.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Bogotá, Temis, 2011, pp. 171 ss., 174.

11 Isto não se opõe à afirmação de ARNOLD, Jörg. "Die 'Bewältigung' der DDR-Vergangenheit vor den Schranken des rechtsstaatlichen Strafrechts"; in: Idem (org.). *Strafrechtliche Auseinandersetzung mit Systemvergangenheit am Beispiel der DDR*, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 100 ss., 103, de que o princípio da legalidade consiste numa proteção do indivíduo contra a política, o que significa, tão-somente, que o princípio da legalidade protege o indivíduo contra câmbios arbitrários da política interna de um Estado. Que essa proteção se estabelece não por determinação de uma regra suprapositiva, mas como resultado de um processo histórico de construção política e, enfim, de uma decisão democrática, é o que sustento aqui. Cf. a este respeito BATISTA, Nilo. "Nota introdutória"; in: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro (orgs.). *Justiça de transição no Brasil. Direito, responsabilização e verdade*, São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 7 ss., 14.

II – O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL E NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL: UM ESBOÇO

A) SENTIDO E FUNDAMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade se insere num contexto político de delimitação do espaço de ação do indivíduo perante o Estado – e deste perante aquele. Tem por pano de fundo o pensamento do Iluminismo europeu e se positivou na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, na Constituição dos Estados Unidos, em 1788, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e, em sede especificamente penal, na chamada *Josephina*, codificação austríaca de Joseph II., de 1787.¹²

Maior interesse para nós adquire o princípio com a formulação de Feuerbach, que lhe conferiu, inclusive, a denominação latina pela qual é hoje conhecido.¹³ Feuerbach vinculou, como se sabe, a legalidade à sua teoria da coação psicológica da pena: para poder ameaçar o autor e convencê-lo a não praticar o delito, a lei deve ser anterior ao fato.¹⁴ Como bem salientou Naucke, reside nessa definição da legalidade a tensão entre uma garantia liberal, que pretende impor fronteiras impermeáveis ao Estado punitivo, e um mandamento de política criminal, que se baseia na ameaça e na coação dos indivíduos.¹⁵

De um lado, o interesse do indivíduo contra o Estado e um direito penal orientado pela razão e a humanidade; de outro, o interesse do Estado contra o indivíduo e um direito penal orientado pela eficácia política.¹⁶ Essa tensão é própria, inclusive, do desenvolvimento do pensamento

12 Para um amplo esboço histórico, cf. DANNECKER, Gerhard. **Das intertemporale Strafrecht**, Tübingen, Mohr, 1993, pp. 27 ss. (a partir da influência do Iluminismo: pp. 63 ss.); sucintamente, KÖHLER, Michael. **Strafrecht. Allgemeiner Teil**, Berlim et alii, Springer, 1997, pp. 77 s.; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil**, 5. ed., Berlim, Duncker & Humblot, 1996, pp. 131 ss.; na doutrina brasileira, com detalhes HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno C. **Comentários ao Código Penal**, vol. 1, t. 1., 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, Art. 1º, pp. 35 ss.; mais resumidamente, BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral**, t. 1, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1967, pp. 206 ss.

13 FEUERBACH, P. J. Anselm von. **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts**, 14. ed., Gießen, 1847 (reimpresão: Aalen, Scientia-Verlag, 1986), § 20.

14 Idem, esp. § 16; cf. a respeito, NAUCKE, Wolfgang. “Paul Johann Anselm von Feuerbach. Zur 200. Wiederkehr seines Geburtstags am 14. November 1775”, in: idem. **Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts**, Baden-Baden, Nomos, 2000, pp. 159 ss., 177 ss.; ROXIN, Claus. **Strafrecht. Allgemeiner Teil**, 4. ed., Munique, Beck, 2006, pp. 147 s. (número de margem 22 ss.).

15 NAUCKE, Wolfgang. “Paul Johann Anselm von Feuerbach” (cit.), p. 178.

16 Idem, p. 181; NAUCKE, Wolfgang. “Feuerbach – ein liberaler Strafrechtler?”, in: Idem. **Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts** (cit.), pp. 177 ss., 188.

do próprio Feuerbach; e dela resulta que o princípio da legalidade só apresenta, dependendo do clima político ao qual o último Feuerbach emprestava tanta importância,¹⁷ uma soçobrada garantia individual: a barreira do princípio da legalidade afeta apenas a forma, não o conteúdo da lei penal – e é assim que uma política criminal autoritária também pode estabelecer-se, ao menos em grande parte, sem infringi-lo.¹⁸

É natural, ao abandonar a teoria da coação psicológica, que se pretenda buscar outro fundamento para a exigência de legalidade no direito penal. Uma teoria de prevenção especial não depende da prévia cominação legal da pena.

Natural, portanto, que von Liszt encontrasse na segurança jurídica o sentido fundamental do princípio da legalidade.¹⁹ Com isso, a autonomia, pretensamente, ganha em relação aos fins da pena se compensada pela submissão aos interesses de política criminal. No desenrolar histórico desse processo, em que substancializam-se, continuamente, as decisões legislativas, o princípio democrático é cada vez mais identificado com sua canhestra expressão temporária em políticas de oportunidade – e não com as regras procedimentais que deveriam orientar a *práxis* política.

De modo que o princípio da legalidade serve como princípio de legitimação de uma política expansionista do direito penal que, em seu nome, não poderá ser contestada.²⁰ Por fim, o recurso a uma indeterminada política criminal como critério maior de interpretação das leis penais termina por selar definitivamente a relativização da ideia de legalidade.²¹ Aquela tensão política entre garantia individual e interesse estatal na eficácia preventiva se mantém – e tende para o lado do mais forte.

Como, aliás, toda instituição penal de garantia, ao seu aspecto negativo, de restrição do poder estatal, acresce-se um aspecto positivo, de afirmação e legitimação das intervenções do Estado. Por isso, a derivação do princípio da legalidade do princípio de culpabilidade²² não transforma essencialmente o quadro até aqui desenhado.

17 Cf. NAUCKE, Wolfgang. "Paul Johann Anselm von Feuerbach" (cit.), pp. 174, 181 s.

18 NAUCKE, Wolfgang. "Feuerbach – ein liberaler Strafrechtler?" (cit.), p. 189.

19 Cf. a respeito GRÜNWARD, Gerald. "Bedeutung und Begründung des Satzes 'nulla poena sine lege'", in: **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, n. LXXVI (1964), pp. 1 ss., 11ss.

20 NAUCKE, Wolfgang. "Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik", in: Idem. **Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik**, Frankfurt am Main, Klostermann, 1999, pp. 225 ss.; semelhante no diagnóstico, TAVARES, Juarez. "Os objetos simbólicos da proibição", in: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Direito e Psicanálise. Interseções a partir de "O Processo" de Kafka.**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, pp. 43 ss.; sobre essa problemática também STACHELIN, Gregor. **Strafgesetzbuch im Verfassungsstaat**, Berlim, Duncker & Humblot, 1998, pp. 209 s.

21 Crítica em MARTINS, Antonio. **Versuch über die Vorsatzzurechnung am Beispiel der aberratio ictus**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2008, pp. 84 ss.

22 Cf. ROXIN, Claus. **Strafrecht. Allgemeiner Teil** (cit.), p. 148 (); contra GRÜNWARD, Gerald. "Bedeutung und Begründung des Grundsatzes 'nulla poena sine lege'" (cit.), pp. 11 s.; crítico também, assim como a outros reducionismos, KÖHLER, Michael. **Strafrecht. Allgemeiner Teil** (cit.), p. 76 s.

Evidentemente, legalidade e culpabilidade estão intimamente associadas: o discurso jurídico se constitui *também* do conteúdo normativo de decisões democráticas, e a culpabilidade penal, se depende da interseção com outros discursos sociais para a definição de seus contornos, só se determina em seu sentido jurídico pelas circunstâncias próprias deste discurso. O raciocínio vale, também, no sentido inverso: quanto menos legítimas as normas penais produzidas por força da debilidade das instituições políticas frente a um modelo normativo de democracia, menos legítimo será o juízo de culpabilidade.

Essa íntima relação não leva à identidade dos princípios nem a uma relação de derivação: num Estado democrático de direito, ambos derivam de um princípio democrático de forte carga normativa, que se origina, como o sistema de direitos, do entrecruzamento do princípio do discurso e da forma jurídica.²³ Com a bipartição assimétrica dos papéis de legislador e destinatário das normas jurídicas, o cidadão, como pessoa deliberativa, tem assegurado nos dois polos da atividade legislativa o pano de fundo democrático do Estado de direito.²⁴ Trata-se, naturalmente, de uma relação instável.²⁵ Mas o princípio democrático fundamenta o princípio da legalidade em todas as suas dimensões.

Grünwald argumenta, por exemplo, que a proibição de retroatividade (assim como a analogia em favor do réu) se justifica não pelo princípio democrático, senão que reduziria o poder de decisão do legislador; ao contrário, ela só se justificaria pelo princípio de divisão de poderes.²⁶ No entanto, se consideramos a estrutura bipartida da pessoa deliberativa em seus papéis de legislador e destinatário das normas, parece razoável afirmar que também a proibição de retroatividade se justifica pela estrutura democrática do processo legislativo: ao menos no caso extremo do direito penal, espera-se que as normas valham apenas a partir do momento – e somente para aqueles – que as produziram.

Somente assim, elas podem servir de orientação de condutas na esfera social – independentemente da teoria da pena que se pretenda sustentar. E a exigência de demarcação do espaço de liberdade

23 HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, pp. 109 ss., 349 ss.; Idem. “Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie”, in: Idem. **Die Einbeziehung des Anderen**, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999, pp. 293 ss.

24 Cf. GÜNTHER, Klaus. “Diskurstheorie des Rechts oder liberales Naturrecht in diskurstheoretischem Gewande?”, in: **Kritische Justiz**, n. 27 (1994), pp. 470 ss.; idem, “Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts?”, in: BRUNKHORST, Hauke; NIESEN, Peter. **Das Recht der Republik**, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999, pp. 83 ss.

25 Prova de que a legalidade se insere num sistema político de forças onde a eficácia do poder estatal goza de certa prevalência é que a relação entre legalidade e culpabilidade é afastada no momento crucial de sua união: nomeadamente, no tratamento do erro de proibição e da consciência da ilicitude penal, para cuja aferição basta um potencial conhecimento da lei penal. Sobre a problemática da consciência da ilicitude, por todos, ROXIN, Claus. **Strafrecht. Allgemeiner Teil** (cit.), pp. 927 ss.; para a fórmula em regra reconhecida de que a culpabilidade se refere à proibição da conduta, e não à lei penal, cf. GRÜNWARD, Gerald. “Bedeutung und Begründung des Grundsatzes ‘nulla poena sine lege’” (cit.), p. 11. Se é evidente que a reaproximação entre legalidade e culpabilidade também neste âmbito parece constituir uma exigência fundamental de uma compreensão democrática de ambos os princípios, outro é o problema da necessidade, dentro de certos limites, de alguma normatização para determinar-se o juízo sobre a consciência da ilicitude.

26 GRÜNWARD, Gerald. “Bedeutung und Begründung des Satzes ‘nulla poena sine lege’” (cit.), pp. 16 s.





dos cidadãos, como a garantia da confiança no respeito a tal demarcação,²⁷ configura-se, tal e qual, no mesmo processo democrático de decisão em que esses espaços são estipulados.

A restrição imposta ao legislador democrático decorre, portanto, da estrutura mesma do princípio democrático. Ademais, a própria divisão de poderes, cujo sentido original está na proteção da soberania popular como poder de maior prestígio na ordem hierárquica, está interligada à efetivação da democracia.²⁸

Por fim, a ideia de justiça material constitui a legalidade, na medida em que seu conteúdo se origina de um discurso democrático.²⁹ Justiça precisa ser compreendida, assim, como solidificação de *standards* sociais produzidos como resultados de discursos morais em seu entrecruzamento com o discurso jurídico. Como a democracia significa a maneira correta de procedimentalizar a livre participação discursiva com o fim de gerar instituições aptas a fomentar novas discussões, um conceito normativo de democracia implica, igualmente, a ideia de justiça material – e assim, de legalidade democrática.

B) AS MANIFESTAÇÕES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

É do aspecto negativo, de limitação do poder estatal, que decorre a operatividade de garantia do princípio da legalidade. Suas distintas formas de manifestação já se enunciaram no item anterior. Em resumo, o princípio da legalidade atua nos seguintes campos fundamentais: ele formaliza a imposição de pena a determinadas condutas (função constitutiva), que só poderão ser determinadas por lei; impede a punição por condutas não expressamente previstas em lei anterior ao fato, excluindo, portanto, a retroatividade da lei penal; proíbe a analogia em prejuízo do réu; e exige a determinação e taxatividade de toda lei penal (exigência de determinação).³⁰

27 Cf. HASSEMER, Winfried. **Einführung in die Grundlagen des Strafrechts**, 2. ed., Munique, Beck, 1990, p. 259. Hassemer argumenta, na análise do caso dos atiradores do muro de Berlim, que a proibição de retroatividade não pode fundamentar a proteção da confiança no espaço de liberdade para infrações desproporcionais ao direito. Cf. HASSEMER, Winfried. "Staatsverstärkte Kriminalität als Gegenstand der Rechtssprechung. Grundlagen der "Mauerschützen"-Entscheidungen des Bundesgerichtshofes und des Bundesverfassungsgerichts", in: GEIß, Karlmann *et alii* (orgs.). **Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshofs, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof**, Colônia, Heymann, 2000, pp. 439 ss., 463.

28 Cf. MAUS, Ingeborg. **Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie**, Berlim, Suhrkamp, 2011, p. 111.

29 Neste sentido, também, GRÜNWARD, Gerald. "Bedeutung und Begründung des Satzes 'nulla poena sine lege'" (cit.), 18.

30 Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, vol. 1, Rio de Janeiro, Revan 2003, pp. 201 ss., especialmente sobre a proibição de retroatividade, pp. 212 ss.; ROXIN, Claus. **Strafrecht. Allgemeiner Teil** (cit.), pp. 141 ss.; GROPP, Walter. **Strafrecht. Allgemeiner Teil**, 2. ed., Berlim *et alii*, Springer, 2001, pp. 47 ss.

Com a força constitutiva do princípio de legalidade e seu mandamento de formalização, se enuncia um dos traços fundamentais do direito penal: seu caráter fragmentário.³¹

Em nosso caso, interessam, sobretudo, a primeira e a segunda manifestação do princípio, ou seja: se a exigência de previsão anterior aos fatos e a proibição de retroatividade da lei penal mais gravosa se compatibilizam com a pretendida punição por crimes de Estado. Com isso, ainda não está respondida a pergunta acerca da possibilidade de essa punição ter, obrigatoriamente, de compatibilizar-se com aquelas exigências. Antes de analisar as peculiaridades decorrentes do quadro legislativo brasileiro e de sua interpretação pelo STF, é recomendável lançar os olhos sobre a força normativa do princípio no direito interno e no direito internacional.

C) O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O princípio da legalidade foi expressamente reconhecido em todas as Constituições e em todos os códigos penais brasileiros.³² Daí, não se poderia deduzir, naturalmente, a sua efetividade: regimes autoritários - e, estes, lamentavelmente, não faltaram na história política brasileira -, primam não apenas pela indeterminação das leis penais,³³ como se utilizam, velada³⁴ ou declaradamente, da analogia para estender a punibilidade.³⁵ Trata-se de artifícios políticos para coibir a efetividade de um princípio jurídico-político de natureza liberal.

No atual texto constitucional, ele se encontra positivado no art. 5º, inc. XXXIX e XL da Constituição Federal, sem que exceções de qualquer espécie se encontrem previstas no texto constitucional. Na parte geral do Código Penal de 1984, encontrou guarida, já nos arts. 1º e 2º. Uma condenação

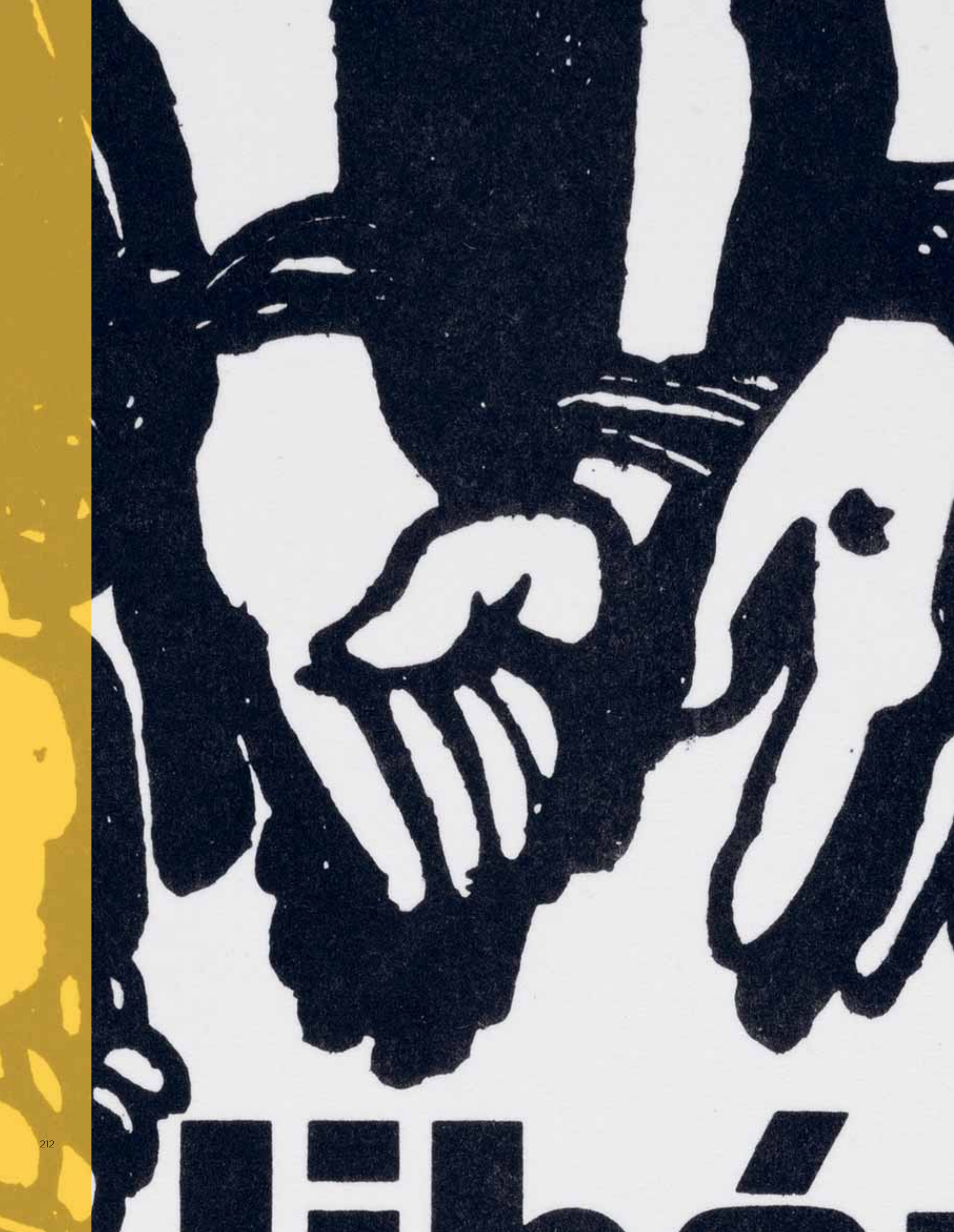
31 Cf. FREUND, Georg. **Strafrecht. Allgemeiner Teil**, Berlim *et alii*: Springer, 2009 p. 12. Sobre a fragmentariedade do direito penal no contexto também material do princípio da legalidade (é preciso saber quais os fragmentos que devem ser criminalizados), cf. NAUCKE, Wolfgang. **Strafrecht. Eine Einführung**, 10. ed., Kriftel, Luchterhand, 2002, pp. 64 s. Cf. também KÜHL, Kristian. "Das Profil des Strafrechts"; in: HASSEMER, Winfried *et alii* (org.). **In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag**, Munique, Beck, 2009, pp. 275 ss, 283 s.; STÄCHELIN, Gregor. **Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat** (cit.), p. 215.

32 Cf. MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis**, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1946, pp. 290 ss.; FRAGOSO, Heleno C., **Lições de direito penal** (cit.), pp. 91 ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro** (cit.), p. 202; HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno C. **Comentários ao Código Penal**, vol. 1, t. 1 (cit.), pp. 147 s.

33 Cf. GUZMÁN DALBORA, José Luis. "El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos" (cit.), p. 179.

34 Com apelo à justiça, a ideais de liberdade, a um suposto método objetivo de interpretação ou mesmo a princípios jurídicos inteiramente pervertidos pela situação social. Clássico sobre a extensão ilimitada da interpretação jurídica sob o nacional-socialismo a partir de artifícios teóricos, cf. RÜTHERS, Bernd. **Die unbegrenzte Auslegung**, 6. ed., Tübingen, Mohr, 2005. Do acerto e da riqueza de sua análise eu não retiraria, porém, as conclusões afirmativas de Rüthers sobre a interpretação dita subjetiva, nem sua condenação genérica de todo modelo dela distinto (cf. RÜTHERS, Bernd; FISCHER, Christian; BIRK, Axel, **Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre**, 6. ed., Munique 2011, pp. 465 ss., 471 ss.), o que me parece, ao fim e ao cabo, fruto de certa ingenuidade metodológica. Sua preocupação com uma *praxis* judicial atinente ao Estado de direito e ao respeito ao legislador democrático são louváveis, independentemente disso, e precisam ser levados a sério.

35 Sobre a utilização de normas indeterminadas durante o governo militar brasileiro e a doutrina de segurança nacional, c. FRAGOSO, Heleno C. **Lei de segurança nacional – uma experiência antidemocrática**, Porto Alegre, Fabris, 1980, passim; BATISTA, Nilo Batista. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, 4. ed., Rio de Janeiro, Revam, 1999, p. 78.





libérez

**tous les prisonniers
politiques**

DE L'INSTITUT PENAL PAULO SARAZATE

penal não pode, portanto, lançar mão de leis posteriores à ocorrência dos fatos; e nem poderá recorrer a expedientes teóricos para restringir a aplicabilidade do princípio no que se refere ao conteúdo de diplomas legislativos de natureza penal material. Isto se refere a leis produzidas no âmbito do processo legislativo democrático ordinário e àquelas recepcionadas pelo ordenamento constitucional de 1988.

D) O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Ainda que a doutrina dominante reconheça a tese de que também no direito penal internacional vigora o princípio da legalidade, há algumas peculiaridades a serem observadas.³⁶ Essas peculiaridades resultam, de um lado, da ausência de um Estado unitário, e assim de uma fonte unitária da lei internacional, do caráter contratual das obrigações contraídas pelos Estados e da especificidade dos crimes, que representam, em regra, graves violações aos direitos humanos. Além da discussão sobre a legitimidade de tribunais que se estabeleceram após o fato (Tribunal de Nuremberg) ou *ad hoc* (na antiga Iugoslávia ou em Ruanda), restaria indagar da legitimidade da individualização da responsabilidade criminal, o que foge ao âmbito de discussão deste trabalho.³⁷

O art. 7º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que positiva o princípio da legalidade, reconhece em seu inciso II uma exceção à proibição de retroatividade da lei penal.³⁸ A qual, aliás, foi rechaçada pela República Federal Alemã e não encontrou respaldo nem no Código Penal nem na Lei Fundamental alemã.³⁹ Uma das soluções aventadas para a compatibilização entre o direito penal internacional e a ordem constitucional alemã, e que serviria, igualmente, para o caso brasileiro, seria a constitucionalização da exceção prevista na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no sentido de se abrir uma exceção constitucional ao princípio da legalidade.⁴⁰

O Estatuto de Roma, de 1998, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, também consagrou o princípio da legalidade em seus artigos 22 a 24. Verifica-se a tendência, no entanto, de interpretarem-se os dispositivos, conforme orientação desde o julgamento dos crimes praticados

36 Cf. AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht*. Ein Studienbuch, 3. ed., Munique: Beck, 2011, pp. 6 s.; LUTHER, Horst. "Zum Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht", in: SCHULZ, Joachim *et alii* (orgs.). *Festschrift für Günter Bemann*, Baden-Baden: Nomos 1997, pp. 202 ss., 208 s., 220.

37 Acerca da tensão entre responsabilização individual e coletiva no direito penal, cf. GÜNTHER, Klaus; PRITTWITZ, Cornelius. "Individuelle und kollektive Verantwortung im Strafrecht", in: HERZOG, Felix *et alii* (orgs.). *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, Müller, 2010, pp. 331 ss.; sobre a evolução da responsabilização do Estado para a responsabilização individual cf. LUTHER, Horst Luther. "Zum Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht" (cit.), pp. 209 s.

38 Art. 7º II: "O presente artigo não invalidará a sentença ou a pena de uma pessoa culpada de uma ação ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas."

39 Por todos, LUTHER, Horst. "Zum Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht" (cit.), pp. 220 s.; EBERT, Udo. "Völkerstrafrecht und Gesetzlichkeitsprinzip", in: BRITZ, Guido *et alii* (orgs.). *Festschrift für Heinz Müller-Dietz*, Munique, Beck, 2001, pp. 171 ss., 182.

40 Com esta posição, por exemplo, EBERT, Udo. "Völkerstrafrecht und Gesetzlichkeitsprinzip" (cit.), pp.183 ss.

pelo regime nacional-socialista no Tribunal de Nuremberg, de modo a relativizar a proibição de retroatividade da lei penal e a exigência de determinação, com o argumento de todo plausível de que o autor de violações tão radicais aos direitos humanos não pode arguir o desconhecimento do caráter ilícito de sua conduta.⁴¹

Um raciocínio que também se aplicaria ao caso brasileiro, porquanto os tratados internacionais que definem e coíbem crimes de lesa-humanidade foram ratificados depois da promulgação da lei de anistia. A razão política para tanto é que, naturalmente, não se pode fazer depender a punição de regimes tiranos da sua predisposição em aderir a tratados internacionais de direitos humanos.⁴²

Esse aspecto se vincula a uma concepção universalista dos direitos humanos, que os aproxima de um núcleo duro de regras morais, resultante do encontro entre as esferas jurídica e moral, e distintas das especificidades de ordenamentos jurídicos ou de escolhas éticas.⁴³ É importante frisar, contudo, que da universalidade dos direitos humanos não precisa derivar a relativização genérica do princípio da legalidade.

Existe uma clara diferença entre afirmar, de um lado, que os direitos humanos resultam de um discurso moral específico, pautado pelo projeto de um núcleo absolutamente restrito de normas universais. E, de outro ângulo, a partir daí, deduzir-se que o conhecimento e a compreensão de determinadas normas universais são acessíveis a todos os indivíduos, independentemente das circunstâncias históricas e de suas condições materiais. Identificar ambos os aspectos significa negligenciar o sentido construtivo do discurso moral e sua natureza dinâmica, evolutiva.

Por fim, a tendência no que tange à controvérsia acerca da validade de leis de anistia é considerar que anistias genéricas, as quais se prestam apenas a garantir a impunidade de autores de graves

41 AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht* (cit.), pp. 6 s.; Idem. “Os princípios gerais de direito penal no Estatuto de Roma”; in: CHOUKR, Fauzi H.; AMBOS, Kai (orgs.). *Tribunal Penal Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 25 ss., 28 ss.; SCHABAS, William A., “Princípios gerais de direito penal”; in: CHOUKR, Fauzi H.; AMBOS, Kai (orgs.). *Tribunal Penal Internacional* (cit.), pp. 149 ss., 158 s. (com críticas ao Estatuto de Roma: p. 162); VENTURA, Deisy. “A interpretação judicial da *Lei de Anistia* brasileira e o Direito Internacional”, in: <http://educarparaomundo.files.wordpress.com/2010/11/ventura-oxford-07-11-2010.pdf>, p. 21. Neste sentido, também, COMPARATO, Fábio K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 200, pp. 460 s., mas com a fundamentação problemática de que os atos criminosos em tela se transformariam “rapidamente em sua estrutura interna, por força da evolução tecnológica.” Ainda que assim seja – e me parece questionável se a evolução tecnológica é de fato um aspecto central da proteção penal internacional dos direitos humanos – não resta claro por que a mudança na “estrutura interna” da criminalidade deveria levar à restrição da garantia da legalidade.

42 Como afirma, sobre o caso brasileiro, VENTURA, Deisy. “A interpretação judicial da *Lei de Anistia* brasileira e o Direito Internacional” (cit.), pp. 17 s.: “(...) comento que me causa certa graça supor que o princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade estaria condicionado à assinatura, ratificação e incorporação de uma convenção internacional por uma junta militar, em pleno ano de 1968, a mesma que, no ano seguinte, o de 1969, como já mencionei, emendou arbitrariamente a Constituição para instituir as penas de morte, prisão perpétua, de banimento e confisco.” Este argumento é muito mais forte do que a pretendida interpretação de tratados anteriores a que o Brasil aderira, que não continham, no entanto, a tipificação de crimes de lesa-humanidade.

43 Eu me valho aqui da distinção entre moral e ética própria da teoria do discurso. Cf. HABERMAS, Jürgen. “Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft”; in: Idem. *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 100 ss.

violações aos direitos humanos, são contrárias às normas de direito internacional.⁴⁴ Isso se confirma na recente decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o caso Gomes Lund, que exige do Brasil apurar e responsabilizar criminalmente os atos praticados durante a repressão política da ditadura militar (item 9 dos Pontos Resolutivos; §§ 256 e 257 da sentença).

E) FÓRMULA DE RADBRUCH E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Através da chamada “fórmula de Radbruch”, pretendeu-se conciliar legalidade e punição em casos extremos de violação aos direitos humanos, ao propugnar, diante dos crimes nacional-socialistas, por uma diferenciação entre a possível injustiça de algumas leis, que não perdem, porém, sua validade jurídica, e um direito de tal modo injusto que perca já o seu caráter de direito.⁴⁵ Nesses casos, não se haveria de falar de irretroatividade da lei penal: a punição se basearia no direito supralegal – e não, ou não necessariamente, suprapositivo –⁴⁶ que proíbe, sempre, a prática de crimes contra a humanidade.

A argumentação tem algo de artificial e precisa ser contemplada nas circunstâncias históricas em que foi forjada. Afirmar que a lei injusta nunca teve validade passa por cima da situação real dos fatos e trata como ficção uma realidade iniludível.⁴⁷ No caso da lei de anistia brasileira, considerando-a como um pacto político – que foi defendido por forças políticas de distintos matizes e tendo vigorado, na prática, até o presente momento –, o apelo à fórmula de Radbruch é ainda mais fragilizado.⁴⁸

Mais valeria reconhecer uma exceção à proibição de retroatividade. Fundada na absoluta gravidade dos fatos, sob a fundamentação inteiramente plausível de que a injustiça de um

44 Por todos, AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht* (cit.), p. 214.

45 RADBRUCH, Gustav. “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, in: Idem. *Der Mensch im Recht*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1957, pp. 111 ss.; sobre a tese, cf. a tese doutoral de SALIGER, Frank. *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, Heidelberg, Müller, 1995; corroborando-a, cf. ainda as análises de ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*, 4. ed., Freiburg im Breisgau; Munique, Alber, 2005, pp. 71 ss. (resumo da posição: pp. 106 ss.); Idem, “Mauerschützen. Zum Verhältnis vom Recht, Moral und Strafbarkeit”, in: ALEXY, Robert et alii. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 469. Para mais análises, v. LUTHER, Horst. “Zum Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht” (cit.), pp. 215 ss.; ARNOLD, Jörg. “Die ‘Bewältigung’ der DDR-Vergangenheit vor den Schranken rechtsstaatlichen Strafrechts” (cit.), pp. 122 s.; Idem. “Gustav Radbruch und die ‘Mauerschützenfälle’: ein Kontinuitätsproblem”, in: ARNOLD, Jörg (org.). *Strafrechtliche Auseinandersetzung mit Systemvergangenheit am Beispiel der DDR* (cit.), pp. 147 ss.; FROMMEL, Monika. “Die Mauerschützenprozesse – eine unerwartete Aktualität der Radbruch’schen Formel”, in: HAFT, Fritjof et alii (orgs.), *Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, Müller, 1993, pp. 81 ss.; no Brasil, SWENSSON JUNIOR, Lauro. “Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate”, in: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro. *Justiça de transição no Brasil* (cit.), pp. 23 ss., 47 ss.; DIMOULIS, Dimitri. *Justiça de transição e função anistiantes no Brasil. Hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização*, in: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro. *Justiça de transição no Brasil*, pp. 91 ss., 113 ss.

46 Para a diferenciação v. LUTHER, Horst. “Zum Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht” (cit.), p. 216.

47 Cf. NEUMANN, Ulfried. “Positivismo, realismo e moralismo jurídicos no debate sobre a contribuição do direito penal para a transição de sistemas políticos”, in: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro. *Justiça de transição no Brasil*, pp. 137 ss.; Idem. “El Radbruch de Ralf Dreier”, in: Idem. *La pretensión de verdad en el derecho y tres ensayos sobre Radbruch*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 147 s., 171 ss.

48 Cf. DIMOULIS, Dimitri. *Justiça de transição e função anistiantes no Brasil* (cit.), p. 116.

ordenamento jurídico ou da *práxis* de um aparelho estatal, que tão extremamente viole direitos fundamentais, não precisa vigorar após a sua superação. Ou, ainda, considerar uma variante menos moderada: que aquele ordenamento jurídico ou aquela *práxis* estatal só pode ser superado na medida em que se rompa com a injustiça do passado.⁴⁹ Isto porque, assim, não se corre o risco de relativizar o problema político da responsabilização coletiva por um direito tão extremamente injusto.⁵⁰

A estrutura da argumentação, de todo modo, é a mesma. Defina-se a situação de violação sistemática de garantias fundamentais como não direito ou como direito extremamente injusto, afastado de um núcleo de princípios morais universais, o fato é que (apenas) o caráter absolutamente excepcional da situação permite ignorar a (ausência de) lei anterior.⁵¹ É, enfim, também a estrutura da argumentação de Naucke, que nega – como regra – o caráter de retroatividade à punição de crimes contra a humanidade: estes crimes seriam sempre puníveis; apenas que, por conta do término de regimes tiranos, criam-se as condições, antes ausentes, para implementar-se a reação penal.⁵²

III – PROBLEMAS ESPECÍFICOS RELATIVOS AO CASO BRASILEIRO: O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A PUNIÇÃO DOS CRIMES PRATICADOS POR AGENTES DA REPRESSÃO ESTATAL

O caso brasileiro se distingue de outras constelações problemáticas de justiça de transição pela particularidade de que o objeto primordial da análise sobre a compatibilidade entre punição e princípio da legalidade é uma lei de anistia. E não uma lei que autorizasse ou justificasse crimes praticados por agentes de um Estado autoritário – que serviu, no momento histórico em que foi promulgada, como passo essencial no sentido da redemocratização e cuja validade formal

49 MARTINS, Antonio. **Flüchtige Grenzen. Hermeneutik und Diskurstheorie im Recht**, Tese doutoral, Frankfurt am Main, pp. 347 s. Cf., ainda, NEUMANN, Ulfrid. “Positivismo, moralismo e realismo jurídico” (cit.), pp. 152 s. (posfácio ao original alemão).

50 Como alerta WIETHÖLTER, Rudolf. **Rechtswissenschaft**, Frankfurt am Main, Fischer 1968, p. 60.

51 Este foi o caso, naturalmente, após o término da Segunda Guerra: cf. LUTHER, Horst. “Zum Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht” (cit.), p. 220.

52 NAUCKE, Wolfgang. **Strafrecht. Eine Einführung**, pp. 66, 68.

também para os crimes praticados por agentes do Estado já foi corroborada por uma decisão do Supremo Tribunal Federal (a mencionada ADPF 153/DF).

Sendo assim, as possibilidades argumentativas se limitam pelo alcance daquela decisão. Há razões plausíveis para dela discordar; superando, no entanto, uma questão que se converteu, na prática, em controvérsia acadêmica (a), os problemas fundamentais passam a ser o de se todos os casos foram atingidos pela lei de anistia (b) e o de se determinar o alcance de uma nova lei que – em hipótese – revogasse a Lei 6.638 (c).

A) A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Além da mencionada compreensão de uma continuidade constitucional entre os regimes autoritário e democrático,⁵³ na decisão do Supremo Tribunal Federal constam algumas singularidades que merecem atenção da perspectiva do princípio da legalidade. Eu me concentrarei aqui em duas delas.⁵⁴

aa) A questão dos limites interpretativos: criação e aplicação do direito

Da perspectiva da teoria da interpretação jurídica, é curioso que a ementa inicie com uma defesa de um paradigma de interpretação criativa, enquanto o conteúdo da decisão é o de atentar estritamente ao princípio da legalidade e à letra da lei. A leitura da passagem tem especial interesse para nós:

“A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida.”⁵⁵

53 Especialmente pontuada no “esclarecimento” do Ministro Gilmar Mendes, p. 73 da decisão, em que o Ministro destaca não apenas a referência à anistia na Emenda Constitucional 26/85, mas a designa como “texto fundante” e “marco inicial” da Constituição de 1988; e no voto do relator, Ministro Eros Grau, p. 44.

54 Para a crítica mais ampla da decisão, v. o duro artigo de COMPARATO, Fábio K. “A balança e a espada” in: http://www.ajd.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=59#_ftn2; também VENTURA, Deisy. “A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional” (cit.), passim.

55 Decisão da ADPF 153/DF, 2.

Ao bloquear a análise da legitimidade do texto normativo a ser aplicado, a aferição da compatibilidade entre legalidade e punição penal se converte, evidentemente, em exercício formal, ou menos que isso.

O texto lembra a posição de *Friedrich Müller* e *Ralph Christensen* quanto à criação da norma no momento de sua aplicação,⁵⁶ chegando a dizer expressamente que o direito só se insere na realidade com a participação do intérprete. No contexto da decisão, o destaque para a criação da norma jurídica no momento da decisão parece-me ser explicada pela intenção deliberada de relativizar o momento de fundação e de priorizar o de aplicação da lei. Essa compreensão do caráter constitutivo da interpretação jurídica, por mais que ela se ampare em considerações hermenêuticas que devem ser levadas a sério – e se serve para “desiludir” o teórico⁵⁷ –, não pode tomar a dimensão de relativizar a importância do momento de criação da norma. Relativização que, numa ordem democrática, representaria desprezo e perigo aos seus aspectos institucionais.

Para *Gadamer*, por exemplo, autor que, por sua influência sobre a hermenêutica jurídica, evidentemente vem à memória na leitura da passagem transcrita, o direito só se realiza no momento da aplicação, como fenômeno hermenêutico. Isto porque, conforme a sua interpretação da filosofia prática aristotélica, a justiça da decisão tem de estar relacionada a um *ethos* comum entre intérprete e comunidade jurídica: o momento da interpretação é, ele mesmo, o momento de realização da justiça.⁵⁸

Essa visão das coisas poderia servir, talvez, para justificar uma interpretação que pretendesse anular a injustiça do momento de criação da lei de anistia. E, a partir da ruptura com a ordem institucional que a ensejou, insistir na sua compreensão dentro de um outro *ethos*, um novo contexto comunitário.⁵⁹ O efeito do argumento, no contexto utilizado, é o inverso: neutraliza-se, precisamente, a ausência de fundação democrática para o texto normativo objeto de análise.

56 MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. *Juristische Methodik I*, 10. ed., Berlin, Duncker & Humblot, 2009, p. 225. É importante lembrar que a literalidade do texto legal tem, para os autores, papel de destaque entre o arsenal de elementos de racionalização de que o intérprete deve valer-se: idem, pp. 294 ss.

57 Cf. KAUFMANN, Arthur. “Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik”; in: Idem. *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, Colônia *et alii*, Heymann, 1984, pp. 79 ss., 86; Idem. “Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik”; in: Idem. *Beiträge zur juristischen Hermeneutik* (cit.), pp. 89 ss., 91.

58 Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*, Tübingen, Mohr, 1990, p. 334: “So ist es für die Möglichkeit einer juristischen Hermeneutik wesentlich, dass das Gesetz alle Glieder der Rechtsgemeinschaft in gleicher Weise bindet. Wo das nicht der Fall ist, wo etwa, wie im Absolutismus, der Wille des absoluten Herrschers über dem Gesetz steht, kann es keine Hermeneutik mehr geben. (...) Denn dort ist die Aufgabe ja gar nicht gestellt, das Gesetz so auszulegen, das dem Rechtssinne des Gesetzes der konkrete Fall gerecht entschieden wird.”

59 O que eu rejeitaria por razões de ordem teórica: o recurso a um *ethos* comum foge à realidade de uma sociedade e – sobretudo – de um direito pluralista e neutraliza a importância do percurso argumentativo racional no processo de interpretação.

O que se deixa entrever, por exemplo, do início do voto da Ministra Carmen Lúcia:

“Em relação à alegação, igualmente formulada na tribuna, de que a lei 6.683 seria ilegítima, bastando para tanto enfatizar ter sido ela produzida por um Congresso ilegítimo, composto, inclusive, por senadores não eleitos, é de se observar a impertinência total de tal assertiva para o deslinde da questão aqui posta (...)”⁶⁰

Ao bloquear a análise da legitimidade do texto normativo a ser aplicado, a aferição da compatibilidade entre legalidade e punição penal se converte, evidentemente, em exercício formal, ou menos que isso. Não obstante, a decisão do Supremo Tribunal Federal se fundamenta, em inúmeras passagens, pelo contexto político da promulgação da lei de anistia, como um pacto social que permitiu a redemocratização.⁶¹ Ou seja: neutraliza-se o argumento político contrário, ao vedar a referência ao contexto autoritário da criação normativa, de um lado, mas se faz uso dele para justificar a própria tomada de posição política.

De todo modo, a ilegitimidade do momento de fundamentação normativa não pode ser avaliada pelo parâmetro do anseio da sociedade civil pelos seus efeitos benéficos. Uma coisa é a necessidade – dramática – de anistiar presos políticos; outra, inteiramente distinta, reconhecer a legitimidade do contexto institucional em que é forjada uma lei que traz, também, consequências benéficas.

bb) A possibilidade de revisão da lei de anistia

A decisão do Supremo Tribunal Federal deixou aberta a porta da solução democrática para a revisão da lei de anistia, aventada no voto do relator, Ministro Eros Grau. Consta da Ementa da decisão:

“Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá – ou não – de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.”⁶²

A dificuldade reside na aparente incompatibilidade entre considerar-se válida a lei de anistia e cogitar da via legislativa para permitir a punição dos crimes praticados por agentes estatais.⁶³ É preciso, em primeiro lugar, diferenciar *em tese* o alcance do princípio da legalidade quanto ao Poder Judiciário e ao Poder Legislativo. Com isso, não se pretende que o princípio da legalidade

60 ADF 163/DF, 80.

61 Veja-se o próprio voto da Min. Carmen Lúcia, 81 s.; ou o voto do relator, Min. Eros Grau, p. 21.

62 ADF 153/DF, 3. Cf. ainda, em detalhes, o voto do relator, Min. Eros Grau, pp. 38 ss.

63 Cf. SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri. “Anistia. A política além da justiça e da verdade” (cit.), p. 86.

não se aplica ao Poder Legislativo, mas sim que são dois momentos distintos de manifestação do princípio. O mandamento de determinação da lei penal, por exemplo, se dirige *prima facie* ao legislador. No caso do direito penal comum, é indubitável que a proibição de retroatividade se dirige também ao Poder Legislativo.

Contudo, se toda lei de anistia tem um caráter especial,⁶⁴ a lei de anistia brasileira é uma lei *sui generis* por uma razão extra: ela não foi discutida, ainda, no âmbito do processo democrático da nova ordem constitucional. Essa peculiaridade se deve ao tratamento de crimes de Estado pelo regime mesmo que os praticou e tem a ver menos com a gravidade dos crimes do que com a circunstância de que se trata de crimes *estatais*. A relação que a lei de anistia mantém com o princípio da legalidade fica carente do componente democrático que lhe dá sentido. Incorporá-la ao ordenamento brasileiro como outra qualquer lei penal material tem por consequência esvaziar o embasamento democrático do princípio da legalidade.

O problema da revisibilidade da lei de anistia pode ser superado, portanto, a partir de uma argumentação que revalorize o momento de fundação (criação) normativa. Antes de deter-me sobre a questão, é necessário analisar, ainda, um último aspecto, levantado recentemente: a de crimes permanentes, que, ao se prolongarem para depois da promulgação da lei 6.638, já não estariam por ela abarcados.

B) O ALCANCE DA ANISTIA E A TESE DO CRIME PERMANENTE

O Ministério Público Federal, no Estado do Pará, em atenção à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, apresentou em denúncia contra Sebastião Curió Gomes de Moura a tese de que os desaparecidos políticos do regime militar seriam vítimas do crime permanente de sequestro qualificado (art. 148 do Código Penal). De modo que tais crimes, porque se prolongaram para além do momento de promulgação da lei de anistia, não estariam por ela abarcados.

A rejeição da denúncia se baseia, em primeiro lugar, na aplicabilidade da lei de anistia sob o argumento de que “já se sabe com razoável segurança que essas pessoas foram mortas. O *animus*, como nos parece historicamente claro, não era o de sequestrar, mas de capturar e matar.” (fls. 2 da decisão).

É desnecessário dizer que o argumento tem pouca valia jurídica, porquanto o próprio juízo reconhece que as vítimas só foram reconhecidas como mortas pela lei 9.140/95. Não obstante,

64 Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, vol. 1, p. 221.





segue a argumentação da decisão, por força da pena máxima prevista no art. 148, § 2º Código Penal, os crimes já estariam prescritos. E ao cabo, assim como na decisão do Supremo Tribunal Federal, apela-se a motivos histórico-políticos para fundamentar a rejeição da denúncia (fls. 5) – o que comprova, diga-se, a falácia da pretensa neutralidade técnica do tratamento da questão.

Atendendo aos limites temáticos deste trabalho, detenho-me tão-somente naquilo que diz respeito à relação entre crime permanente e princípio da legalidade. Há de se considerar, em primeiro lugar, que, no caso de crime permanente, aplicar-se-á, em princípio, a lei do momento da consumação do crime; a lei posterior afeta, portanto, o crime permanente quanto aos atos praticados *depois de sua promulgação*.⁶⁵

Em segundo lugar, as vítimas – desaparecidas – foram declaradas mortas, por lei, em 1995. De modo que, em termos formais, é defensável a tese jurídica no sentido de que, da data posterior à promulgação da lei de anistia até 1995, tratou-se de crime permanente.

⁶⁵ Cf. FRAGOSO, Heleno C. *Lições de direito penal* (cit.), p. 108; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, (cit.), pp. 138 s.; BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 11. ed., Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking 2003, p. 146.

Em terceiro lugar, ressalta-se a previsão de imprescritibilidade nos tratados internacionais anteriores a 1995. Assim como na própria Constituição Federal (art. 5º, XLIII, XLIV), aplicam-se aos crimes praticados durante a permanência do (suposto?) cativo – pelo menos até 1995.

Por fim, cabe indagar se a presunção de morte das vítimas contida na lei 9.140/95 tem alcance também para o processo penal – o que, como presunção, contrariaria as próprias exigências de garantia do processo penal: não se cogitaria da imputação de crime contra a vida com base na mera presunção ou ficção de morte. Do que se conclui que a presunção para efeitos civis não tem, necessariamente, efeitos diretos sobre o processo penal.

Aqui não se trata de análise de prova e da plausibilidade da condenação penal, mas exclusivamente da compatibilidade da tese do crime permanente com o princípio da legalidade. Evidentemente, uma condenação criminal não pode estar baseada em ficções, se assim o for reconhecido. Pode-se destacar que se trata de uma argumentação formalista e artificial. E defender-se – inclusive politicamente – o ponto de vista contrário. Não será por meio do apelo ao princípio da legalidade, no entanto, que se fundamentará a rejeição à tese do crime permanente.

IV. ENTRE TRANSIÇÃO E CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA: O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O ESTADO DE DIREITO

Por fim, eu gostaria de fundamentar mais detidamente a possibilidade de revisão da lei de anistia pelo legislador democrático, sem ofensa ao princípio da legalidade, conforme prevista na decisão do Supremo Tribunal Federal (a). Em seguida, tratarei da relação entre direito penal comum e justiça de transição (b).

A) A POLÍTICA, O POLÍTICO E O DIREITO: A CONFLUÊNCIA DE LEGALIDADE E DEMOCRACIA

Existe uma diferença entre a política, como aparelho institucionalmente organizado para decisões coletivas, e o político, como fenômeno discursivo de transformação social.⁶⁶ Existe uma diferença entre o direito, como estrutura de coação, e o direito, como fenômeno discursivo, no qual os

⁶⁶ Cf. A respeito, BEDORF, Thomas; RÖTGERS, Kurt (orgs.). *Das Politische und die Politik*, Berlim: Suhrkamp, 2010. Nesse volume, para os diversos enfoques filosóficos do problema, cf. BEDORF, Thomas. „Das Politische und die Politik – Konturen einer Differenz“, pp. 13 ss.

indivíduos, por meio da linguagem, constroem *standards* de justiça a partir da racionalização de experiências de injustiça e dor.⁶⁷

Em ambos os casos, trata-se de uma relação de tensão. A formalização e a força podem perverter ou bloquear a estrutura argumentativa que dá origem ao fenômeno político, como espaço público de discussão, e à justiça.

Da confluência entre discurso político, jurídico e moral criam-se barreiras duras, intransponíveis à política institucional, reconhecidas no momento político de fundação de um Estado democrático. É nesse contexto que se inserem os direitos fundamentais; é nesse contexto que se insere a proteção da legalidade penal. Ela se institui, de um lado, como garantia de que o processo de criação de uma norma penal se realiza como processo democrático, no qual os seus destinatários podem alegar sua insatisfação com a norma, ao tempo em que, como sujeitos de direito, a ela se submetem.

E, de outro, a norma penal está sujeita a um modelo democrático normativo, em que se vincula a correção da norma ao grau de participação democrática em ela foi criada. Ou seja: em que se vincula às estruturas reais do discurso democrático.

A lei de anistia não pertence a um contexto normativo democrático. Ela foi fruto de um movimento político, como acentuado na decisão do Supremo Tribunal Federal, que se opôs à política institucional, e produziu, como discurso jurídico de fundação, uma norma que trouxe aspectos positivos, revolucionários, ao cenário político-jurídico brasileiro.

Esses esforços foram embarreirados pelo aparelho estatal – pela política institucional – e pelas estruturas formais de um direito que servia à força, à violência – e não à democracia. Essas tensões, presentes no fenômeno jurídico, não se dissolvem em discussões técnicas. Os danos estruturais à democracia e ao direito – como discurso – persistem para além do momento de fundação do Estado, com a Constituição de 1988.⁶⁸

A decisão democrática sobre a revisão da estrutura institucional que permitiu a criação da lei de anistia se procrastinou, como não poderia deixar de ser, para depois da instabilidade do momento de ruptura com o Estado autoritário. Essa decisão permanece, no entanto, uma decisão democrática. Ela deve ser devolvida ao seu foro legítimo.

67 Cf. MARTINS, Antonio. *Flüchtige Grenzen. Hermeneutik und Diskurstheorie im Recht* (cit.), pp. 310 ss., 354 ss.

68 Cf., por exemplo, ZAVERUCHA, Jorge. “Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988”, in: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura* (cit.), pp. 41 ss.

Trata-se de analisar a permanência institucional de uma lei cuja recepção não pode ser aferida formalmente, mas tão-somente no contexto material de afirmação e construção da democracia.

Na argumentação contra a possibilidade de revisão da lei da anistia encontram-se mesclados argumentos de dois tipos diversos: de um lado, advoga-se tecnicamente que, por força da proibição de retroatividade, não se pode rever a lei da anistia e revalidar a punição pelos delitos praticados. De outro lado, afirma-se *politicamente* que essa revogação atentaria contra os alicerces do Estado de direito brasileiro. É evidente que o argumento central é este, e não aquele. É um argumento que deve ser levado em conta.⁶⁹ Mas que é, no contexto, inaceitável.

Punir atos praticados pelo Estado autoritário não pode significar atentar contra o Estado de direito. Ao contrário, é possível mesmo que o Estado de direito se fortaleça ao se voltar contra resquícios de um Estado autoritário.⁷⁰ Ou pode ser que tampouco se logre esse efeito. Essa questão não pode ser decidida doutrinariamente. Não se trata de estipular uma luta do bem contra o mal. Tampouco da superação coletiva de um trauma histórico através do direito penal. Trata-se da decisão democrática acerca da ruptura com um Estado autoritário que segue habitando, de dentro, o Estado de direito no Brasil.

Não se trata, portanto, de uma exceção arbitrária ao princípio da legalidade – mas de retomar a discussão acerca do momento de criação (não democrática) da lei de anistia e da fundação do Estado de direito em sede legislativa. Uma concretização, portanto, da revolução que se estabeleceu com a nova ordem normativa da Constituição de 1988.

Se a melhor forma de lidar com o problema é através da utilização da justiça penal, isso só pode ser determinado no espaço público democrático e por meio do processo democrático de decisão. Mas aquilo que se considera o pacto fundante da nova ordem político-jurídica brasileira não pode ser visto de modo estático, e sim como processo de construção de um Estado de direito. Se, para isso, chegar-se à conclusão de que os responsáveis por crimes de Estado praticados durante a ditadura militar devem ser penalmente responsabilizados - inclusive por se entender que só a partir deste momento se poderá cogitar da legitimação do direito penal comum no Estado de direito -, o princípio da legalidade não poderá bloquear o caminho dessa decisão. Trata-se de

69 Cf., por exemplo, HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (cit.), p. 262; Idem. "Staatsverstärkte Kriminalität als Gegenstand der Rechtsprechung" (cit.), p. 452.

70 Cf. NAUCKE, Wolfgang. "Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität", in: SCHULZ, Joachim et alii (orgs.). *Festschrift für Günter Bemann* (cit.), pp. 75 ss., 84 s.; Idem. *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität* (cit.), pp. 79 ss.

analisar a permanência institucional de uma lei cuja recepção não pode ser aferida formalmente, mas tão-somente no contexto material de afirmação e construção da democracia.

B) DIREITO PENAL COMUM, PROCESSO DE IMPUTAÇÃO E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Eu aponte, noutro trabalho,⁷¹ as dificuldades criadas por um dos argumentos na discussão sobre a justiça de transição brasileira – nomeadamente, a necessidade de esclarecer a verdade histórica sobre os ilícitos praticados pelo ou em nome do governo militar brasileiro. Eu defendi ali a tese de que o argumento da verdade enseja uma discussão teórica complexa e, para além da retórica política, encontra sérias dificuldades para servir de base à demanda *jurídica* pela *punição* dos agentes estatais.

Isso não exclui, evidentemente, que a própria discussão a respeito da punição daqueles crimes os mantém na esfera pública e, assim, promove o interesse pela verdade histórica sobre o passado político brasileiro. Apenas que, do ponto de vista interno, o sistema penal se opõe, tanto por *déficits* de legitimação quanto por necessidades de garantia da pessoa humana, à investigação da verdade no sentido material, histórico. Ele limita, por definição institucional, os argumentos e os contornos do debate.

Outro é o problema que diz respeito à possibilidade de que - no contexto de um Estado de direito -, a discussão acerca da punibilidade de delitos praticados por um Estado autoritário venha a ser barrada. Desta maneira, trazendo-se à baila princípios de garantia próprios do Estado de direito.

Seria um argumento cínico apelar para os *déficits* de legitimação do sistema penal para neutralizar demandas legítimas por justiça, enquanto o sistema penal segue funcionando sem entraves para o cidadão comum. Trata-se aqui, portanto, de discutir quais as funções legítimas que o direito penal de um Estado de direito democrático pode desempenhar – e quais os limites institucionais para o exercício dessas funções.⁷²

A ciência do direito penal deve submeter-se às regras do debate democrático e exercer a função que dela se espera: zelar pela estruturação racional de seus debates e demarcar os

71 MARTINS, Antonio. “Sobre direito, punição e verdade” in: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro (orgs.). *Justiça de transição no Brasil* (cit.), São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 61 ss.

72 Eu concordo em grande medida com o diagnóstico crítico de TANGERINO, Davi. “O direito penal como instrumento de justiça de transição. O caso Brasil”, in: *ACERVO*, vol. 24, n. 1, pp. 103 ss., sobre os limites do direito penal e seus déficits de legitimidade. Discutível, no entanto, parece-me a conciliação de um modelo autoritário – baseado na pena estatal – com um modelo de solução horizontal de conflitos. É provável que o viés autoritário do sistema proposto tendesse a se expandir através da capa de legitimidade que lhe é oferecida pelo viés da comunicação horizontal. Isso poderia levar, em vez de a uma abolição tendencial, a uma expansão disfarçada. O que não impede, por outro lado, de defender uma paulatina substituição da pena privativa de liberdade, mantendo, no entanto, o caráter (comunicativo) de reprovação jurídica da conduta, apto a fazer perceber e a justificar a necessidade da contenção máxima da prática punitiva.

limites *jurídicos* da discussão, sem ocultar, no entanto, sua inevitável inserção num discurso democrático mais amplo, em que argumentos morais e políticos têm um papel fundamental e devem ser respeitados.

O direito penal é um meio pouco adequado para a realização de uma série de demandas sociais que se lhe pretendem inculcar. Em especial, pode-se diagnosticar uma espécie de crença na capacidade jurídica de solução de conflitos. A qual, se, por um lado, cresce na proporção em que diminui a solidariedade nas relações sociais, ultrapassando as margens do possível ao direito, por outro lado demonstra uma positiva democratização na visão que dele têm os cidadãos.

É fácil notar que as novas demandas pela criminalização de determinadas condutas indesejadas (como a homofobia ou a violência doméstica) – as quais refletem, sem dúvida, um quadro positivo, de evolução na percepção de determinadas condutas e de implementação do respeito ao próximo e, por consequência, dos direitos humanos a longo prazo –, acopla-se certa ingenuidade quanto à capacidade do direito (e sobretudo do direito penal) em fortalecer instituições sociais.

Mas essa é uma análise de política do direito. Impedir o debate sobre a possibilidade da criminalização de graves violações aos direitos humanos por meio da combinação da validade formal da lei de anistia com uma argumentação meramente técnica significaria restringir, inadvertidamente, o conteúdo democrático da decisão sobre a extensão do direito penal.

Escolhido o caminho do direito penal comum para a realização da justiça de transição, isso não a nivela com os demais casos tratados pelo direito penal comum. Trata-se de uma escolha procedimental, que não importa transformação da matéria. A justiça de transição permanece um caso *sui generis*. Ela deverá, no entanto, adaptar-se às regras do direito penal comum e a suas exigências.

Sem embargo, tampouco no contexto de um processo penal poderá ser arguida a proibição de retroatividade. Para isso, não me parece ser necessário argumentar no sentido de que a proibição de retroatividade está destinada exclusivamente à situação normal de um Estado de direito.⁷³ O processo de imputação penal tem uma estrutura dialógica, orientada por uma ideia comum de justiça material.⁷⁴

Dentro de tal estrutura, permite-se ao autor de determinados fatos compreender o sentido de se lhe atribuir a responsabilidade por um fato e rechaçá-la como regra, mas não como exceção

73 Neste sentido, WERLE, Gerhard. "Der Holocaust als Gegenstand der bundesdeutschen Strafjustiz", in: **Neue Juristische Wochenschrift** 1992, pp. 2529 ss., 2535.

74 NEUMANN, Ulfrid. **Zurechnung und Vorverschulden**, Berlim, Duncker und Humblot, 1985, pp. 269 ss.; Idem. "Die actio libera in causa als Methodenproblem der Strafrechtsdogmatik", in: **Kansai University of Law and Politics**, pp. 43 ss.p. 51; em termos gerais, HAFT, Fritjof. **Der Schuldiallog**, Freiburg im Breisgau, Alber, 1978.

apenas para ele. O princípio da culpabilidade, por exemplo, é tradicionalmente reajustado, com aprovação da doutrina dominante e consagração no Código Penal (art. 28), para a punição dos casos de embriaguez voluntária (*actio libera in causa*).

A única defesa coerente dessa remodelagem do princípio de culpabilidade parece-me ser a de que a estrutura do processo de imputação não permite que o autor argumente no sentido de que ele, apesar de provocar a própria embriaguez, poderia ter excluída sua responsabilidade por razão da mesma embriaguez. Pode-se discutir a legitimidade da incriminação, neste caso, mas o argumento respeita a estrutura dialógica do processo de imputação e satisfaz uma exigência de justiça material.

A mesma estrutura serve, com ainda mais propriedade, para contextualizar o princípio de legalidade. Quem praticou seus crimes no contexto de uma ordem autoritária e, nesse mesmo contexto, através de uma política institucional não democrática, teve garantida sua impunidade, não pode alegar, no bojo de um processo penal, essa circunstância para excluir sua responsabilização.

Não se poderia, tampouco, alegar a falta de responsabilidade pela norma produzida no Estado autoritário. Não se pode, a um só tempo, apelar para o caráter político dos crimes praticados e negar a participação no Estado autoritário que impediu a responsabilização.

Os efeitos deste argumento se espriam, naturalmente, até as dificuldades relativas aos prazos prescricionais, sob pena de se anularem. Também a este respeito, a decisão cabe ao legislador democrático.

V. REMATE

À guisa de conclusão, eu gostaria de, recobrando os pontos centrais de minha argumentação, formular as seguintes teses:

- (1) Tanto a justiça de transição, como o princípio da legalidade, têm como pano de fundo, a estruturação de um Estado de direito democrático e de sua realização através da satisfação de exigências de justiça material.
- (2) É vedado recorrer a fórmulas suprapositivas para defender a intervenção penal.

- (3) A lei de anistia é, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal, formalmente válida. Enquanto o legislador democrático não se manifestar, ela impede a punição pelos atos praticados antes de sua promulgação.
- (4) A lei de anistia é uma lei *sui generis*: trata-se de um documento legislativo que pertence à ordem institucional que pretende ser superada a partir da estruturação de um Estado de direito democrático.
- (5) Sua validade formal não impede a revisão – pelo legislador democrático – de seu conteúdo material. Essa revisão – sob pena de não poder ser implementada e em face de seu caráter peculiar – inclui, também, as regras sobre a prescrição; atinge somente os crimes de Estado; e não implica infração ao princípio da legalidade - o qual deve ser compreendido, em todas as suas formas de operatividade, como manifestação do princípio democrático.
- (6) Em atenção à sua finalidade e à natureza material dos crimes praticados pelo Estado, a justiça de transição estabelece um outro modelo de atuação punitiva do Estado, que não se confunde com o direito penal comum – ainda que se utilize das estruturas institucionais deste para sua realização; a escolha dessas estruturas é uma mera escolha procedimental.
- (7) Por uma exigência de justiça material, e, portanto, de democracia, tanto a estrutura do processo legislativo como a do processo penal de imputação deve ser entendida dialogicamente.
- (8) Em decorrência disto, aqueles que cometeram crimes no contexto de um regime autoritário, responsável pela promulgação de uma lei que exclui sua punibilidade, não podem argui-la contra uma futura manifestação do legislador democrático ou no contexto de um processo penal.
- (9) Enfim, a responsabilização criminal pelos atos praticados à época do regime militar brasileiro está sujeita à vontade do legislador democrático. Ela poderá ser afastada, talvez, por uma série de ponderações de política do direito⁷⁵ – mas não pelo mero recurso ao princípio da legalidade.

75 Neste sentido as ricas considerações de política do direito no mencionado artigo de TANGERINO, Davi. “O direito penal como instrumento de justiça de transição. O caso Brasil”, pp. 105 ss., que pretendem afastar uma “concepção direito penal profundamente conservadora e punitiva” como meio preferencial ou necessário de solução de conflitos.

A LEGALIDADE E A PROIBIÇÃO DE RETROATIVIDADE DAS LEIS NO DIREITO PENAL E NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL E O TRATAMENTO DOS CRIMES ESTATAIS PRATICADOS DURANTE O REGIME MILITAR NO BRASIL

ANTONIO MARTINS

Goethe-Universität-Frankfurt am Main

Resumo: O presente trabalho trata da compatibilidade da persecução de crimes de Estado praticados durante a ditadura militar brasileira e o princípio da legalidade próprio ao Estado de direito. Sustenta-se a tese de que o princípio da legalidade é, em sua essência, uma manifestação do princípio democrático. Como a lei de anistia brasileira não é resultado de um processo democrático, sua validade formal não impede a sua revisão na nova ordem democrática. Cabe ao legislador democrático decidir sobre a utilização do direito penal para a justiça de transição.

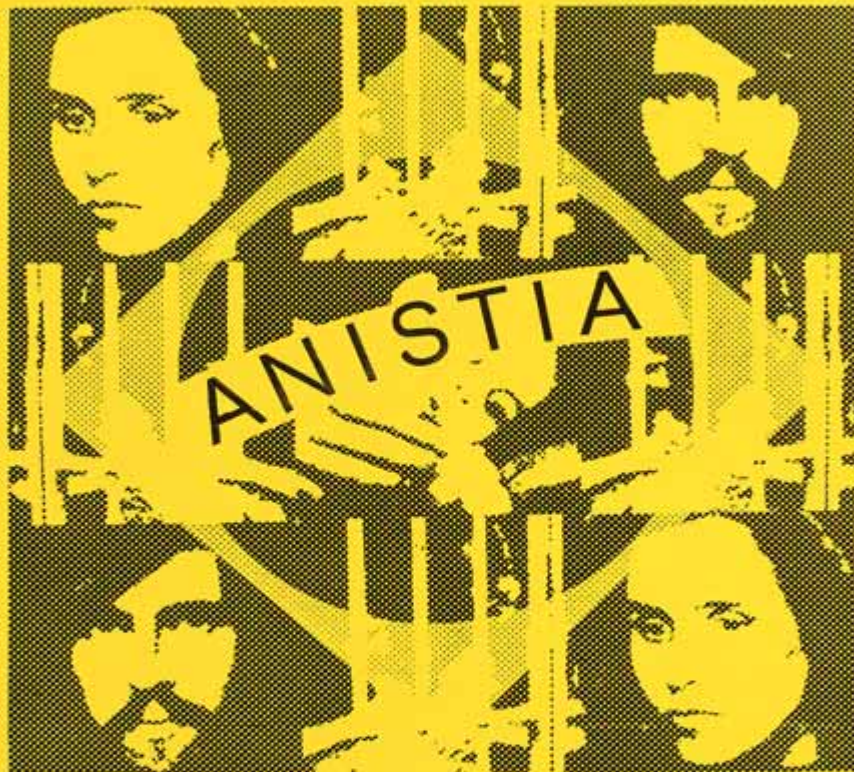
Zusammenfassung: Der vorliegende Text befasst sich mit der Problematik der Verträglichkeit von der Verfolgung staatlicher Verbrechen, die während der Militärdiktatur in Brasilien begangen wurden, mit dem rechtsstaatlichen Gesetzlichkeitsprinzip. Hier wird die These vertreten, dass das Gesetzlichkeitsprinzip im Grunde eine Manifestation des Demokratieprinzips darstellt. Da das brasilianische Amnestiegesetz nicht demokratisch hervorgegangen ist, schließt die formale Geltung dieses Gesetzes dessen Revision in der neuen demokratischen Ordnung nicht aus. Es kommt auf den demokratischen Gesetzgeber an, über die Möglichkeit einer strafrechtlichen Bewältigung der Vergangenheit zu entscheiden.

Palavras-chave: legalidade – proibição de retroatividade – princípio democrático – anistia – criminalidade estatal – responsabilização criminal

Stichworte: Gesetzlichkeit – Rückwirkungsverbot – Demokratieprinzip – Amnestie – staatliche Kriminalität – strafrechtliche Verantwortung

FONTE: CEDEM/UNESP

BRASIL



**liberdade - frihet
freedom - libert e
Jessie-Colombo**



O JULGAMENTO DA LEI DE ANISTIA (LEI Nº 6.683/79) PELO STF: DOS PROBLEMAS METODOLÓGICOS AO PROBLEMA SUBSTANCIAL

Gabriel Ducatti Lino Machado

Georg-August-Universität Göttingen (Bolsista do DAAD)

A. INTRODUÇÃO

Faço, inicialmente, duas observações. A primeira observação diz respeito à forma dos julgamentos do STF. Pode-se, facilmente, falar na decisão do STF; não se pode, contudo, falar facilmente na fundamentação do STF. O que há, inicialmente, são as decisões e respectivas fundamentações individuais de cada um dos ministros envolvidos em um julgamento. Ao fim, soma-se tudo. Para o estabelecimento da decisão do STF aplica-se, então, a regra da maioria.

Se as decisões individuais dos ministros – restritas, grosso modo, a um sim ou a um não – podem ser submetidas à aplicação da regra da maioria, as respectivas fundamentações, não. A forma dos julgamentos do STF permite que cada um dos ministros fundamente – de acordo com seus próprios pressupostos teóricos, metodologia e argumentos – sua decisão individual. Isso fica evidente em casos complexos e que despertam o interesse do público em geral, nos quais os ministros tendem a se manifestar abundantemente – o julgamento da ADPF 153 requereu 266 páginas. Muitas vezes, dadas as especificidades de cada fundamentação, até a construção artificial de uma fundamentação conjunta se torna, para o crítico, um trabalho pouco auspicioso. Como falar-se, então, em fundamentação do STF? A decisão do STF não decorre da fundamentação do STF.

A falta de uma fundamentação única, conjunta, contribui para a falta de clareza dos julgamentos, o que não favorece a aceitação das decisões do STF, seja pela política, seja por aqueles que

trabalham com o direito, seja pelo público em geral.¹ Além disso, dificulta a análise crítica dos julgamentos do tribunal, qualquer que seja a perspectiva adotada.

A segunda observação: não pode haver dúvidas quanto à estrutura de um controle de constitucionalidade. Tem-se um objeto de prova – a norma infraconstitucional – que deve ser confrontado com as normas constitucionais. A decisão, portanto, deve estar apoiada em uma fundamentação que tenha ido além do objeto de prova, isto é, que tenha levado em consideração todas as normas constitucionais relevantes para o caso e trabalhado, de maneira exauriente, as figuras jurídico-dogmáticas que lhes sejam correspondentes.

Com base nas duas observações acima, concluo: mais promissor do que criticar os votos de cada ministro individualmente, ou tentar submeter à crítica uma fundamentação conjunta que tenha sido artificialmente construída, parece-me, aqui, proceder da seguinte forma: apontar o objeto de prova, as normas e figuras jurídico-dogmáticas e os fatos relevantes para a decisão do caso e submeter à crítica o tratamento dado a eles pelos ministros.

Serão constatados, inicialmente, dois problemas metodológicos centrais: o objeto de prova é superestimado e as premissas jurídico-normativas são subestimadas, o que obriga o analista a, em vez de criticá-las, supô-las e fundamentá-las. Chegar-se-á, então, à concepção forte do princípio da irretroatividade do direito penal. Em seguida, será demonstrado que aos problemas metodológicos associa-se um problema substancial: uma duvidosa análise dos fatos a que o princípio da irretroatividade do direito penal atribui significado jurídico. O que levará à outra premissa jurídico-normativa relevante para o caso: o princípio da proteção à confiança.

B. O PONTO DE PARTIDA: UMA INTERPRETAÇÃO AMPLA DA LEI 6.683/79

Embora a Lei 6.683/79 não prime por precisão, me parece difícil negar que (a) o § 1º pretende definir “conexos”, tratando-se de fato de uma “conexão *sui generis*”², não se confundindo com

1 O que não se confunde com um *déficit* de legitimação. Cf. MÖLLERS, Christoph. *Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts*. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver; MÖLLERS, Christoph; SCHÖNBERGER, Christoph (Org.). *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*. Berlin: Suhrkamp, 2011, p. 389.

2 Cf. Eros Grau, p. 25-26. No mesmo sentido, Marco Aurélio, p. 156, ao falar em “uma definição toda própria de conexão”; Celso de Mello, p. 169, 173-174, ao falar em “interpretação autêntica”; Cezar Peluso, p. 205, ao falar em conexão num sentido “metajurídico”. Os votos dos ministros serão aqui citados com base na paginação do Acórdão, disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>> (acesso em: 20 abr. 2012).

a conexão do direito penal; (b) a anistia não se restringiu a crimes políticos – seja lá o que se entenda por crimes políticos –, dada a expressa distinção entre crimes políticos, de um lado, e crimes conexos, de outro (art. 1º, *caput*), e a expressa referência a “crimes de qualquer natureza” (§ 1º); (c) se a anistia não foi limitada a crimes políticos, então a “motivação política” dos crimes de qualquer natureza ou sua “relação” com crimes políticos não podem ser interpretadas de maneira restrita, isto é, não podem ser interpretadas de modo que se reduzam os crimes de qualquer natureza a crimes políticos.

Adotando-se uma postura cuidadosa, pode-se afirmar, com segurança, que a lei dá margem à interpretação ampla que estende a anistia a crimes praticados pelos que agiam – formalmente – em nome do Estado. Isso, a prática dos últimos três decênios ajuda a demonstrar; contra isso se insurge a petição inicial³. Parece claro que o julgamento da ADPF 153 deveria ter tido como ponto de partida, como objeto de prova, uma interpretação ampla da Lei 6.683/79.

De maneira mais ou menos límpida, todos os ministros adotaram a interpretação ampla como objeto de prova. Apenas, enquanto alguns a tomaram como uma interpretação possível, admitindo a possibilidade de uma interpretação conforme a Constituição,⁴ os outros a tomaram como uma interpretação *definitiva*.

Deixando o cuidado de lado, a definição de conexos no § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683/79 não só dá margem à interpretação ampla, como impede uma interpretação sistemática que exclua da anistia aqueles que agiam em nome do Estado.⁵ A interpretação ampla da Lei nº 6.683/79 não deve ser tratada como uma interpretação possível, mas como a definitiva.⁶

Negar a possibilidade de interpretação conforme a Constituição, de uma interpretação sistemática, isto é, pressupor uma interpretação definitiva, não implica aceitá-la como constitucional. Pode-se chegar, a partir de uma interpretação definitiva, ao mesmo resultado a que se chegaria mediante uma interpretação conforme a Constituição: a uma declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Fala-se, no primeiro caso, de uma redução nas possibilidades de aplicação da lei; no segundo, de uma redução nas possibilidades de interpretação da lei.⁷

3 Especificamente, contra a interpretação ampla que estende a anistia aos “agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns contra opositores políticos ao regime militar.” Cf. a petição inicial na ADPF 153/DF, p. 13, 16 e 29, disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2644116>> (acesso em: 20 abr. 2012). A petição inicial foi assinada pelos professores Fábio Konder Comparato e Maurício Gentil Monteiro.

4 Refiro-me aqui aos ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto.

5 Como de certa forma observado pelo min. Cezar Peluso, p. 131, ao questionar a interpretação sistemática feita pelo min. Ricardo Lewandowski.

6 Para uma abrangente justificação da interpretação ampla da Lei de Anistia cf. SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Anistia penal. Problemas de validade da lei de anistia brasileira (lei 6.683/79)*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 186-194.

7 Sobre essa distinção cf. SCHLAICH, Klaus; KORIOH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*.

Os ministros, porém, parecem ter confundido interpretação definitiva com constitucionalidade. Aqui se insere a primeira crítica relevante. O fato de os ministros terem despendido grande parte do julgamento em uma discussão supérflua sobre métodos para a interpretação da lei, por si só, não mereceria maiores considerações. Ocorre que isso parece revelar, no caso da ADPF 153, um grave problema: os ministros, de maneira geral, elevaram a principal o que seria acessório – a investigação do conteúdo da lei – e relegaram a acessório o que seria principal – a confrontação do conteúdo amplo da lei com disposições da Constituição Federal de 1988. Ativeram-se ao objeto de prova e esqueceram-se do objeto de disputa – a compatibilidade ou incompatibilidade do conteúdo amplo da lei com a Constituição Federal de 1988.⁸

O voto do relator é emblemático. O ministro Eros Grau pode ter feito interessantes comentários sobre a interpretação de textos normativos, a diferença entre texto normativo e norma⁹ e sobre as leis-medida, tudo isso para concluir pela interpretação da Lei de Anistia “a partir da realidade no momento em que foi conquistada” e, assim, por uma ampla anistia.¹⁰ Ainda que se considere correta essa manifestação do ministro, ao dar demasiada atenção à investigação do conteúdo da lei, dá atenção de menos à interpretação da Constituição; ao tentar esgotar a questão da investigação do conteúdo da lei, deixa de tentar esgotar as questões constitucionais atinentes ao conteúdo amplo da lei. Como se a questão central não fosse a constitucionalidade dessa anistia ampla, como se descobrir o conteúdo da lei fosse um fim em si mesmo.¹¹ Desloca-se o ponto nevrálgico: da confrontação do conteúdo amplo da lei com a Constituição para a investigação do conteúdo da lei.¹² A interpretação ampla da Lei 6.683/79, ainda que tomada como a definitiva, é apenas o ponto de partida, não o ponto de chegada.

Ein Studienbuch. 8. ed. Munique: Beck, 2010, par. 387 e 446. O ministro Gilmar Mendes aborda essa questão em seu voto, p. 233, concluindo, acertadamente, que a ADPF 153 melhor se caracteriza como um caso de redução nas possibilidades de aplicação da lei. Sobre o tema cf., ainda, SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista direito GV* 3, 2006, p. 200-202.

8 Essa distinção entre objeto de prova e objeto de disputa é feita, por exemplo, por HEUN, Werner. Normenkontrolle. In: BADURA, Peter; DREIER, Horst (Org.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band 1: Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozess*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 620.

9 José Carlos Moreira da Silva Filho chega a afirmar que Eros Grau “ventilou no seu voto algumas das mais avançadas reflexões nessa seara [a da hermenêutica jurídica]”; o autor não deixa, diga-se, de logo em seguida criticá-lo. Cf. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira*, p. 10-14. Disponível em <<http://idejust.files.wordpress.com/2010/07/adpf153zk1.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

10 Cf. Eros Grau, p. 15-16; 30-37.

11 Isso é evidenciado até pela forma de seu voto. O ministro Eros Grau inicia analisando os preceitos constitucionais invocados pelo arguente (p. 16 et seq.) e dedica à interpretação da lei a parte final – ou, mais precisamente, grande parte da segunda metade – de seu voto (p. 24 et seq.).

12 Que questão de conteúdo e questão de validade são questões diferentes ressaltam LEMBKE, Ulrike. Einheit aus Erkenntnis? Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation. Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 227-228; no contexto de uma crítica à interpretação conforme a Constituição, JESTAEDT, Matthias. Rechtsprechung und Rechtsetzung – eine deutsche Perspektive. In: ERBGUTH, Wilfried; MASING, Johannes (Org.). *Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht. Referate und Diskussionsbeiträge des XIII. Deutsch-Polnischen Verwaltungskolloquiums vom 17. – 20. September 2003 an der Universität Rostock*. Stuttgart: Boorberg, 2005, p. 42-43.





C. O PARÂMETRO: A CF DE 1988

C.I. O DIREITO POSITIVO, A CF DE 1988: PARÂMETRO PRECEDENTE

A última etapa do processo de análise da validade jurídica de uma norma consiste em perquirir se a injustiça de seu conteúdo lhe retira a validade jurídica. Note-se que essa investigação pressupõe alguma validade jurídica.

Não se discute que o direito positivo possui, como característica distintiva, uma dimensão fática – em contraposição a uma dimensão ideal. Mais do que isso, é difícil negar a necessidade de positividade do direito.¹³ Sendo assim, antes de se buscar uma resposta a duas das questões fundamentais e mais controversas da filosofia e, respectivamente, da teoria do direito: a questão do que seja justiça e a questão da relação entre validade jurídica e moral – é a resposta

¹³ Cf. ALEXY, Robert. The Dual Nature of Law. *Ratio Juris* 23, 2010, p. 173. Cf., ainda, KAUFMANN, Arthur. Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht. *Neue Juristische Wochenschrift* 48,1, 1995, p. 85.

a essa última que condiciona a rotulação como “positivista” ou “ não positivista” –¹⁴, deve-se percorrer o caminho comum a ambos, positivistas e não positivistas: deve-se investigar a validade da norma em sua dimensão fática, isto é, sua compatibilidade formal e material com o direito positivo de hierarquia superior e sua eficácia social. Isso se aplica também para o juiz: antes de cogitar da justiça da norma e decidir pela sua aplicabilidade apesar de sua injustiça ou pela sua inaplicabilidade apesar de ser válida em sua dimensão fática, deve o juiz ter constatado essa sua validade.

Esse isolamento da questão da validade jurídica da norma em sua dimensão fática permite deixar bem estabelecido o parâmetro que, em qualquer caso, deve orientar o juiz num primeiro momento: o direito positivo de hierarquia superior, cujo conteúdo a dogmática jurídica, com seus conceitos, figuras e sistema, ajuda, de maneira decisiva, a definir.¹⁵ Em outras palavras: antes de tudo, deve o juiz explorar o direito positivo, podendo, para tanto, fazer uso de todos os instrumentos que lhe estejam à disposição, notadamente, da dogmática jurídica.

Nada impede que se julgue um ato passado com base em parâmetros presentes. Se a anistia ampla de ontem era tida, ontem, como aceitável pela OAB, hoje a OAB pode ter a anistia ampla de ontem como inaceitável. Pode-se, então, analisar a compatibilidade da ampla anistia com a ordem constitucional válida em 1979 ou com a ordem constitucional hoje válida.

Seria ingenuidade supor que uma Constituição “semi outorgada” – a Constituição de 1967, na forma da outorgada Emenda nº 1, de 1969 –, forjada pelos militares para dar legalidade e um aspecto de legitimidade a uma ditadura,¹⁶ pudesse opor algum obstáculo a uma anistia que lhes aproveitasse.¹⁷ Não surpreende, portanto, a conclusão do ministro Celso de Mello de que a ampla anistia tenha se revestido, à época, de “plena legitimidade jurídico-constitucional”¹⁸ De qualquer forma, o que está em disputa na ADPF 153, até por uma razão processual – trata-se de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente *desta Constituição*, art. 102, § 1º CF –, é a compatibilidade da ampla anistia com a Constituição Federal de 1988. É ela, portanto, o parâmetro a ser primeiramente considerado, o parâmetro precedente a qualquer outro.

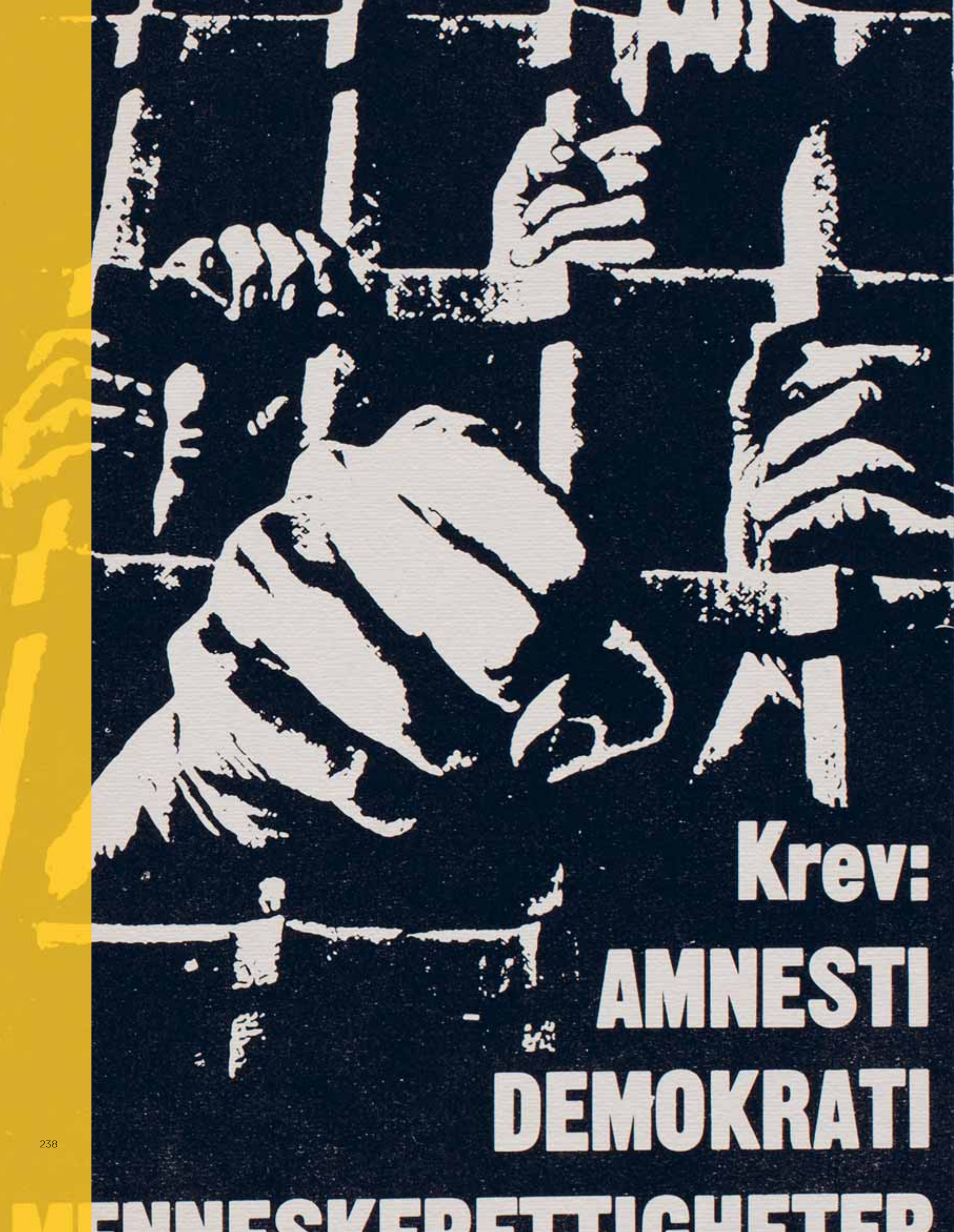
14 Sobre positivismo e não-positivismo e suas diferentes versões cf. ALEXY, Robert. On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris* 21, 2008, p. 284-290.

15 Sobre dogmática jurídica cf. JESTAEDT, Matthias. Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver; MÖLLERS, Christoph; SCHÖNBERGER, Christoph (Org.). *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin: Suhrkamp, 2011, p. 130-133.

16 Cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 431-444.

17 Nesse sentido, também o direito internacional não lhe opunha qualquer obstáculo. Cf. SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. (Org.), *Justiça de transição no Brasil. Direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, 40-44.

18 Cf. Celso de Mello, p. 173. No mesmo sentido, Cezar Peluso, p. 207.



**Krev:
AMNESTI
DEMOKRATI**

MENNESKEPETTICHEFER

NORSK UNDERSKRIFTSKAMPANJE MED KRAV OM AMNESTI

Den norske komiteen for amnesti i Brasil, har startet en underskriftskampanje med krav om frigjøring av 50 navngitte politiske fanger. Navnene er hentet fra Amnesty Internationals lister, samt fra lister vi har fått tilsendt fra amnestikomiteen i Geneve og Solidaritetsorg. for Brasils folk, også i Geneve.

De politiske fangene representerer et vidt spekter, såvel politisk, som yrkes- og aldersmessig. De fleste er fagforenings- og/eller folk med tilknytning til den katolske kirke.

De navngitte politiske fangene soner fengselsdommer fra 15 år og oppover, flere er dømt til livsvarig fengsel.

Navnelista er også oversendt det norske Utenriksdep. og Norges Flyktningsråd, hvor det blir bedt om at den norske regjering over påtrykk overfor regimet i Brasil for å få frigitt disse menneskene.

Underskriftskampanjen beregnes å avsluttes ca. 1. april -78 og alle underskrifter vil da bli overlevert den norske regjering og Brasils ambassade i Oslo, med fornyet krav om generelt amnesti for politiske fanger, flyktninger og forviste.

Undertegnede støtter den norske komiteen for amnesti i Brasil sitt krav om frigjøring av de 50 navngitte politiske fangene, samt generelt amnesti for alle politiske fanger, flyktninger og landsforviste i Brasil.

Slippen sendes: Norsk komité for amnesti i Brasil
Postboks 5036, Majorstua, Oslo 3
Postgiro 2 29 26 13

Den norske amnesti-komiteen støttes av en rekke framstående politikere, fagforeningsledere, kulturarbeidere og prester, samt følgende ungdomsorganisasjoner:

Det Nye Folkepartiets Ungdom, Kommunistisk Ungdom, Kristelig F.partis Ungdom, Senterungdommen, Sosialistisk Ungdom og Unge Venstre.

TRYKK: A/S ALL-TRYKK

12 000 POLITISKE FANGER I BRASILS FENGSLER

A
M
N
E
S
T
I



Krev:
AMNESTI
DEMOKRATI
MENNESKERETTIGHETER

Norsk komité for amnesti i Brasil.
Postboks 5036, Majorstua, Oslo 3

S
O
L
I
D
A
R
I
T
E
T

C.II. A IRRELEVÂNCIA DOS CRITÉRIOS FORMAIS

A primeira questão que se coloca é a da compatibilidade formal da Lei de Anistia com a CF. Não se pode crer que alguma lei nascida durante o regime ditatorial respeite as exigências formais da democracia, tal como especificamente configurada pela CF. A incompatibilidade formal não pode, então, ser um critério decisivo: caso o fosse, toda a legislação originada durante a ditadura militar seria inconstitucional, como ressaltado pelo ministro Eros Grau.¹⁹ Basta pensar no ainda hoje vigente Código Tributário Nacional, de 1966, para perceber que o critério tem que ser procurado em outro lugar: nas disposições materiais da CF.

C.III. A AFRONTA A DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS MATERIAIS

O arguente aponta uma série de preceitos fundamentais que, com maior ou menor intensidade, a ampla anistia parece contrariar: os princípios da isonomia, da não ocultação da verdade, os princípios democrático e republicano e o da dignidade da pessoa humana.²⁰

Os ministros não tiveram dificuldade em demonstrar que a ampla anistia, por si só, não impede o descobrimento da verdade.²¹ A isonomia, dado seu caráter formal, pôde se encaixar em diferentes argumentações: ora permitindo o tratamento diferenciado dos já condenados por crimes políticos;²² ora proibindo o mesmo tratamento a “militares torturadores” e “militares honrados que acreditavam numa estruturação estatal e numa forma de governo boas para o Brasil”;²³ ora ordenando o mesmo tratamento a “crimes praticados *no mesmo contexto* sócio-político de conflito e de luta pelo poder”²⁴. Os princípios democrático e republicano, considerados em sua dimensão formal, pareceram irrelevantes para o caso (ver acima item C.II). E apenas o ministro Eros Grau se atreveu a tratar do princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que para negar-lhe qualquer conteúdo e, assim, depreciar o “argumento descolado da dignidade da pessoa humana”²⁵

No entanto, não teria sido necessário recorrer ao art. 1º, III, da CF, ao “argumento descolado da dignidade da pessoa humana”, nem aos outros argumentos refutados de maneira relativamente

19 Cf. Eros Grau, p. 20. De maneira semelhante, Cármen Lúcia, p. 80; Ellen Gracie, p. 151.

20 Cf. a petição inicial (n. 3), p. 16-28.

21 Cf. Eros Grau, p. 18-19; Cármen Lúcia, p. 78-80; Ellen Gracie, p. 151-152; Celso de Mello, p. 197-202; Cezar Peluso, p. 209;

22 Cf. Eros Grau, p. 17.

23 Cf. Ayres Britto, p. 142.

24 Cf. Cezar Peluso, p. 208-209. Destaques no original.

25 Cf. Eros Grau, p. 23-24.

simples pelos ministros, para provar que a concessão de anistia a atos equivalentes a atos que são, hoje, tipificados como crimes de tortura ou hediondos, contraria preceitos materiais da CF. Basta citar os seguintes, referidos também pelo ministro Celso de Mello:²⁶ art. 5º, III (“ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”); art. 5º, XLIII (“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”); art. 5º, XLIX (“é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”).²⁷

Fica a questão: como, apesar de contrariar as mencionadas disposições materiais da CF, a ampla anistia da Lei 6.683/79 poderia ser constitucional?

C. IV. A PROTEÇÃO POR DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS

Se a Constituição Federal de 1988 é o parâmetro orientador do juiz (v. acima item C.I) e se a ampla anistia contraria, manifestamente, preceitos constitucionais materiais (v. acima item C.III), então um julgamento favorável à ampla anistia pressupõe disposições constitucionais que a protejam. Refaço a pergunta acima: quais disposições da CF de 1988 podem ser invocadas a favor da ampla anistia ou, mais precisamente, dos anistiados?

Essa pergunta expressa um grande ponto problemático: não só devido à importância da resposta para a solução do caso, mas, principalmente, por não existir uma resposta evidente. Tanto maior era a necessidade, portanto, de se lhe dar uma resposta explícita, completa e bem fundamentada. A primeira crítica importante feita neste trabalho ao julgamento da ADPF 153 (confusão entre interpretação definitiva e constitucionalidade, ver acima item B) repercute aqui: como dar uma resposta satisfatória a uma pergunta que não fora precisamente colocada? Erraram os ministros ao deslocar grande parte de sua atenção da Constituição para a lei, deixaram os ministros de responder a contento quais normas constitucionais protegem os anistiados.

C.IV.1. A relevância do princípio da irretroatividade

Para se chegar às normas relevantes para a solução de um caso, é necessário, antes de tudo, ter em mente as especificidades do caso. O que se tem, aqui, são situações jurídicas concretas; a Lei de Anistia constituiu situações jurídicas concretas.²⁸ E a norma constitucional específica que se refere

26 Que alude, ainda, a outros. Cf. Celso de Mello, p. 165-166.

27 Também a min. Cármen Lúcia, p. 90, reconhece a afronta da ampla anistia especialmente ao art. 5º CF.

28 Nesse ponto, o conceito de lei-medida, a que o min. Eros Grau, p. 31, faz referência, poderia ter um efeito explicativo útil.

a situações jurídicas já constituídas, a situações jurídicas concretas, é o princípio da irretroatividade. E, tratando-se de situações penais, como no caso, o princípio da irretroatividade do direito penal. Não há como buscar uma resposta para o caso sem passar pelo princípio da irretroatividade.

Quando se trata de uma lei posterior à CF, o princípio da irretroatividade pode, por um lado, fundamentar uma declaração de inconstitucionalidade. Por exemplo, no caso de uma lei que crie um novo tipo penal e queira punir os atos praticados anteriormente à sua entrada em vigência. Contudo, o princípio da irretroatividade não pode impedir a declaração de inconstitucionalidade de uma lei posterior à CF. A lei, nesse caso, nunca terá sido válida, nunca terá existido. Pense-se, por exemplo, em uma lei penal que descriminalize a tortura. Ela terá sido sempre inválida, inexistente, e o princípio da irretroatividade não pode desempenhar qualquer papel na análise de sua constitucionalidade. No primeiro exemplo, o legislador procura fazer incidir a lei sobre fatos passados, procura alterar situações jurídicas concretas, mas o judiciário o impede de fazê-lo, por força do princípio da irretroatividade. No segundo, o judiciário reconhece e declara a inexistência da lei, a qual, portanto, nunca poderá ter produzido efeitos, nunca terá constituído situações jurídicas concretas, o que, por si só, já afasta a incidência do princípio da irretroatividade.

Está-se aqui, no entanto, diante de uma lei anterior à CF. Deve-se simplesmente desconsiderar sua validade anterior e julgá-la como se fosse uma lei que tivesse nascido já durante a vigência da CF? Uma resposta afirmativa a essa questão aproximaria o nosso caso do segundo exemplo acima. Pode-se tentar fundamentar essa tese com o argumento de que não existia um mundo jurídico anteriormente à CF. Procedente o argumento e a Justiça de Transição deixaria de ser problemática, pelo menos do ponto de vista jurídico, já que um de seus problemas específicos é, justamente: como lidar, no âmbito da nova ordem jurídica, com situações jurídicas concretas constituídas sob a ordem anterior?

No entanto, dizer que não existia um mundo jurídico anteriormente à CF pressupõe uma análise da própria Constituição. Vale dizer: é a CF que diz se havia um mundo jurídico anteriormente a ela; é a CF que diz como lidar com situações jurídicas concretas constituídas sob a ordem anterior. Mais especificamente: é o princípio da irretroatividade. Ele é a resposta à pergunta anteriormente formulada (quais disposições constitucionais podem ser invocadas a favor dos anistiados?). Ele deve ser considerado, no alcance que lhe atribui a CF de 1988.

C.IV.2. O princípio da irretroatividade do direito penal

A norma constitucional que parece proteger os anistiados é a expressa pelo art. 5º, XL, da CF: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

A ministra Cármen Lúcia foi a primeira a perceber a relevância do princípio da irretroatividade do direito penal. Após ter enxergado no caso um problema de retroatividade decorrente de mudança na interpretação da lei, afirmou: “Entretanto, cuidando-se, como no caso, de matéria penal, a mudança que eventualmente sobreviesse, em primeiro lugar, não poderia retroagir se não fosse para beneficiar até mesmo o condenado; em segundo lugar, teria de ser sobre norma ainda não exaurida em sua aplicação.” Além disso, a ministra fez uma comparação com a revisão criminal dos artigos 621 e seguintes do Código de Processo Penal para classificar a mudança na interpretação da Lei 6.683/79 como uma “revisão criminal às avessas”, isto é, em prejuízo dos anistiados; essa “revisão criminal às avessas” não seria possível, já que mesmo a revisão criminal em benefício do condenado não seria admitida pelo STF quando tivesse por fundamento mudança na interpretação de lei.²⁹

O ministro Marco Aurélio trata do problema apenas indiretamente. Após ressaltar o “exaurimento de efeitos” da Lei de Anistia, cita Pontes de Miranda para classificá-la como uma “lei penal em sentido inverso”. Ressalta, ainda, citando agora Aníbal Bruno, “aproximar-se a Lei da Anistia de uma lei a abolir o crime.”³⁰

O ministro Celso de Mello afirma, inicialmente, que “seus [da anistia] efeitos em matéria penal são radicais, incidindo, retroativamente, sobre o próprio fato delituoso.”³¹ Também para ele uma lei de anistia exaure “o seu conteúdo eficaz” no momento de sua entrada em vigência. Lei posterior que procurasse suprimir os efeitos jurídicos de uma lei de anistia incidiria “na proibição constitucional que veda, de modo absoluto, a aplicação retroativa de leis gravosas”. Faz expressa referência ao art. 5º, XL, da CF.³²

Para o ministro Cezar Peluso, a Lei de Anistia teria “operado radicalmente todos os seus efeitos e de modo imediato e instantâneo, no momento em que incidiu”; teria “apagado o caráter delituoso dos fatos anistiados”. Então, “lei que revogasse os efeitos da anistia ... não poderia retroagir em hipótese alguma!”; seria “descaradamente” mais gravosa. Baseia o seu argumento no “princípio constitucional da segurança jurídica.”³³

29 Cf. Cármen Lúcia, p. 89-91. Não se trata, porém, de mudança na interpretação da lei. Tem-se, relativamente à Lei de Anistia, não um caso de redução nas possibilidades de interpretação da lei, mas um caso de redução nas possibilidades de aplicação da lei (v. item B, acima). Trata-se de confrontar a interpretação definitiva com um novo parâmetro, a CF de 1988. Além disso, é incabível a comparação com a revisão criminal, uma vez que essa tange a coisa julgada. Sobre a questão da incidência do princípio da irretroatividade em casos de mudança na interpretação da lei v. n. 81, abaixo.

30 Cf. Marco Aurélio, p. 155.

31 Cf. Celso de Mello, p. 169-170. Sem os destaques originais.

32 Cf. Celso de Mello, p. 186-188. Sem os destaques originais.

33 Cf. Cezar Peluso, p. 213.

Finalmente, o ministro Gilmar Mendes recorre a Aníbal Bruno para defender que a anistia extingue o crime, não podendo ser revogada.³⁴

Recorrente é a tese de que já estariam exauridos os efeitos da Lei de Anistia.³⁵ Os ministros deixam a impressão de que disso decorreria a impossibilidade de retroatividade.³⁶ Contudo, a proteção pelo princípio da irretroatividade do direito penal independe de a lei continuar ou não a produzir efeitos. Melhor dizendo: já a resposta a essa questão da produção de efeitos não deixa de pressupor uma análise da relação entre anistia e princípio da irretroatividade do direito penal.

Essa questão dos efeitos assemelha-se à questão da classificação da anistia como norma de direito penal material ou processual. De qualquer forma, a anistia está situada numa zona limítrofe. Talvez seja cabível uma comparação com a prescrição, cuja caracterização como regra de direito material ou processual é controversa – no Brasil, considera-se a prescrição regra de direito material;³⁷ os tribunais superiores alemães têm hoje a prescrição como regra de direito processual³⁸. Na realidade, da classificação de uma norma como norma de direito penal material ou norma de direito penal processual não decorre a incidência ou, respectivamente, não incidência, do princípio da irretroatividade do direito penal.³⁹ A distinção entre direito material e direito processual serve a um propósito,⁴⁰ que pode ser justamente o da separação entre o que é e o que não é protegido pelo princípio da irretroatividade do direito penal. Nesse caso, a incidência ou não incidência do princípio da irretroatividade do direito penal não é decorrência, mas pressuposto da distinção. Assim, antes de tudo, o que importa é descobrir se, no caso específico, é a incidência ou a não incidência do princípio da irretroatividade do direito penal que melhor se coaduna com os fins desse princípio.⁴¹

34 Cf. Gilmar Mendes, p. 249-250.

35 A despeito de defender que a anistia extingue o crime (n. 34), o min. Gilmar Mendes, p. 228, afirma que a mesma continua a produzir efeitos.

36 Com outros conceitos, o ministro Eros Grau apresenta argumento semelhante: classifica a Lei de Anistia como uma lei-medida e afirma que o art. 5º, XLIII, da CF, não pode “alcançar, por impossibilidade lógica, anistias consumadas anteriormente a sua vigência. A Constituição não recebe, certamente, leis em sentido material, abstratas e gerais, mas não afeta, também certamente, *leis-medida* que a tenham precedido.” Cf. Eros Grau, p. 33, 37. Destaques no original. Não vejo impossibilidade lógica (v. item C.I, acima). Ou melhor: é necessária uma norma jurídica que torne isso impossível.

37 Isso foi ressaltado pelo ministro Gilmar Mendes, p. 250-251, e atestam manuais de direito penal brasileiro: GRECO, Rogério. *Curso de direito penal, parte geral*, vol. 1. 10. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 730; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte geral*, vol. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 772; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal, parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 517; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, vol. 1, parte geral – arts. 1º a 120. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 662.

38 Cf. SCHMID, Johann, in: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus (Org.). *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar, dritter Band*, §§ 56 bis 79b. 12. ed. Berlin: de Gruyter Recht, 2008, Vor § 78, número de margem 8.

39 Convincente VOLK, Klaus. *Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht*. Ebel-sbach: Gremer, 1978, p. 54-57. Para uma visão geral sobre o desenvolvimento dessa ideia na Alemanha cf. DANNECKER, Gerhard. *Das intertemporale Strafrecht*. Tübingen: Mohr, 1993, p. 316-323.

40 Cf. JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Lehrbuch. 2. ed. Berlin: de Gruyter, 1991, 4/9.

41 Raciocínio semelhante em ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen; Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. ed. Munique: Beck, 2006, § 5, número de margem 58.

No julgamento da ADPF 153 o foco deveria ter recaído não sobre o instituto da anistia, mas sobre o princípio da irretroatividade do direito penal. O pressuposto implícito na afirmação de que a anistia exaure seus efeitos no momento de sua entrada em vigência, de que a anistia apaga o crime, isto é, o pressuposto de que o princípio da irretroatividade do direito penal protege os anistiados, deveriam os ministros ter explicitado como tal – como pressuposto, não como consequência – e justificado. Permanece a dúvida: estariam os anistiados protegidos pelo princípio da irretroatividade do direito penal?

Essa pergunta admite mais de uma resposta. Antes de se as procurarem, porém, deixe-se estabelecido um pressuposto que deveria ser de aceitação geral: a CF trata o princípio da irretroatividade do direito penal como um direito fundamental individual. Sua inscrição naquele artigo da CF que institui os direitos fundamentais individuais (o art. 5º) não deixa margem a dúvidas – e, se deixasse, bastaria olhar para a história do princípio da irretroatividade do direito penal⁴². Não se pode, portanto, tê-lo como “moralmente nanico”⁴³. Problemático é determinar o âmbito de proteção da norma, sua força e o momento de sua incidência.

Uma ideia amplamente aceita é a de que o princípio da irretroatividade do direito penal tem força absoluta. E a aceitação ampla dessa tese decorre de seus fundamentos consistentes, um deles histórico (ver abaixo), o outro sistemático: a proibição de o legislador agir arbitrariamente ao fazer incidirem sobre fatos passados efeitos de uma lei⁴⁴ decorre já do princípio do Estado de Direito (art. 1º, *caput*, da CF), da segurança jurídica, especificamente (que, em sua dimensão subjetiva, assume a forma de proteção à confiança).⁴⁵ Se o princípio da irretroatividade do direito penal não tivesse um traço distintivo, o inciso XL do art. 5º da CF seria inútil. A especificidade do princípio da irretroatividade do direito penal consistiria, então, em seu caráter absoluto, isto é, o princípio da irretroatividade do direito penal, diferentemente do princípio da proteção à confiança, não admitiria sopesamento.⁴⁶

42 Sobre a origem do moderno princípio da irretroatividade na teoria do direito natural iluminista cf., por todos, SCHREIBER, Hans-Ludwig. *Gesetz und Richter: zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*. Frankfurt am Main: Metzner, 1976, p. 50-61.

43 Assim o faz, porém, VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da *Lei de Anistia* brasileira e o Direito Internacional. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição* 4, 2011, p. 217.

44 Proibição de arbitrariedade no sentido de se exigir do legislador uma razão objetiva. Assim, por exemplo, a prorrogação dos prazos de prescrição para que não ficassem impunes os crimes do nacional-socialismo alemão não pode ser classificada como arbitrária. Cf. DANNECKER, 1993, p. 331.

45 Cf. MAURER, Hartmut. Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV – Aufgaben des Staates*. 3. ed. Heidelberg: Müller, 2006, § 79, número de margem 35-38.

46 Cf. SCHLINK, Bernhard. Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit. *Neue Justiz* 48, 1994, p. 436; DREIER, Horst. Gustav Radbruch und die Mauerschützen. *Juristenzeitung* 52, 1997, p. 432. Para os seguidores de Robert Alexy o princípio da irretroatividade do direito penal não deveria então ser chamado de princípio, mas de regra. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1, 2003, p. 613.

Uma das formas de se lidar com o problema do caráter absoluto do princípio da irretroatividade do direito penal é deixar de enfrentá-lo. Essa forma consiste em deslocar a discussão do princípio da irretroatividade para a validade do direito: por exemplo, nega-se, com base em argumentos de direito natural, a validade da norma que afasta a responsabilização penal, o que exclui a incidência do princípio da irretroatividade.⁴⁷

A vantagem dessa forma é não precisar negar o caráter absoluto do princípio da irretroatividade do direito penal; sua desvantagem é pressupor a existência de um direito natural.⁴⁸ Não é necessário, aqui, ir além dessas observações sobre essa forma⁴⁹: o conceito de direito, a justiça da Lei de Anistia⁵⁰ e sua compatibilidade com um direito natural não foram objeto de manifestações dos ministros. Os ministros admitiram a validade da Lei de Anistia no âmbito da ordem anterior, restando, como questão central, a compatibilidade da lei com a CF de 1988 (v. acima item C.I).

Outra forma é crer que o princípio da irretroatividade do direito penal protege a confiança, mas uma confiança merecedora de proteção. Essa forma traz de volta para o nível do princípio da

47 Veja-se a discussão sobre o princípio da irretroatividade levada a cabo na Alemanha na década de noventa, após a reunificação, por ocasião do julgamento de soldados da República Democrática Alemã que vigiavam a fronteira com a República Federal da Alemanha. Ao tentarem cruzar a fronteira para fugir para a Alemanha ocidental, muitos cidadãos da Alemanha oriental foram assassinados. A prática estatal – a partir de 1982 apoiada na lei sobre fronteiras – considerava esses assassinatos abrangidos por uma excludente de ilicitude (cf. ALEXY, Robert. *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*. Hamburgo: Joachim-Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften, 1993, p. 9-22). Quem partiu da concepção de que o direito válido se confunde com a prática, acabou por enxergar na desconsideração da excludente de ilicitude e na condenação dos soldados um ferimento ao princípio da irretroatividade (JAKOBS, Günther. *Untaten des Staates – Unrecht im Staat. Strafe für die Tötungen an der Grenzen der ehemaligen DDR? Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1994, p. 5-10, 16-19). Quem se aproximou de uma concepção positivista, quer considerando problemática a aplicação do direito natural para a determinação da invalidade/validade jurídica de normas (DREIER, 1997, p. 428-432), quer expressamente rejeitando um conceito de direito que não leve em conta a realidade (SCHLINK, 1994, p. 435-436), também acabou por enxergar na desconsideração da excludente de ilicitude e na condenação dos soldados um ferimento ao princípio da irretroatividade. Finalmente, os não-positivistas, que recorreram à fórmula de Radbruch (sobre a fórmula de Radbruch no contexto dessa discussão cf. KAUFMANN, 1995). ALEXY, 1993, considerou os assassinatos uma injustiça extrema (p. 29-30); a excludente de ilicitude não seria juridicamente válida e, assim, não a levar em conta não feriria o princípio da irretroatividade (p. 32-33). Como os tribunais resolveram a questão? O tribunal constitucional federal adotou a concepção não-positivista. Assumi que a prática de se aplicar a excludente de ilicitude constituía um “extremo não-Direito” e concluiu pela não incidência do princípio da irretroatividade, cujo caráter absoluto não deixou de ser reafirmado pelo tribunal (cf. BVerfGE 95, 96 [130-136], com referências a decisões da corte federal alemã). Enfim, nessa discussão toda, não é a extensão do princípio da irretroatividade que está em disputa, nem o seu caráter absoluto, mas o conceito de direito, embora, muitas vezes, pareça que se esteja inferindo de seu caráter absoluto um conceito de direito.

48 Cf. NEUMANN, Ulfrid. Positivismo, realismo e moralismo jurídicos no debate sobre a contribuição do direito penal para a transição de sistemas políticos. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert (Org.). *Justiça de transição no Brasil. Direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137-140.

49 Que, ademais, parece possuir semelhanças com o enfoque dado pelo direito penal internacional ao princípio da legalidade. O direito penal internacional não trabalha com um princípio da legalidade estrito, que exija lei escrita. Daí surgem as discrepâncias com o tradicional princípio da legalidade estrito do direito interno de Estados em que vigora o sistema de *civil law*. Sobre o significado do princípio da irretroatividade no direito penal internacional e no direito constitucional alemão cf. AMBOS, Kai. *Nuremberg revisited – Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot. Strafvverteidiger* 17, 1997a, p. 40-42. A não necessidade de lei escrita faz com que se confundam todos os aspectos do princípio da legalidade estrito (proibição de analogia, necessidade de leis escritas, proibição de leis incertas e princípio da irretroatividade): o problema se reduz à determinação do – não necessariamente estatutário – direito vigente à época do ato. No âmbito da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos, um princípio da legalidade não estrito não deixa de ser consequência da necessidade de se integrarem os diferentes sistemas de direito, o sistema romano-germânico e o sistema de *common law*, e, assim, de se achar um mínimo denominador comum aos dois. Sobre a influência da *common law* do Reino Unido na interpretação do princípio da legalidade da Convenção Européia sobre os Direitos Humanos e as divergências dessa interpretação com o direito interno alemão cf., novamente, AMBOS, Kai. *Artikel 7 EMRK, Common Law und die Mauerschützen. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 86, 2003, p. 31 et seq.

50 A min. Cármen Lúcia recorreu ao argumento da justiça. Por um lado, para afirmar que a não recepção da Lei de Anistia pela CF de 1988 “conduziria a injustiças óbvias e manifestas, e não para os que reprimiram, mas para os que sofreram e deram suas vidas para que, a começar pela lei em questão, se obtivesse o retorno do Estado de Direito no Brasil” (p. 82). Por outro lado, para dizer que “o disposto no § 1º do art. 1º da Lei n. 6683/79 não me parece justo” (p. 92).

irretroatividade do direito penal, para o nível do direito positivo, as ponderações materiais que a forma anterior levava para a dimensão ideal do direito.

Quem recorre a essa forma não precisa, portanto, admitir a existência de um direito natural. Não consegue, porém, fugir de ponderações materiais. Pode-se ponderar abstratamente; por exemplo, para excluir o instituto da prescrição do âmbito de proteção do princípio da irretroatividade do direito penal.⁵¹ A ponderação em abstrato permite que o princípio da irretroatividade conserve um núcleo essencial, irredutível em concreto, referente, por exemplo, aos elementos do tipo penal.⁵² Trata-se, na verdade, de delimitar o âmbito de proteção da norma. Daí ser uma forma indireta de relativização.

A forma direta é aquela que admite a ponderação no caso concreto.⁵³ Essa acaba com o caráter absoluto do princípio da irretroatividade do direito penal, reduzindo-o ao princípio da proteção à confiança.

A essas formas de relativização (concepções fracas) contrapõe-se uma concepção forte do princípio da irretroatividade do direito penal. Para os adeptos da concepção forte, o princípio da irretroatividade do direito penal seria mais do que uma expressão do princípio da culpabilidade, ele não se referiria a uma confiança individual.⁵⁴ E ele iria além de proteger uma confiança – objetiva – que merecesse proteção – abstrata ou concretamente.

O princípio da irretroatividade do direito penal, de qualquer forma uma manifestação específica do princípio do Estado de Direito, encontraria fundamento no ideal iluminista da limitação do poder estatal no interesse da liberdade individual.⁵⁵ Dada a intensidade de uma intervenção penal do Estado na liberdade individual, a ele seria vedado aumentar o seu poder punitivo-penal sobre

51 Na Alemanha, o princípio da irretroatividade do direito penal esteve em debate também em outro momento, após o regime do nacional-socialismo. Discutiu-se, então, se a prescrição seria alcançada por esse princípio. Parte da doutrina defendeu que a confiança do autor do crime na não prorrogação dos prazos prescricionais não seria merecedora de proteção (por exemplo, CALVELLI-ADORNO, Franz. *Die Verlängerung der Verjährungsfrist für die Strafverfolgung von Verbrechen, die mit lebenslangem Zuchthaus bedroht sind. Neue Juristische Wochenschrift* 18,1, 1965, p. 273-274). O tribunal constitucional federal chegou à mesma conclusão, mas recorrendo ao já mencionado duvidoso critério da distinção entre norma de direito penal material e norma de direito penal processual (cf. BVerfGE 25, 269 [286-287]). Para uma visão geral sobre essa discussão na Alemanha do pós-guerra cf. SCHREIBER, Hans-Ludwig. *Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 80, 1968, p. 350-351. Sobre o tema cf., ainda, ROXIN, 2006, § 5, número de margem 60.

52 GRÜNWARD, Gerald. *Zur verfassungsrechtlichen Problematik der rückwirkenden Änderung von Verjährungsvorschriften, Monatschrift für deutsches Recht* 19, 1965, p. 522-523, critica o critério da confiança merecedora de proteção. Porque, por um lado, ele realmente é capaz de justificar a irretroatividade: por exemplo, no caso de um ato que, à época de sua realização, não era proibido, mas que, posteriormente, tenha sido elevado pelo legislador à categoria de penalmente sancionável. Por outro, ele seria insuficiente para justificar até mesmo a irretroatividade do aumento de pena. Semelhantemente SCHREIBER, 1968, p. 360-362.

53 Apesar de não diferenciarem entre ponderação em abstrato e em concreto, também – e principalmente – contra essa parecem insurgir-se GRÜNWARD, 1965, p. 523, e SCHREIBER, 1968, p. 366-368.

54 Cf. JUNG, Heike. *Rückwirkungsverbot und Maßregel*. In: BRODA, Christian; DEUTSCH, Erwin; SCHREIBER, Hans-Ludwig; VOGEL, Hans-Jochen (Org.). *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, Neuwied: Luchterhand, 1985, p. 883-884.

55 V. acima n. 42.

um indivíduo em relação a fatos passados (ou o seu poder punitivo-penal concreto), garantindo-se, assim, a objetividade do direito. O princípio da irretroatividade do direito penal estender-se-ia, com sua força absoluta, a todos os pressupostos da punibilidade.⁵⁶ Logo, também uma lei de anistia, um pressuposto negativo de punibilidade, seria abrangida pelo absoluto princípio da irretroatividade do direito penal.

Adotar a concepção forte para a determinação da extensão e da força do princípio da irretroatividade do direito penal não elimina a necessidade de se determinar quando ele incide, isto é, de se determinarem quais são os pressupostos de sua incidência.

Aparentemente, o critério para se determinar quando ele incide é pura e simplesmente a validade do direito,⁵⁷ e muitas discussões importantes são travadas nesse nível, como dito acima. Ocorre que a concepção forte esconde outra condição para a incidência do princípio da irretroatividade do direito penal.

Como todo direito fundamental,⁵⁸ também ele pressupõe a oposição entre indivíduo, de um lado, e Estado, ou poder estatal, de outro; também ele pressupõe a sujeição do indivíduo ao poder estatal. Mas ele se distingue dos outros direitos fundamentais ao se voltar para o passado: a ele importa manter inalterada uma situação jurídica surgida no passado, concreta. Assim sendo, não se pode deixar de olhar para o passado desde o seu ponto de vista. Se ele opera segundo a lógica da relação de sujeição indivíduo-poder estatal, então ele pressupõe não somente que essa relação existe hoje, mas, também, que ela existia no passado.

Assim, não é que o princípio da irretroatividade do direito penal caiba somente numa ordem contínua;⁵⁹ é que ele cabe sem reparos somente se também na situação jurídica que ele visa a manter inalterada, a proteger, identificar-se a sujeição do indivíduo ao poder estatal. Em termos simplificados, é como se ele ordenasse: aquilo que o poder estatal concedeu ao indivíduo que lhe é subordinado, o poder estatal não pode tomar de volta.⁶⁰

56 Cf. JAKOBS, 1991, 4/9. Para uma justificação completa e convincente dessa concepção cf. SCHREIBER, 1976, p. 209-220.

57 Cf. DANNECKER, 1993, p. 258.

58 Cf. ISENSEE, Josef. Staat und Verfassung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II – Verfassungsstaat*. 3. ed. Heidelberg: Müller, 2004, § 15, número de margem 145.

59 Cf. JAKOBS, 1991, 4/9 n. 23.

60 A igual conclusão chegam NAUCKE, Wolfgang. Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 73, 1990, p. 256-257; Idem. *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1996, p. 55-58; SCHÜNEMANN, Bernd. Diskussionsbericht. In: LAMPE, Ernst-Joachim (Org.). *Deutsche Wiedervereinigung, Band II: Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung*. Colônia: Heymanns, 1993, p. 48, 80-81; WELKE, Wanja Andreas. Rückwirkungsverbot zugunsten staatlicher Kriminalität? *Kritische Justiz* 28, 1995, p. 377.

Levar em conta somente a validade da situação jurídica desconsidera a lógica interna do princípio da irretroatividade do direito penal. Os pressupostos de sua incidência são dois, enfim: a validade da situação jurídica concreta e a sujeição do indivíduo ao poder estatal, no momento de constituição da situação.

Quais as consequências de se adotar uma concepção fraca ou a concepção forte?

Os ministros parecem não ter colocado em dúvida que, no plano abstrato, o instituto da anistia é alcançado pelo princípio da irretroatividade do direito penal. Teria, então, lhes restado adotar a concepção fraca correspondente à relativização direta. Se se adota essa concepção fraca, a solução do caso passa por um sopesamento entre, de um lado, a proteção pelo princípio da irretroatividade do direito penal e, de outro, os interesses resguardados pelas já referidas disposições constitucionais materiais (ver acima item C.III). Sopesamento que deve abranger não só parte (a que se refere aos que agiam em nome do Estado), mas toda a Lei de Anistia; e sopesamento não em um nível abstrato, mas relativo ao caso concreto, considerando-se as circunstâncias do caso.

Enfim, aquilo que, isoladamente considerado, era irrelevante – o aspecto formal da Lei de Anistia (ver acima item C.II) – adquire, através do princípio da irretroatividade do direito penal, importância central.

Ocorre que, em primeiro lugar, reduzir-se-ia o princípio da irretroatividade do direito penal ao princípio da proteção à confiança. Em segundo lugar, mesmo admitindo-se a possibilidade de se obter um resultado racional, não se pode escapar de outro problema que a técnica do sopesamento enseja, nomeadamente, o referente à legitimação do tribunal constitucional. Problema esse que se torna ainda mais evidente quando a decisão exige a interpretação e valoração da história. A pergunta é inevitável: não teria o povo – diretamente, mediante referendo, ou por meio de seus representantes – maior legitimação para decidir o que deveria prevalecer nesse caso concreto? Parecia claro que os ministros Eros Grau e Cármen Lúcia haviam adotado a concepção forte como premissa normativa.

No entanto, ao sugerirem a possibilidade de o legislador rever a Lei de Anistia,⁶¹ parecem ter se aproximado dessa concepção fraca, atribuindo ao legislador a competência para o sopesamento.

Também os outros cinco ministros “vencedores” não explicitaram, nem justificaram, a concepção por eles pressuposta. Não obstante, pode-se inferir que pressupuseram a concepção

61 Cf. Eros Grau, p. 39, 41-42; Cármen Lúcia, p. 94.

forte. A premissa jurídico-normativa correspondente à concepção forte pode ser expressa da seguinte forma: está-se diante de situações jurídico-penais concretas protegidas pelo princípio da irretroatividade do direito penal se, considerado o momento de sua edição, a Lei de Anistia for juridicamente válida e se referir a quem estava submetido ao poder estatal. Foge-se de ponderações materiais, mas não se pode fugir da análise objetiva sobre quem editou a Lei de Anistia e para quem.⁶²

Enfim, aquilo que, isoladamente considerado, era irrelevante – o aspecto formal da Lei de Anistia (ver acima item C.II) – adquire, através do princípio da irretroatividade do direito penal, importância central. Os ministros parecem ter percebido isso, ainda que intuitivamente: esforçaram-se muito para apresentar a ampla anistia como o resultado de uma deliberação democrática.

D. A ENCRUZILHADA

Num Estado democrático, o pressuposto da sujeição do indivíduo ao poder estatal estará necessariamente satisfeito. Isso porque elementos jurídico-formais permitem que se faça a abstração que atribui ao povo o poder estatal.

Quando se trata de um Estado ditatorial, a situação muda. Não se podendo fazer a abstração que atribui ao povo o poder estatal, é possível individualizar quem o detinha, seja o ditador em uma monocracia, sejam os membros de um grupo, como uma elite militar, em uma oligarquia.⁶³ Tratando-se de uma anistia concedida por esses a eles mesmos, o princípio da irretroatividade do direito penal não lhes aproveita.

No caso da ditadura militar brasileira, é evidente que em 1979 os opositores ao regime estavam submetidos ao poder estatal; o problema se dá quanto à posição daqueles que agiam em nome do Estado.

D.I. A VALORAÇÃO DA HISTÓRIA

Não obstante a premissa jurídico-normativa base da decisão não ter sido fundamentada nem explicitada, os ministros, bem ou mal, chegaram ao ponto decisivo: saber se a ampla anistia foi

62 O que se coaduna com o direito e jurisprudência internacionais, que elegeram a *auto-anistia* como um dos critérios de invalidade de leis de anistia. Cf. AMBOS, Kai. *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen: zur "impunidad" in südamerikanischen Ländern aus völkerstrafrechtlicher Sicht*. Freiburg im Breisgau: iuscrim, 1997b, p. 213-215.

63 Certamente, estruturas oligárquicas estão presentes nas democracias. O traço diferencial das oligarquias é a ausência dos elementos jurídico-formais caracterizadores da democracia, como as eleições periódicas daqueles que exercem o poder estatal. Sobre o tema cf. ZIPPELIUS, Reinhold. *Allgemeine Staatslehre. Politikwissenschaft. Ein Studienbuch*. 16. ed. Munique: Beck, 2010, p. 144-145.

uma imposição vinda “de cima para baixo” ou uma concessão vinda “de baixo para cima”.⁶⁴ No entanto, os ministros optaram por resolver o problema invertendo a ordem das coisas: tentaram transformar o que foi mais ou menos imposto de cima para baixo em uma concessão vinda de baixo para cima. E essa é a grave deficiência substancial do julgamento.

Com exceção dos ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, todos os outros se esforçaram, com maior ou menor intensidade, para demonstrar que a Lei de Anistia foi o resultado de um acordo; mais do que isso, de um “longo debate nacional”.⁶⁵

Alguns elementos objetivos impedem, porém, que esse acordo torne a anistia brasileira uma anistia de uns aos outros, o que lhe poderia retirar a mácula de auto-anistia. Naquele momento, os perseguidos pelo regime não estavam em uma posição que lhes permitisse manifestar livremente sua vontade. Reproduzo as palavras do ministro Eros Grau: “Era ceder e sobreviver ou não ceder e continuar a viver em angústia (em alguns casos, nem mesmo viver)”⁶⁶. Houve, sim, um acordo, mas um acordo marcado por um vício de consentimento: o vício da coação. Afinal, havia então “presos políticos a libertar, ... processos a trancar, preocupações inadiáveis para os que então lutávamos pela anistia”⁶⁷. Esse acordo viciado não faz da Lei de Anistia uma lei democrática; pelo contrário, reforça a sua origem ditatorial.⁶⁸

Isso se confirma quando se analisa o parlamento que a votou. Para compreendê-lo é necessário voltar a 1974. Ao final de 1974, já sob o governo do general Ernesto Geisel, realizar-se-iam eleições: eleições para as Assembléias Legislativas estaduais, para governadores dos Estados e para o Congresso Nacional.

Os governadores dos Estados seriam eleitos, de forma indireta, pelas respectivas Assembléias Legislativas, cujos membros seriam eleitos de forma direta. Também as eleições para o Congresso Nacional seriam diretas. O governo confiava em uma vitória inconteste da ARENA (Aliança Renovadora Nacional, partido de apoio ao regime militar) e abriu mão do expediente a que o governo do general Emílio Garrastazu Médici recorrera nas eleições de 1970: a perseguição à oposição política. Pelo

64 Com essas expressões descreve DÜRIG, Günter. Staatsformen. In: BECKERATH, Erwin et al. (Org.). *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften: zugleich Neuauflage des Handwörterbuchs der Staatswissenschaften, Band 9: Restitution – Stadt*. Stuttgart et al.: Fischer et al., 1956, p. 743, a estrutura do poder no governo de um e no governo de muitos. Como aquela vinda “de cima para baixo” define Goffredo da Silva Telles Júnior, em sua Carta aos Brasileiros, de 1977, in: SCHUBSKY, Cássio. *Estado de direito já!: os trinta anos da Carta aos Brasileiros*. São Paulo: Lettera.doc, 2007, p. 23, a ordem jurídica que é imposta, ilegítima.

65 Cf. Celso de Mello, p. 174, citando o parecer da Procuradoria Geral da República. A tese do acordo aparece em diversos momentos. Cf., apenas: Eros Grau, p. 21-23; Cármen Lúcia, p. 81-82; Ellen Gracie, p. 152-153; Cezar Peluso, p. 209-210; Gilmar Mendes, p.241-242.

66 Cf. Eros Grau, p. 37.

67 Cf. a entrevista concedida por Sepúlveda Pertence à Carta Maior em 18 jan. 2010, disponível em <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=16339> (acesso em: 20 abr. 2012).

68 Para uma visão geral dos acontecimentos históricos que demonstram que a violência estatal acuava os opositores ao regime cf. SILVA FILHO (n. 9), p. 19-22, com mais referências bibliográficas.

contrário: mesmo os candidatos do MDB (Movimento Democrático Brasileiro, o partido que representava a oposição ao regime militar) puderam usar a televisão para fazer propaganda política.

Das 364 cadeiras na Câmara dos Deputados, o MDB conquistou 165 – um acréscimo de praticamente 50% em relação a 1970 –, restando à ARENA as outras 199 – 24 a menos do que as conquistadas nas eleições de 1970. No Senado, o MDB obteve 20 cadeiras – contra sete obtidas nas eleições de 1970 –, ficando a ARENA com as outras 46.

O enfraquecimento do governo ficou explícito com a derrota da ARENA – e respectiva vitória do MDB – nas eleições para as Assembleias Legislativas do Acre, do Amazonas, do Paraná, do Rio de Janeiro, do Rio Grande do Sul e de São Paulo. A isso se somou a vitória do MDB em grandes cidades, como Porto Alegre, Belo Horizonte, Salvador, Rio de Janeiro e São Paulo, nas eleições para as Câmaras municipais em fins de 1976.

Em meados de 1976 veio uma das reações do governo: a “Lei Falcão” (referência ao então ministro da justiça, Armando Falcão) reduziu a possibilidade de propaganda política em televisão à reprodução da imagem do candidato, sem som.

Temendo um fortalecimento ainda maior do MDB nas eleições de 1978, o governo apressou-se em alterar as regras eleitorais. Não contando o governo com uma maioria parlamentar que lhe possibilitasse emendar a Constituição, optou o general Geisel por lançar mão do instrumento que, do ponto de vista jurídico-formal, caracteriza a ditadura militar brasileira: o Ato Institucional nº 5 (AI-5). Em 1º de abril de 1977, Geisel fechou o Congresso Nacional e, recorrendo ao AI-5, reformou a Constituição com vistas a garantir o predomínio da ARENA após as eleições de 1978: entre outras coisas, os governadores dos Estados seriam novamente escolhidos indiretamente, assim como um terço dos senadores (os senadores “biônicos”), passando a haver a participação dos vereadores nos colégios eleitorais estaduais; o número dos deputados federais por Estado deixaria de ser estipulado com base no número de eleitores, passando a ser estipulado com base na população. Esse conjunto de reformas convencionou-se rotular como “pacote de abril”. No dia 15 de abril, o Congresso foi reaberto.⁶⁹ Assim é que, nas eleições de 1978, o pacote de abril ajudou a Arena a garantir a maioria no Congresso,⁷⁰ principalmente ao conter o crescimento do MDB na Câmara dos Deputados.⁷¹ Assim é que foi formado o Congresso que votaria, em 1979, a Lei de Anistia.⁷²

69 Sobre as eleições de 1974 e as estratégias do governo para garantir sua vitória nas eleições de 1978 cf. SKIDMORE, Thomas E. *Brasil: de Castelo a Tancredo, 1964-1985*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 335-339, 369-375, e SILVA FILHO (n. 9), p. 22-25, que demonstram que o governo, como seria de se esperar de um governo ditatorial, não se olvidou de fazer uso de cassações e censura.

70 Cf. SKIDMORE, 1988, p. 395, com mais referências.

71 Cf. BRITTO, Luiz Navarro de. As eleições legislativas de 1978: as eleições nacionais, *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 51, 1980, p. 13-19, 26-33.

72 Sobre a gênese da Lei de Anistia no Congresso Nacional cf. SILVA FILHO (n. 9), p. 25-30.



EXPOSIÇÃO ARPILLERAS, BRASÍLIA/DF,
DE 22 A 29 DE MARÇO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



Não se trata de valorar a história, de dizer se o acordo pela ampla anistia foi bom ou não, necessário ou não, esperado ou não. Trata-se de identificar elementos objetivos que impedem que se classifique a ampla anistia brasileira como democrática. O parlamento que a votou e sua gênese nesse parlamento, por exemplo; as perseguições políticas, outro exemplo. Não há dúvida: a Lei de Anistia não foi o produto de um acordo isento de vícios. Os ministros parecem ter feito o inverso: transformaram a sua valoração da história em um dado objetivo que coubesse na premissa jurídico-normativa.

D.II. A EMENDA CONSTITUCIONAL 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985

Como demonstrado, a tese do acordo sobre a Lei de Anistia é falsa, não obstante ter sido explicitamente defendida por seis ministros. A vontade de fazer com que a premissa menor coubesse na premissa maior levou, ainda, a uma análise tortuosa da Emenda Constitucional 26, de 27 de novembro de 1985 (EC 26/85).

Relativamente a essa emenda, podem-se identificar três linhas de argumentação, complementares: a anistia da EC 26/85 reproduziria a anistia da Lei 6.683/79, isto é, ambas teriam o mesmo alcance; a EC 26/85 seria o produto de um Congresso democrático; a EC 26/85 seria parte integrante da Constituição hoje em vigor.

É difícil refutar o segundo argumento, uma vez que, por exemplo, as eleições para governadores estaduais já haviam sido diretas (eleições de 1982) e a oposição, nas eleições indiretas de janeiro de 1985, conseguira eleger o primeiro presidente civil desde o golpe de 1964.⁷³ Relativamente às eleições de 1982, que elegeram o Congresso que aprovou a EC 26/85, há quem chegue a afirmar que o Brasil tenha “dado uma lição de democracia eleitoral”, tendo mais de 45 milhões de eleitores dado o seu voto.⁷⁴

O terceiro argumento é muito problemático. É, de fato, difícil aceitar a tese⁷⁵ de que a EC 26/85, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte, *livre e soberana* (art. 1º), isto é, que convocou um poder constituinte originário, seja, ela própria, um produto do poder constituinte originário⁷⁶ ou tenha imposto limites à atuação do mesmo.⁷⁷ Essa é, contudo, uma questão irrelevante. Porque, de qualquer forma, a anistia da EC 26/85, por meio do princípio da irretroatividade do art. 5º, XL, da CF, goza de proteção constitucional.

Problemático e relevante é o primeiro argumento. Costuma-se aceitar, sem maiores objeções, a tese segundo a qual a EC 26/85 incorporou a anistia da Lei 6.683/79. Ocorre que essa emenda simplesmente não reproduz a definição de “crimes conexos” constante do art. 1º, § 1º, da lei.⁷⁸ Ora, mas é justamente essa definição que impede uma interpretação sistemática, tal como as

73 Nesse sentido BATISTA, Nilo. Nota introdutória a DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert (Org.). *Justiça de transição no Brasil. Direito, responsabilização e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11, a quem se refere o min. Eros Grau, p. 42-43. Também a min. Ellen Gracie, p. 151, recorre a esse argumento.

74 Cf. SKIDMORE, 1988, p. 453-454.

75 Rejeitam-na expressamente os min. Cármen Lúcia, p. 87-88, e Ayres Britto, p. 144-146.

76 Cf. Eros Grau, p. 43-44.

77 O min. Gilmar Mendes reconhece não se poder falar em poder constituinte originário em 1985 (p. 253-254). Afirma, por outro lado, que a EC 26/85 não pode fazer parte da constituição emendada (p. 254). A EC 26/85 inserir-se-ia num processo “de revisão total instaurado pela própria ordem constitucional [então vigente], sem maiores rupturas do ponto de vista histórico-político” (p. 264). Pergunto: mas se a emenda não faz parte da ordem anterior, então como se falar em revisão total, no sentido de um processo ordenado? Revisão total só faz sentido se houver um ponto de contato entre velha e nova ordem. O ministro conclui sua tese defendendo que a EC 26/85 contém os fundamentos da nova ordem constitucional (p. 264). Mas, ainda que se considere que a EC 26/85 deu início a um processo de revisão total, ela nunca terá sido o resultado desse processo. O resultado é a própria CF de 1988, de que a emenda não faz parte, a menos que se admita que a atuação do poder constituinte originário tenha sido limitada pela emenda, e não livre e soberana. A tese da revisão total, sozinha, não é capaz de fundamentar a existência de limites à atuação do poder constituinte originário.

78 Por isso diz o min. Ayres Britto, p. 142-143, que a EC 26/85 relativizou a anistia. O min. Ricardo Lewandowski afirma ter sido a anistia da Lei 6.683/79 parcialmente reproduzida pela EC 26/85. No mesmo sentido, afirma o min. Gilmar Mendes, p. 231: “Não obstante tenha a chamada EC nº 26/85 novamente previsto anistia para os autores de crimes políticos e conexos, ela não faz expressa menção aos crimes supostamente perpetrados pelos agentes públicos responsáveis pela repressão dos opositores ao regime”.

sugeridas pelos ministros Ricardo Lewandowski⁷⁹ e Ayres Britto⁸⁰, que restrinja a abrangência da Lei de Anistia.

Se essa definição impede uma interpretação sistemática, impondo que se parta de uma interpretação definitiva e que se confronte essa interpretação definitiva com a CF, sua ausência, por outro lado, permite uma interpretação sistemática, que tenha a interpretação definitiva não como ponto de partida, mas como ponto de chegada; de uma questão de validade passa-se a uma questão de interpretação; de um caso de eventual nulidade parcial sem redução de texto passa-se a um caso de interpretação conforme a Constituição (v. item B, acima).⁸¹ E, então, consideradas as já referidas disposições constitucionais materiais que a ampla anistia contraria (v. item C.III, acima), parece, relativamente à anistia da EC 26/85, contar com fortes argumentos a conclusão a que chega o ministro Ayres Britto: não abrangência, pela anistia, dos crimes previstos no art. 5º, XLIII, da CF.⁸²

Enfim, a EC 26/85 pode ser considerada um produto de um Congresso democrático; no entanto, não se pode dela inferir uma ampla anistia. Ampla, só a anistia da Lei 6.683/79. Protegidos pelo princípio da irretroatividade do direito penal, só os opositores à ditadura.

E. A SAÍDA: O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

A não proteção pelo princípio da irretroatividade do direito penal significa que a anistia concedida pela Lei 6.683/79 àqueles que agiam em nome do Estado é inconstitucional? Não. Apesar de não gozar de proteção pelo art. 5º, XL, da CF, o interesse desses anistiados é levado em consideração pelo princípio da proteção à confiança, o qual, como já foi dito (item C.IV.2, acima), é a expressão da dimensão subjetiva da segurança jurídica, esta decorrente do princípio do Estado de Direito.

79 Cf. Ricardo Lewandowski, p. 109 et seq.

80 Cf. Ayres Britto, p. 134 et seq.

81 Pode-se questionar se o princípio da irretroatividade incide também em casos de mudança na interpretação da lei pelos tribunais. Há quem entenda que não; não fosse assim e se confundiriam atividade legislativa e judicante, cuja separação é um pressuposto do princípio da irretroatividade. Nesse sentido, ROXIN, 2006, § 5, número de margem 61; JAKOBS, 1991, 4/81; DANNECKER, 1993, p. 388-392; MAURER, 2006, número de margem 147-149. É discutível a validade dessa tese, pelo menos para os casos de mudança imposta pelo próprio legislador – por exemplo, mediante a introdução de novos parâmetros ao sistema. Ainda que fosse possível (não o é, v. item B, acima), uma reinterpretação da Lei de Anistia conforme a CF de 1988 enfrentaria essa dificuldade. Seja como for, essa é uma questão irrelevante no âmbito da EC 26/85. Porque a atualidade dessa questão depende da existência de uma prática interpretativa consolidada (por exemplo, SCHREIBER, Hans-Ludwig. Rückwirkungsverbot bei einer Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht? *Juristenzeitung* 28, 1973, p. 717, defende a irretroatividade caso se trate do abandono de jurisprudência não contraditória, clara, de tribunal superior); tal prática interpretativa, relativamente à anistia da EC 26/85, jamais existiu.

82 Cf. Ayres Britto, p. 146.

Diferentemente do princípio da irretroatividade do direito penal, o princípio da proteção à confiança não visa a manter inalterada uma situação jurídica surgida no passado, concreta; ele simplesmente atribui algum valor jurídico ao interesse subjetivo na preservação dessa situação, admitindo que se o sopesa com os demais interesses em jogo.⁸³ Aqui, de um lado, o interesse subjetivo das vítimas – e objetivo da sociedade – em que haja a identificação e responsabilização penal dos que praticaram atos que, já à época, eram tipificados pelo direito então vigente como crimes, e, por outro lado, o interesse subjetivo desses últimos – e objetivo da sociedade – na preservação de uma situação jurídica concreta válida.

Trata-se de um sopesamento que leve em consideração as circunstâncias concretas do caso. Há que se considerar que o interesse na responsabilização penal vai perdendo sentido – jurídico – na medida em que são adotadas outras medidas reparadoras, tais como as indenizações às vítimas e a busca pela elucidação dos fatos.⁸⁴ Por exemplo, o Estado brasileiro, por meio das leis 9.140/95 e 10.559/2002, vem indenizando as vítimas da ditadura;⁸⁵ a Lei 12.528/2011 acaba de instituir a Comissão da Verdade, cujo propósito é elucidar fatos ocorridos durante a ditadura; no mesmo contexto, acaba de ser promulgada a “lei de acesso a informação” (Lei 12.527/2011).

Essa constelação parece demonstrar que o Estado não está aquém do mínimo a que a CF o obriga, relativamente às vítimas. De qualquer forma, o mínimo não pode ser *a priori* o máximo, porque o interesse contrário, ao qual o princípio da proteção à confiança atribui significado jurídico, também deve ser considerado. Em outras palavras: o princípio da proteção à confiança impede que o Estado tenha a obrigação de ir ao máximo. Ele *pode* ir além do mínimo, ir mesmo ao máximo, chegando a ignorar o interesse contrário. Se o Estado *deve* ir ao máximo, me parece, agora, ser uma questão política, a ser decidida no foro próprio às questões políticas, qual seja, o Congresso Nacional. É nesse sentido que passa a ser verdadeira a tese, sugerida pelos ministros Eros Grau e Cármen Lúcia (v. item C.IV.2, acima), de que o Congresso Nacional é que é o foro legítimo para rever a Lei de Anistia.

83 Lembrando que o princípio de proteção à confiança possui para as leis-medida o mesmo significado que para as leis em sentido material. Cf. MAURER, 2006, número de margem 85.

84 AMBOS, Kai. The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC. In: AMBOS, Kai; LARGE, Judith; WIERDA, Marieke (Org.), *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Peace and Development. The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*. Berlim: Springer, 2009, p. 49-52, propõe que se recorra ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) para se analisar a admissão de limitações ao interesse das vítimas em que se faça justiça. Tratar-se-ia de um sopesamento entre interesse na justiça e interesse na paz. Com base no direito internacional, *Ambos* sugere que essa possibilidade de limitações esteja, por sua vez, sujeita a uma limitação *ratione materiae* e a uma *ratione personae*: crimes de forte intensidade contra a humanidade, como tortura, execuções sumárias e desaparecimentos forçados, não poderiam ser anistiados; também a chamada auto-anistia seria inválida. Além disso, *Ambos* ressalta a importância do descobrimento da verdade como condição para outras formas de responsabilização que não a penal. Sobre as limitações materiais e pessoais cf., ainda, AMBOS, 1997b, p. 210-215. No caso da anistia da Lei 6.683/79, as limitações propostas por *Ambos* não se aplicam. Primeiro, há uma sutil diferença entre a questão da justiça da *concessão* de uma anistia e a questão da justiça da *revogação* de uma anistia. Essa última sempre abrangerá o interesse dos anistiados no respeito à sua confiança na manutenção da situação jurídica concreta válida. Em segundo lugar, e isso é o decisivo, à época da concessão da anistia pela Lei 6.683/79 o direito internacional não opunha obstáculos à validade da Lei de Anistia (v. item C.I, acima).

85 Sobre as sanções jurídicas não penais que vêm sendo impostas pelo Estado brasileiro cf. SWENSSON JUNIOR, 2010, p. 31-32.

F. CONCLUSÃO

Buscou-se aqui apontar algumas deficiências no julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e indicar as premissas jurídico-normativas aplicáveis ao caso.

As deficiências metodológicas podem ser traduzidas como uma desatenção relativamente à estrutura de um controle de constitucionalidade. Transformou-se em questão central o que não era – o objeto de prova – e deixou-se de dar a devida atenção ao que era muito problemático – o parâmetro.

Com relação ao objeto de prova, houve confusão entre interpretação definitiva e constitucionalidade, questão de validade e questão de interpretação, interpretação como ponto de chegada e interpretação como ponto de partida.

Esses problemas repercutiram na análise do parâmetro: deu-se muito pouca atenção para a CF de 1988. Qual norma constitucional impediria que os efeitos produzidos por uma lei-medida fossem revistos? Qual norma constitucional nos diz que os efeitos de uma anistia se exauram no momento de sua entrada em vigência? Qual norma constitucional impediria que esses efeitos, já exauridos, fossem revistos? A norma constitucional em que a decisão do STF parece apoiar-se, a concepção forte do princípio da irretroatividade do direito penal (art. 5º, XL, da CF), está apenas implícita no julgamento. É, por isso mesmo, difícil ir além de uma crítica metodológica, já que ao crítico não resta alternativa senão supor e fundamentar a suposta premissa normativa subjacente à decisão.

Seja como for, essas deficiências foram superadas e chegou-se, agora sim, à análise de outra questão muito problemática, decisiva: a questão relativa a quem editou a Lei de Anistia e para quem. E, aqui, pode ser identificada a principal deficiência substancial do julgamento: fez-se uma análise duvidosa dos elementos fáticos a que a premissa normativa implícita atribui significado jurídico. Pode-se mesmo falar em um acordo sem que se o qualifique como viciado?

O fim de tornar a premissa menor subsumível à premissa normativa fez mesmo com que aquilo que vem sendo, desde sempre, tratado como problemático – a definição de conexos no § 1º do art. 1º da Lei 6.683/79 – se tornasse absolutamente irrelevante para a interpretação da EC 26/85.

A solução não deveria ter passado pela duvidosa análise dos fatos, mas pela outra premissa normativa aplicável ao caso, a que impede o tribunal de decidir pela inconstitucionalidade da Lei de Anistia mas não impede o parlamento de revê-la, em parte: o princípio da proteção à confiança.

O JULGAMENTO DA LEI DE ANISTIA (LEI 6.683/79) PELO STF: DOS PROBLEMAS METODOLÓGICOS AO PROBLEMA SUBSTANCIAL

GABRIEL DUCATTI LINO MACHADO

Georg-August-Universität Göttingen

Resumo: Neste artigo, faz-se uma análise crítica do julgamento da Lei de Anistia (Lei 6.683/79) pelo Supremo Tribunal Federal. Parte-se da constatação de um problema metodológico: os ministros não explicitaram, nem fundamentaram, a premissa jurídico-normativa que teria baseado a decisão pela constitucionalidade da lei: o princípio da irretroatividade do direito penal. O enfrentamento da questão fática apontará para o problema substancial: a Lei de Anistia é tida como produto de um acordo democrático. Melhor do que adaptar os fatos ao princípio da irretroatividade do direito penal teria sido recorrer à outra premissa jurídico-normativa aplicável ao caso: o princípio da proteção à confiança.

Palavras-chave: Lei de Anistia – Supremo Tribunal Federal – método – irretroatividade do direito penal – proteção à confiança.

Abstract: This article entails a critical analysis of the judgment on the Amnesty Law (law 6.683/79) by the Brazilian Supreme Federal Court. Starting point is the identification of a methodological problem: the justices neither enunciated nor justified the normative legal premise which would have supported the decision in favour of the constitutionality of the law: the principle of non-retroactivity of penal law. The examination of the facts will point at the substantial problem: the Amnesty Law is taken as a product of a democratic agreement. Better than adapting the facts to the principle of non-retroactivity of penal law would have been to resort to the other normative legal premise appropriate to the case: the principle of protection of confidence.

Keywords: Amnesty Law – Brazilian Supreme Federal Court – method – non-retroactivity of penal law – protection of confidence.



52ª CARAVANA DA ANISTIA, TERESINAPI, CÂMARA MUNICIPAL, 30 DE MARÇO DE 2012.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



VAGUEZA NORMATIVA E TRANSIÇÕES POLÍTICAS

Pedro Adamy

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

"But if the precept of no crime without a law is violated, say by statutes, being vague and imprecise, what we are at liberty to do is likewise vague and imprecise. The boundaries of our liberty are uncertain. And to the extent that this is so, liberty is restricted by a reasonable fear of its exercise."¹

"If we fall in temptation and use language in vain, then it is we who are to blame for the trouble that ensues. For language is a jealous God and will not hold him guiltless that taketh His words in vain, but will throw him in darkness and confusion."²

I. INTRODUÇÃO

Pode causar certa estranheza ao leitor a conjugação de um tópico da filosofia da linguagem, em geral, e da filosofia do direito, em especial, como a vagueza (normativa), e um tema da teoria e da ciência políticas, como as transições políticas. Aos que detêm conhecimentos, mesmo que escassos, sobre qualquer um destes temas, percebe-se que o título promete mais do que a quantidade de páginas do texto pode oferecer. Por esta razão, deve-se iniciar com a delimitação do tema ou, dito de outra forma, enumerar quais os temas que não serão objeto de análise no presente artigo.

Não será objeto do presente artigo a análise das inúmeras – muitas ainda não resolvidas – discussões filosóficas e jurídicas sobre a vagueza, sobre o conceito de vagueza e sobre a

1 RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Belknap, 1999, p. 210.

2 POPPER, Karl. **Conjectures and Refutations**. London: Routledge, 2002, p. 23.

A instituição intencional de normas vagas, ou obscuras, não deve ser incentivada ou apoiada sem restrições em um Estado de Direito que pretenda regular as relações sociais de forma eficiente e justa.

fundamentos e consequências. O assunto, que vem ganhando força há algumas décadas na literatura especializada, teve importantes contribuições com eventos recentes envolvendo o término de regimes de exceção e ditaduras violentas nos mais variados países. As soluções são variadas e dependem das situações políticas, jurídicas e sociais de cada país envolvido na transição de regimes arbitrários para democráticos.

Nas páginas que seguem, pretende-se demonstrar **(I)** as características da vagueza normativa no direito, **(II)** que essa vagueza é inerente ao direito e pode ser, de acordo com o contexto em que diplomas legislativos são produzidos, aumentada ou diminuída pelo legislador e, **(III)** que transições políticas conturbadas pedem, no mais das vezes, a formulação de preceitos normativos de transição, vagos o suficiente para serem aceitos por todos os lados da disputa (que, frise-se, não são apenas dois⁴) em transições não violentas ou não revolucionárias, como foi o caso do Brasil. O objeto deste curto estudo é, pois, a vagueza normativa como instrumento possível - e razoável - em transições de regimes ditatoriais, e de exceção, para regimes democráticos.

Deixa-se, desde já, claro que o argumento aqui desenvolvido tem aplicação apenas em momentos de transição política. A instituição intencional de normas vagas, ou obscuras, não deve ser incentivada ou apoiada sem restrições em um Estado de Direito que pretenda regular as relações sociais de forma eficiente e justa.⁵ Como confirmam os textos citados na

importância da vagueza na definição do conceito e da função do direito.³ Assumir-se-á a vagueza como um dado necessário e inexorável da formulação legislativo-normativa, que pode ser tanto maior quanto forem os desacordos políticos e, ainda maiores, em especial, em períodos de transição, onde tais desacordos chegam ao seu limite. Da mesma forma, não será objeto de análise aprofundada a realidade das transições políticas, suas causas,

3 Para uma discussão profunda sobre o tema, em seus múltiplos aspectos, veja-se: ENDICOTT, Timothy. **Vagueness in Law**. Oxford: OUP, 2000, *passim*; WALDRON, Jeremy. Vagueness in Law and Language. **California Law Review**, Vol. 82, 1994, p. 509-540; ainda, ENDICOTT, Timothy, Vagueness and Legal Theory. **Legal Theory**, Vol. 3, 1997, pp. 37-63; KLATT, Matthias. **Theorie der Wortlautgrenze**. Baden-Baden: Nomos, 2004, pp. 264-269. Especificamente sobre a discussão filosófica da vagueza: GREENOUGH, Patrick. Vagueness: A minimal theory. **Mind**, Vol. 112, 2003, pp. 235-281; DIETZ, Richard, MORUZZI, Sebastiano. **Cuts and clouds: vagueness, its nature and its logic**. Oxford: OUP, 2010; ainda, com textos essenciais sobre o tema, veja-se KEEFE, Rosanna; SMITH, Peter. **Vagueness: a reader**. Cambridge, MIT Press, 1997.

4 Veja-se, por exemplo, a enumeração feita por J. Elster sobre os agentes da justiça de transição divididos em 11 categorias distintas: ELSTER, Jon. **Closing the books: transitional justice in historical perspective**. Cambridge: CUP, 2004, pp. 99 e ss.

5 Ressaltando a importância da vagueza normativa nos sistemas jurídicos, veja-se ENDICOTT, Timothy. Law is necessarily vague. **Legal Theory**, Vol. 7, 2001, p. 379 e ss.

epígrafe deste texto, normas vagas diminuem a nossa liberdade e têm o poder de nos jogar na confusão e na escuridão. No entanto, diante das dificuldades de se criarem consensos e acordos políticos em períodos transicionais, admite-se, nesses casos, que o legislador escolha a via da vagueza normativa como um instrumento a permitir, ou a facilitar, a realização de uma transição pacífica. Deve-se anotar, por oportuno, que a vagueza normativa intencional é uma solução não desejável.

Idealmente, ter-se-ia uma transição com regras claras e precisas, negociadas entre todas as partes envolvidas, de forma a resolver impasses sociais e oferecer soluções aos problemas do passado, apaziguando a sociedade e contribuindo para a relação entre os atores sociais envolvidos em violações durante os períodos de exceção. Entretanto, é sabido que transições são realidades sub-ideais e, assim, devem ser encaradas e enfrentadas. Com o reestabelecimento da democracia, vencidas as etapas de transição, deve o legislador observar os ditames da segurança jurídica e da proteção da confiança, elaborando normas claras que auxiliem na *determinabilidade*, na *calculabilidade* e na *previsibilidade* do direito. Por fim, pretende-se demonstrar que a vagueza normativa se apresenta como uma solução – entre outras – em contextos políticos transicionais, auxiliando no atingimento de acordos mais amplos entre atores sociais, autoridades e entes políticos envolvidos na transição.⁶ Tal fato, que pode ser utilizado em benefício de transições políticas pacíficas, facilitando acordos político-legislativos entre as partes envolvidas, não é ausente de problemas.

Como se verá, quanto mais vagas e indeterminadas, mais existe espaço para discricionariedade na interpretação e aplicação das normas de transição. Em países com democracias em construção, e, ainda, não plenamente consolidadas, tal vagueza pode conduzir à utilização espúria da legislação de transição, com prejuízos para todos os envolvidos.

II. TRANSIÇÕES POLÍTICAS

“In its ordinary social function, law provides order and stability, but in extraordinary periods of political upheaval, law maintains order even as it enables transformation. Accordingly, in transition, the ordinary intuitions and predicates about law simply do not apply. In dynamic periods of political flux, legal responses generate a sui generis paradigm of transformative law.”⁷

6 Como afirma Paul Kirchhof, “a língua constrói uma comunhão e a possibilidade de desenvolvimento de objetivos comuns, o entendimento entre fins e meios, a publicidade e a sugestão de desejos comuns.” No original: “Die Sprache bildet die Gemeinschaft und erlaubt das Entwickeln gemeinsamer Ziele, die Verständigung zwischen Zwecke und Mittel, das Werben und Empfehlen gemeinsamer Anliegen.” Cf. KIRCHHOF, Paul. **Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtsprache**. Berlin: de Gruyter, 1987, p. 7; veja-se, do mesmo autor: Recht wirkt durch Sprache. in MANSEL et all. **Festschrift für Erik Jayme**. München: Sellier, 2004, p. 1168 e ss; *idem*, Die Sprache des Rechts, in KIRCHHOF, Paul (Org.). **Wissenschaft und Gesellschaft**. Heidelberg: Universitätsverlag, 2010, pp. 77-92.

7 TEITEL, Ruti. **Transitional Justice**. Oxford: OUP, 2000, p. 6.

CONGRESSO BRASILEIRO PELA ANISTIA, 1978.

CRÉDITO: PAULO LEITE/AE.



Transições políticas trazem, em seu cerne, uma divisão entre ordens e regimes políticos antigos e novos. As vítimas do antigo regime, com razão, exigem justiça em relação aos crimes e violações praticados por agentes estatais.

Os violadores e criminosos, não raro, incluem os próprios dirigentes dos regimes a serem substituídos, como ditadores, presidentes, comandos militares, juízes, chefes de agremiações políticas e sociais, burocratas e funcionários públicos de toda espécie e, no caso específico do Brasil, membros das forças armadas e policiais do Estado. Além desses, que podem ser considerados agentes públicos em seu sentido mais amplo, há, também, os apoiadores do regime, como líderes religiosos, de sindicatos e de agremiações de trabalhadores e empresas, bem como cidadãos com visões políticas convergentes, que, não raro, acusam seus próprios amigos, conhecidos e - em casos extremos -, até mesmo seus familiares, entre outras categorias de apoiadores e incentivadores do regime.

As vítimas dos atores sociais nomeados acima argumentam que, por ação exclusiva destes, sofreram graves violações de seus direitos, muitos dos quais podendo ser representados apenas por seus familiares e/ou sucessores, já que, entre as transgressões cometidas, incluem-se assassinatos e desaparecimentos forçados.

Alegações de prejuízos econômicos, perda de oportunidades, perseguições profissionais e pessoais, desapropriações indevidas e outras formas de prejuízos patrimoniais - individuais e coletivos -, também fazem parte da lista das atitudes arbitrárias e/ou criminosas. Muitas vezes, os próprios membros do novo regime instalado fizeram parte do grupo de pessoas que foram, em algum tempo, prejudicadas, ou que sofreram com as violações perpetradas pelo antigo regime e seus representantes. No Brasil, tal realidade não é – e, mais importante, não foi – diferente.⁸

Para fins exclusivamente de sistematização, pode-se fazer uma generalização e criar três grupos distintos de transições políticas⁹: (I) transições que implicam pressão da oposição sobre o regime governante – com uso, ou não, de violência – e acarreta a troca de poder; (II) transições nas quais há acordos sociais e políticos entre a elite dominante, os representantes do regime e as forças de oposição; e (III) transições impostas por nações externas, ocorridas, geralmente, após convulsões sociais, guerras ou revoluções violentas.

O Brasil, sem dúvida, se encaixa na segunda espécie, que abrange grandes acordos políticos entre os agentes do regime militar e os agentes da oposição, representados por políticos, sindicalistas, líderes religiosos, intelectuais e artistas. Tais acordos tiveram como resultado a transição pacífica desde a abertura política, o banimento das prisões políticas e, ao fim, a anistia concedida pela Lei 6.683/79.¹⁰ A situação em que foi colocada a nação durante a transição entre o regime militar estabelecido em 1964, e uma sociedade democrática, iniciou-se com a abertura política no final da década de 1970, sendo completada, amplamente, apenas com a promulgação da Constituição da República, no final de 1988, que apresenta peculiaridades que não podem - e não devem - ser ignoradas no que concerne o projeto de transição política e jurídica atualmente em curso.

8 Aliás, neste ponto, o Brasil representa um exemplo privilegiado. Muitos dos atuais líderes políticos, sindicais e religiosos foram vítimas – direta ou indiretamente – de violações de direitos e de liberdades durante o regime militar. A própria presidente da República foi sujeita a torturas e outros tratamentos degradantes, como amplamente documentado pelo jornalismo e pela historiografia nacionais.

9 Utiliza-se a sistematização proposta por S. Huntington em clássico estudo sobre o fenômeno da (re)democratização no século passado: HUNTINGTON, Samuel. **The third wave: democratization in the late Twentieth Century**. Oklahoma: UOP, 1991, pp. 113 e ss.. O Brasil inclui-se, segundo os critérios elencados por Huntington, na terceira onda de redemocratizações, ao lado de Portugal, sul da Europa e, com a queda do Muro de Berlim, do leste europeu. Refere o autor: “The military regimes were created by coups d’etat replacing democratic or civilian governments. In them, the military excersided power on an institutional basis, with the military leaders typically either governing collegially as a junta or circulating the top governmental position among top generals. Military regimes existed in large numbers in Latin America (where some approximated the bureaucratic-authoritarian model) and also in Greece, Turkey, Pakistan, Nigeria, and South Korea.” (*idem*, p. 110); veja-se também POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. Transitional Justice as ordinary justice. **Harvard Law Review**, Vol. 117, 2004, p. 769.

10 A vagueza e a imprecisão da referida lei foram objeto de ampla análise na decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a recepção da Lei de Anistia pela Constituição de 1988: STF, Pleno, ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, publ. 06.08.10. Veja-se, em especial, o voto do Min. Eros Grau, item 9 e ss. e 26 e ss., onde o tema é tratado em função da indeterminação e obscuridade do conceito de crimes conexos constante da norma impugnada. Para uma análise profunda da referida lei, veja-se SWENSSON JR., Lauro Joppert. **Anistia Penal: problemas de validade da lei de anistia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2007, *passim*.

Transições devem ambicionar o pleno respeito aos direitos fundamentais de todos os envolvidos e, principalmente, aos direitos daqueles diretamente afetados pelo antigo regime, pela transição e pelo novo regime. Tais transições devem aspirar a acontecer em contextos de concordância social e política, com a menor quantidade de violência e instabilidade institucional possível. Ainda, agentes do antigo regime devem ser perseguidos – civil e penalmente – apenas por atos ilegais cometidos durante o período de exceção. Atos considerados legais – dentro de parâmetros e critérios aceitos, tanto pelo antigo regime quanto pela transição e pelo novo regime – devem ficar de fora da perseguição por instrumentos de justiça de transição.

Além disso, ditos agentes não devem ser expostos ou submetidos a humilhações públicas, nem ter seus direitos negados ou, acima disso, se deparar com a negação da revisão judicial dos atos pelos quais, eventualmente, os condenem. Agir dessa forma representaria a volta aos tempos em que eles próprios agiam arbitrariamente e ilegalmente, e, por isso, não eram as vítimas, mas, sim, os algozes.¹¹ Em vez de serem tratados como bodes expiatórios, os agentes do antigo regime devem participar, como as experiências em outros países mostram, do processo de transição e de redemocratização, sem prejuízo de eventuais punições – cíveis e penais – que lhes sejam cabíveis. Puni-los – penal, administrativa ou civilmente – sem a observância dos requisitos legais aceitos pelo regime de transição e pelo regime democrático posterior é negar as próprias bases em que se fundam a deposição do antigo e a imposição de novo regime.

Por fim, instrumentos de transição não devem ser utilizados como meio de vantagem pessoal a um determinado grupo social, a um partido político ou usados de forma a auxiliar grupos específicos na obtenção de poder no novo regime.¹² J. Elster enumera outros princípios do devido processo na justiça legal (em oposição ao que o autor desenvolve como justiça de transição): (I) audiências públicas; (II) o direito de escolher o próprio defensor; (III.) o direito de recorrer; (IV) ausência de legislação retroativa ou aplicação retroativa da legislação; (V) respeito às limitações legais; (VI) determinação da culpa individual; (VII.) presunção de inocência que coloca o ônus da prova na acusação; (VIII.) direito a um julgamento célere; e (IX) direito a deliberação e discussão razoáveis.¹³

Os elementos acima enumerados são, como fica claro, ideais, e assim devem ser compreendidos. J. Elster afirma que estes princípios são “rotineiramente violados na justiça de transição.”¹⁴ Sua

11 DYZENHAUS, David. Judicial Independence, Transitional Justice and the Rule of Law, *Otago Law Review*, Vol. 10, 2003, p. 361 e ss.

12 POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. Transitional Justice as ordinary justice. *Harvard Law Review*, Vol. 117, 2004, p. 768.

13 ELSTER, Jon. *Closing the books: transitional justice in historical perspective*. Cambridge: CUP, 2004, p. 88.

14 ELSTER, Jon. *Closing the books: transitional justice in historical perspective*. Cambridge: CUP, 2004, p. 88.

realização plena - em tempos de transição entre o autoritarismo e a democracia -, é fenômeno quase impossível, dadas as incontáveis variantes presentes em tais períodos. No entanto, mesmo sendo apenas ideais, isso não significa que não se possa aspirar, também no caso brasileiro, à realização do máximo destes ideais.

Uma observação final: períodos de transição têm natureza altamente complexa, com peculiaridades que são pertinentes apenas a determinadas regiões e/ou países afetados pelos regimes ditatoriais, pelos regimes de transição ou pelos regimes democráticos instalados após os períodos de exceção e de arbitrariedade. Desta forma, mostra-se bastante complexa a comparação entre transições ocorridas em países diversos, com situações políticas diferentes, em momentos históricos distintos e, principalmente, com organizações sociais e ordenamentos jurídicos não semelhantes.

A transição na Bélgica não é igual a da Argentina; a do Brasil não é semelhante a da África do Sul; a chilena apresenta situações não comparáveis à da Coreia.¹⁵ Essa observação não faz com que toda e qualquer comparação seja inútil ou desimportante. Apenas mostra que há caminhos que são seguidos exclusivamente em função de condições e contextos sociais específicos de países, em determinados momentos históricos, e que não podem, sem quaisquer tipos de filtros ou temperamentos, ser importados e aplicados acriticamente à realidade brasileira.¹⁶

Uma teoria que tentasse abarcar situações e contexto sociais, jurídicos, políticos e históricos tão distintos, com a criação de *blanket concepts* ou *blanket solutions*, de modo a serem aplicáveis a todos os processos de transição, apresentaria um grau de generalidade e abstração tão amplo, que, ousa-se dizer, não teria aplicabilidade às situações concretas em países com realidades – sociais, jurídicas, políticas e históricas – absolutamente distintas.

Tendo isso em mente, não se propugna a criação de uma teoria exclusivamente brasileira sobre transições políticas, com desatenção ao que foi desenvolvido em relação a eventos semelhantes em outros países. Defende-se, apenas, que as teorias criadas alhures, quando trazidas ao Brasil, sejam colocadas sob o crivo da aplicabilidade a nossa realidade sócio-política e, muito especialmente, a nossa realidade jurídico-constitucional.

¹⁵ Veja-se a análise de J. Elster para quase 30 experiências de transições havidas no século passado. ELSTER, Jon. **Closing the books: transitional justice in historical perspective**. Cambridge: CUP, 2004, pp. 47-78.

¹⁶ Outro fator importante, que torna ainda mais complexa a importação acrítica de teorias, experiências e soluções encontradas em outros países, é o lapso temporal transcorrido desde a transição entre o regime ditatorial e a democracia no Brasil.

III. VAGUEZA NORMATIVA

“Die Muster einer klaren und bestimmten Sprache können Willkür, Unmaß und Parteilichkeit eindämmen.”¹⁷

“Se o direito serve para guiar as pessoas, elas devem ter condições de saber o que ele significa. Por isso o seu sentido deve ser claro, porquanto um direito ambíguo, vago, obscuro ou impreciso termina por enganar ou por confundir pelo menos aqueles que desejam ser guiados por ele.”¹⁸

O conceito de vagueza é utilizado na filosofia da linguagem para se referir a indeterminações e incompletudes marginais nos significados de determinadas palavras.¹⁹ A vagueza ocorre, *grosso modo*, em casos onde a aplicação de uma palavra ou de um conceito a uma dada realidade não seja certa, ou dependa de outros elementos para a sua definição. Tais situações se apresentariam como *borderline cases*, nos quais não haveria certeza – tanto positiva quanto negativa – sobre a aplicabilidade das palavras e dos conceitos legais ao fato concreto.²⁰

Na linguagem não jurídica sobram exemplos que comprovam a vagueza de determinadas palavras ou conceitos: dizer que uma pessoa é careca apresenta algumas zonas de certeza positiva (aqueles que não têm qualquer cabelo), de certeza negativa (os que possuem muito cabelo) e zonas de incerteza de difícil definição abstrata (a ausência ou presença de quantos fios de cabelo representa a qualidade de ser careca?).²¹ A nossa incapacidade de dizer que

17 SOBOTA, Katharina, **Das Prinzip Rechtsstaat**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, p. 132. Em tradução livre: “Um modelo de linguagem clara pode limitar o arbítrio, o exagero e a pessoalidade”.

18 ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 321; no mesmo sentido: “O direito carrega consigo a vinculatividade, por isso devem as declarações do falante transmitir confiança aos destinatários.” Cf. KIRCHHOF, Paul. *Die Sprache des Rechts*, in *idem. Wissenschaft und Gesellschaft*. Heidelberg: Universitätsverlag, 2010, p. 77.

19 WALDRON, Jeremy. Vagueness in Law and Language: Some philosophical issues. **California Law Review**, Vol. 82, 1994, p. 525; A. Marmor fixa a importância da filosofia da linguagem para o direito nos seguintes termos: “Philosophy of language is central to an understanding of law for a different reason. Law, as we have seen in previous chapters, consists of authoritative directives. The content of the law is tantamount to the content that is communicated by various legal authorities. Authorities communicate, of course, in a natural language. Therefore, an understanding of how linguistic communication works and, in particular, how much is actually determined by various semantic and pragmatic aspects of language, is central to an understanding of what law is.” Cf. MARMOR, Andrei. **Philosophy of Law**. Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 136.

20 Peczenik fixa a vagueza em termos simples: “A vagueza consiste no fato de que o significado de uma palavra permite casos limítrofes.” PECZENIK, Aleksander. **On law and reason**. Dordrecht: Kluwer, 1989, p. 21; KEEFE, Rosanna; SMITH, Peter. **Vagueness: a reader**. Cambridge, MIT Press, 1997, pp. 2 e ss.; WILLIAMS, Timothy. **Vagueness**. New York: Routledge, 1996. O autor defende a vagueza como fenômeno epistêmico, no qual mesmo construções vagas manteriam qualidades de verdadeira ou falsa.

21 O caso clássico, denominado de *Paradoxo de Sorites*, corresponde ao experimento mental de definir um *monte de areia*. Com a retirada de apenas um grão de areia, ainda teremos um monte de areia e assim sucessivamente, até chegar-se ao paradoxo de que apenas um grão de areia pode ser descrito como um monte de areia (veja-se; HYDE, Dominic, **Sorites Paradox**, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*). Disponível: em <plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/sorites-paradox/>; WILLIAMS, Timothy. **Vagueness**. New York: Routledge, 1996, pp. 8-31). Poder-se-iam enumerar mais dezenas de exemplos onde a definição é complexa e exige a inclusão de outros fatores. No entanto, o relevante é que se tenha que, mesmo na linguagem natural, há casos em que a palavra encontra sua aplicabilidade imediata (por certeza positiva ou negativa) e casos em que são necessários outros elementos para definir se a palavra é adequada para descrever a realidade; veja-se também GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discursos sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 214-220.



Etter militærkuppet i Brasil i 1964 er antallet unntakslover og represalier blitt mangedoblet. Dødsstraff for «motstandere» av regimet ble innført i 1969. Den Institusjonelle Akt nr 5 – som gir presidenten rett til å sette landets lover til side, f.eks. oppløse parlamentet – opphever Habeas Corpus ved såkalte «forbrytelser mot staten». Dvs. folk kan fengsles uten lov og dom.

I en rapport fra Amnesty International i 1972, angående tortur i Brasil, oppgis navnet på 1081 fanger som beviselig er blitt utsatt for tortur. Regimet i Brasil kommenterte denne rapporten ved å hevde at Amnesty International er et redskap for kommunistisk terror.

STADIG FLERE «FORSVINNER»

12 000 politiske fanger er et minimumstall (Amnesty Int.) i Brasils fengsler, i tillegg er tusener av personer «forsvunnet». Minst 3000 personer som har uttalt seg mot regimet er fratatt sine politiske rettigheter, over 80 000 dømt av militærdomstolene til fengselsstraffer eller landsforvisning.

Avisen Jornal do Brasil rapporterte i 1970 at dødseskvadronene bare i Rio de Janeiro-området drepte over 400 mennesker pr. år. Dette tallet har økt siden. Fram til 1973 forsøkte regimet å dekke over mord på

ASMOB
CA 121 03 27

såkalt «opposisjonelle» ved å påstå at de var drept ved «skuddveksling», «bilulykker» «fluktforsøk» eller «selvmord». Etter 1973 har man derimot mer og mer gått over til å melde fanger som «forsvunnet» – og «forsvinninger» er det ingen organisasjon som tar ansvaret for.

I 1976 offentliggjorde Amnesty International en liste med 200 navn på personer som ifølge regimets ordbruk er «forsvunnet». Denne listen er blitt lagt fram for FN med anmodning om at de skal gripe inn for å finne ut hva som har skjedd med disse menneskene. Hittil er ikke noe resultat oppnådd.

SULTESTREIK BLANT KVINNELIGE POLITISKE FANGER

Tre kvinnelige politiske fanger i staten Rio de Janeiro har sultestreiket i 16 dager for å få innfridd sine krav om å bli overført fra et vanlig kvinnefengsel, til det politiske fengslet Melton Dias Moreira. (Personer som er arrestert etter «Lov om nasjonal sikkerhet» har krav på å sone sin straff i et politisk fengsel.)

AKSJONEN STØTTES

- 33 politiske fanger i to andre fengsler i samme stat, har vist sin solidaritet med de sultestreichende ved selv å gå til en 10 dagers sultestreik.
- de sultestreichendes familier reiste til Brasilia og overleverte regjeringen et dokument, hvor fangene uttrykker sine krav.
- den brasilianske advokatforening (OAB) har offentlig gått ut og støttet kravet.
- det samme har det tillatte «opposisjonspartiet» – Den brasilianske demokratiske bevegelse (MDB) – gjort.

MOTSTANDEN MOT DIKTATURET VOKSER I BREDDE, STYRKE OG ENHET

Sultestreichene, de pågående amnestikampanjer, studentenes, advokatenes, den katolske kirkens og militærets manifeste og demonstrasjoner i Brasil prøver å tvinge regimet til:

- åpent å anerkjenne de tusener av politiske fanger
 - innrømme overgrepene mot de «forsvunne»
 - gi generelt amnesti for politiske fanger, flyktinger og forviste
 - oppløsning av Akt nr. 5
 - gjeninnføring av de politiske og demokratiske rettighetene
- frie valg på en ny Konstitusjon (lovgivende forsamling)





alguém com x fios de cabelo na cabeça pode, ou não, ser considerado careca não decorre de nossa ignorância ou desconhecimento sobre os fatos. Ela é decorrência da nossa incapacidade de aplicar o que se pretende definir pela palavra à situação com a qual nos deparamos. Como afirma M. Redondo, o “principal sintoma da vagueza de um conceito ou de uma proposição é que, em certos casos, apresentam-se dúvidas sobre a aplicação do conceito ou sobre a verdade da proposição”.²²

No direito, onde controvérsias e conflitos surgem quando há desacordos e incertezas sobre as condutas dos destinatários e as consequências jurídicas decorrentes de tais condutas, a vagueza tende a ser um problema mais relevante do que no uso de linguagem vaga em diálogos individuais. Dada a generalidade e abstração inerente às normas que devem ser aplicadas a uma gama desconhecida de eventos passados, presentes e futuros, a vagueza pode se tornar um elemento possibilitador de conflitos e desacordos no momento da interpretação e aplicação da norma vaga.²³

Normas, da mesma forma, dependem fortemente do contexto em que são utilizadas ou do contexto no qual devem ser interpretadas e aplicadas. Diferentemente de um diálogo, normas não indicam – na maioria dos casos – o contexto no qual elas próprias devem ser aplicadas, ou os contextos aos quais sua aplicabilidade é aceitável.²⁴ Essa ausência de contextualização da norma, geral e abstrata, confere, ainda, outro elemento de vagueza às normas.

Também na linguagem utilizada no direito – i.e. na legislação e decisões judiciais – há vagueza. Como afirma T. Endicott, “leis podem ser precisas, mas um sistema legal sem leis vagas é impossível”.²⁵ Nestes casos, não há ignorância ou desconhecimento sobre a situação fática, mas, sim, um desacordo sobre a aplicabilidade, ou não, de determinado regramento à situação que é colocada diante do tomador de decisão.

Quando a Constituição brasileira define, em seu art. 5º inc. LXXIV, que o Estado prestará assistência jurídica integral aos que comprovarem “insuficiência de recursos”, não há ignorância

22 REDONDO, María Cristina. Teorías del derecho e indeterminación normativa. *Doxa*, 20, 1997, p. 190. J. Waldron oferece um conceito bastante sucinto para a vagueza: “A predicate P is vague if there are objects or instances x1, x2, etc. within the domain of the normal application of terms of this kind such that users are characteristically undecided about the truth or falsity of “x1 is P”, “x2 is P” and they understand that in decision to be a fact about the meaning of P rather than about the extent of their knowledge of x1, x2, etc.” Cf. WALDRON, Jeremy. Vagueness in Law and Language: Some philosophical issues. *California Law Review*, Vol. 82, 1994, p. 513.

23 “The reason is that any legal system needs to regulate a *variety* of human activity in a *general way*. (...) Abstract standards are vague, and the law of a community necessarily includes abstract standards. (...) Abstract standards are often made with (or can be stated in) extremely vague evaluative terms, such as “dangerous”, “careless”, or “reasonable.” But they are also made using abstract descriptive terms that identify the conduct that is regulated.” Cf. ENDICOTT, Timothy. Law is necessarily vague. *Legal Theory*, Vol. 7, 2001, p. 382

24 Veja-se a interessante análise feita por David Duarte sobre o tema: DUARTE, David. Linguistic Objectivity in Norm Sentences: Alternatives in literal meaning. *Ratio Juris*, vol. 24, 2011, p. 116 e ss.; A. Peczenik distingue entre a vagueza contextual e a vagueza léxica: PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Dordrecht: Kluwer, 1989, p. 22.

25 ENDICOTT, Timothy. Law is necessarily vague. *Legal Theory*, Vol. 7, 2001, p. 382.

sobre a renda daquele que demanda a assistência estatal, isto é, sobre o fato de receber 600 reais ou 60.000 mil reais por mês, mas, antes, há dúvida sobre qual o montante que representa “insuficiência” para os fins do dispositivo constitucional.²⁶

Da mesma forma, diante do disposto no art. 5º inc. LXXVII, que prescreve que processos judiciais e administrativos terão “duração razoável”, está-se, novamente, diante de uma norma vaga. Não se desconhece o período de duração de um determinado processo, apenas não se sabe se a garantia fundamental se aplica a processos que já duram dois meses ou 20 anos.²⁷

O direito apresenta, portanto, inúmeras regras cujos elementos não são determinados e cujos significados não são precisos, onde desacordos e a indeterminação não se referem à situação fática envolvida, mas, sim, à aplicabilidade e às possíveis consequências das condutas caso sejam (in)compatíveis com os conceitos compreendidos na regra. Como referido, a vagueza refere-se às classes de incerteza e de indeterminação que não correspondem a incertezas ou ignorância sobre a situação fática, referindo-se à adequação e à aplicabilidade da regra aos fatos. Tal vagueza, no direito, tem uma consequência imediata: o destinatário da norma não consegue definir, sem algum grau de dificuldade e dúvida, se a sua conduta se encaixa na previsão normativa, ou seja, se de acordo com a legislação vigente, a sua conduta é proibida, permitida ou obrigatória.²⁸

De forma mediata, portanto, o aplicador e tomador de decisão não sabe, de forma clara, quais são as consequências que advêm das condutas que ele deve julgar. Assim como os particulares podem fazer em seus contratos, a legislação pode se utilizar de elementos vagos para deixar alguma discricção residual aos atores sociais envolvidos na sua formulação, promulgação e, por fim, aplicação.

H.L.A. Hart demonstrou a importante vinculação do Direito com a linguagem, especialmente ao mostrar que normas – primárias e secundárias – apresentam uma *textura aberta*, criando vinculação nos casos de certeza positiva ou negativa, mas permitindo discricionariedade nas

26 O estabelecimento de critérios numéricos fixos se mostra possível, mas nem sempre desejável. A Lei 1.060/50, que regula assistência judiciária gratuita tinha a previsão, até 1986, de que o recebimento de até dois salários mínimos garantiria a concessão da assistência. Com a nova redação, mudou-se o critério objetivo para outro critério, ainda vago, mas que indica um caminho ao decisor: o prejuízo do sustento do demandante e de sua família (art. 2º § único).

27 Da mesma forma, processos sem grandes complexidades não devem demorar 20 anos para serem julgados. No entanto, a fixação de um critério objetivo (digamos, 10 anos) esbarra na realidade dos tribunais e juizados brasileiros, abarrotados de processos, com pouca estrutura e funcionários qualificados e em número insuficiente para atender a crescente demanda.

28 Afirma Comanducci que “el contenido del derecho está determinado frente a una acción si son cognoscibles las consecuencias jurídicas de aquella acción, y está totalmente determinado si son cognoscibles las consecuencias jurídicas de cada acción; al revés, el contenido del derecho está indeterminado frente a una acción si no son cognoscibles las consecuencias jurídicas de aquella acción, y está totalmente indeterminado si no son cognoscibles las consecuencias de ninguna acción.” COMANDUCCI, Paolo. Principios jurídicos e indeterminación del derecho. *Doxa*, Vol. 21, 1998, p. 101.

zonas de penumbra, isto é, nas situações que não se encontram no núcleo (*core*) da norma.²⁹ O que se tenta, por meio da redução da vagueza e da indeterminação é, exatamente, a redução da discricionariedade do aplicador e do julgador. Tal discricionariedade em períodos de transição – em especial – pode levar a arbitrariedades e perseguições de cunho ideológico-políticos, inaceitáveis em um estado democrático.³⁰

Obviamente, como também notou Hart, “legisladores humanos não podem ter conhecimento sobre todas as combinações possíveis das circunstâncias que o futuro pode trazer.”³¹ O que se propugna não são regras e tipos absolutamente detalhistas, com regras excessivamente longas ou com dispositivos que prevejam todas as condutas e combinações de condutas possíveis realizadas em tempos passados, suas modificações no futuro e possíveis consequências em tempos de transição. Um ordenamento jurídico com muitas diferenciações, sem a característica da generalidade, pode levar a um “auto-bloqueio”.³² Além disso, regramentos demasiadamente precisos levam a um aumento da complexidade do ordenamento, a um aumento de dispositivos legais no já infundável manancial de regras, a uma necessidade de mudanças mais frequentes em função das mudanças fáticas que ensejaram o regramento, e assim por diante.³³ Não há, como já afirmado, a possibilidade de não haver casos que estejam nas zonas de penumbra, no espectro do cinza, na configuração e subsunção dos casos aos dispositivos legais, diante das possíveis modificações nas situações fáticas e no uso da própria linguagem. Tal fato não é possível e sequer desejável.³⁴

29 HART, H.L.A. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, Vol 71, 1958, p. 606 e ss.; idem, *The Concept of Law*, 2ª ed, Oxford: OUP, 1994, pp. 124 e ss.; vejamos as conhecidas críticas formuladas por R. Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Belknap, 1986) e a interessante análise de F. Schauer: A critical guide to vehicles in the park. *New York University Law Review*, Vol. 83, 2008, pp. 1109 e ss. Na literatura brasileira veja-se, por todos, STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. São Paulo: Renovar, 2002, passim. Destaque-se que a textura aberta apontada por Hart é mais ampla e não significa apenas vagueza e indeterminação. Para ele, a textura aberta se referia à inextinguível característica de o direito não conseguir abarcar todas as situações futuras e possíveis por meio de seus regramentos, causadas também, mas não apenas, por vagueza semântica.

30 “Igualdade e segurança jurídicas, legalidade e justiciabilidade, divisão de poderes e publicidade: todas as exigências que estão ligadas ao princípio do Estado de Direito não podem ser realizadas sem uma linguagem que as oriente.” Cf. SOBOTA, Katharina, *Das Prinzip Rechtsstaat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, pp. 133 (No original: “Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit, Gesetzmäßigkeit und Justiziabilität, Gewaltenteilung und Publizität: Jede Forderung, die mit dem Rechtsstaatsprinzip verbunden ist, kann nicht ohne eine orientierungssichere Sprache realisiert werden.”); POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. Transitional Justice as ordinary justice. *Harvard Law Review*, Vol. 117, 2004, p. 768.

31 HART, H.L.A. *The Concept of Law*. 2ª ed., Oxford: OUP, 1994, p. 128; no mesmo sentido: LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6ª ed. Berlin, Heidelberg, New York: Springer, 1991, p. 350-353 e 486-487; como afirma U. Wesel, “nenhuma lei pode ser formulada de forma tão precisa, que todos os casos discutidos, que surgirão posteriormente, possam ser solucionados de uma forma ou de outra sem qualquer dificuldade.” Cf. WESEL, Uwe. *Juristische Weltkunde*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2000, p. 165. No original: Kein Gesetz kann so präzise formuliert werden, daß alle Streitfälle, die später auftauchen, mühelos in dem einen oder anderen Sinn gelöst werden können”; pela mesma razão afirma Schauer que “the most precise of rules is potentially imprecise.” SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*. Oxford: OUP, 1991. p. 32.

32 von ARNAULD, Andreas. *Rechtssicherheit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 247 e ss; PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Dordrecht: Kluwer, 1989, p. 33. Afirma o autor: “A very exact legislation (...) can thus, in some cases, result in injustice whereas a just general clause can make it difficult to predict legal decisions.”

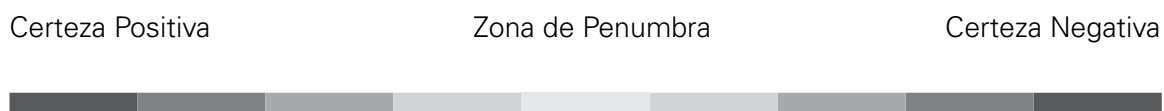
33 AARNIO, Aulis. *Denkweisen der Rechtswissenschaft*. Viena: Springer, 1979, p. 190.

34 HADFIELD, Gillian, Weighing the Value of Vagueness: An Economic Perspective on Precision in the Law, *California Law Review*, Vol. 82, Maio/1994, p. 545.

A vagueza traz como consequência que, ao lado dos casos de certeza positiva – casos e ações cuja aplicação da regra é clara – e de certeza negativa – casos e ações aos quais a regra é claramente não-aplicável – há casos se situam na zona de penumbra, na zona cinzenta, na qual uma decisão não pode ser tomada sem que haja considerações de outra ordem para a definição da aplicabilidade ou não-aplicabilidade da regra à situação fática descrita.

Em linhas gerais, problemas de vagueza normativa surgem quando se pretende aplicar às normas analisadas uma lógica bivalente em relação às condutas analisadas pelo tomador da decisão. No caso das regras de transição trata-se da aplicabilidade ou não aplicabilidade às condutas havidas no passado. Assim, em função da linguagem utilizada, há uma escala que torna impossível uma aplicação por meio da lógica bivalente, com uma resposta afirmativa (sim=aplicável) ou negativa (não=inaficável).

Tal qual os conceitos não jurídicos, as zonas cinzentas, de penumbra, que abrem espaço a desacordos e criam incerteza em relação ao objeto e, conseqüentemente, ao direito aplicável, deve-se pensar em uma escala, em um contínuo, e não em regiões estanques, facilmente verificáveis. Em casos de vagueza normativa, as zonas de certeza não são dadas de forma clara, havendo escalas de certeza e de incerteza sobre a aplicabilidade, ou não, de determinada regra. Pode-se representar tal escala pela figura abaixo:



A zona de penumbra pode deslocar-se e, sem que haja modificação no texto legal, pode haver certeza positiva e negativa em casos que, antes, encontravam-se na zona de penumbra; o inverso também se mostra possível, embora se exija maior ônus de argumentação para afastar eventuais critérios criados nas decisões anteriores.³⁵ Ainda, há a possibilidade de que regras que apresentam determinação e precisão suficientes para determinado conjunto de fatos e condutas, diante de pequenas modificações, se tornem vagas e haja desacordo entre as consequências ou sobre a aplicabilidade, ou não, da regra, caindo na zona de penumbra ou incerteza. Novamente, aqui, será necessário apelar a outros fatores, além dos meros elementos linguísticos do dispositivo legal. Uma vez mais, a eleição de critérios seguros para indicar ao interprete será necessária para evitar o arbítrio e não causar insegurança jurídica.

³⁵ Um exemplo simples pode aclarar a distinção: durante centenas de anos não houve discussões sobre o que seria representado pela palavra *livro*. No entanto, com o surgimento de novas tecnologias, a própria definição do que seja um livro deixou de ser tão clara, como sempre fora, e passou a comportar zonas de penumbra, onde a qualificação de um objeto como livro passa a ser objeto de discussão. As contínuas discussões sobre a imunidade tributária dos livros eletrônicos comprovam que conceitos plenamente aceitos nas zonas de certeza se deslocam em função de situações não previstas (e não previsíveis) pelo constituinte/legislador. Afirma Kirchhof que o direito "por meio da lei alcance o futuro, o tempo em que não se conhece de antemão, que deve responder a novas questões com textos antigos." Cf. KIRCHHOF, Paul. *Die Sprache des Rechts*, in *idem. Wissenschaft und Gesellschaft*. Heidelberg: Universitätsverlag, 2010, pp. 77; veja-se também: LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6ª ed. Berlin, Heidelberg, New York: Springer, 1991, p. 350 e ss.

Deve-se manter em mente que todas as normas vigentes são potencialmente vagas, no sentido de não se saber, exatamente, quais são os fatos possíveis que se enquadram em seu campo de aplicação.³⁶ Dessa forma, mesmo que se possa falar em redução da vagueza por meio da utilização de critérios objetivos, sua extinção ou a própria tentativa de se acabar com ela, por meio da criação de regras absolutamente determinadas e claras, não se mostra viável.

Pode-se afirmar, portanto, que a tentativa de eliminar completamente a vagueza dos dispositivos legais é “sociológica e linguisticamente ingênua”, uma vez que não está ao alcance do legislador a previsibilidade de todas as situações futuras a que a lei possa ser aplicável, bem como as modificações linguísticas e de significado nos elementos que compõem a norma.³⁷

Isso não significa que não se deve, no entanto, deixar que dispositivos vagos sejam aplicados arbitrariamente, ou que não se elejam critérios, por sua vez, claros, para a interpretação e a aplicação de normas vagas. Ainda, se a vagueza e a indeterminação não podem ser completamente eliminadas, isso não significa que elas não podem ser reduzidas, em algumas áreas do direito, ou em relação a determinados acontecimentos jurídico-sociais historicamente localizados. Não se propugna pela tentativa – ademais inalcançável – de eliminação da vagueza dos dispositivos legais. Deve-se ter em mente, ainda, que o Estado de Direito não permite a aplicação arbitrária de regramentos vagos, mesmo que a solução seja popular e socialmente desejada.

Não se nega, da mesma forma, que a estipulação de critérios objetivos não consiga eliminar a indeterminação e a vagueza das previsões. Dispositivos legais vagos geram mais insegurança jurídica e imprevisibilidade aos destinatários das normas, do que estes mesmos dispositivos, com alguns critérios, mesmo que vagos e indeterminados em si, que regeriam a conduta dos indivíduos e a sua aplicação pelos tomadores de decisão.

Diante da ocorrência de vagueza excessiva, com a utilização de (sobre)princípios e cláusulas gerais, pode-se dar ensejo a uma transferência da instância decisória, ou seja, o legislador deixa de ser aquele que decide e passa, aos administradores e juízes, as decisões sobre questões relevantes na definição das condutas individuais. Por essa razão, regras que estipulem valores precisos sobre, por exemplo, limites de velocidade ou sobre a porcentagem de imposto devido em uma operação comercial, criam menos desacordo ou possibilidade de arbítrio em comparação

36 GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Giuffrè: Milano, 2011, p. 53. Afirma o autor: “Per conseguenza, data una norma qualsivoglia, vi sono casi ai quali è certamente applicabile, casi ai quali essa non può certo essere applicata, e finalmente casi ‘dubbi’ o ‘difficili’ (hard cases, como si usa dire) per i quali l’applicabilità della norma è discutibile.” (*idem*, p. 54)

37 “Vagueness is here to stay. It is not a defect of natural languages. It is extremely doubtful whether it is possible to eliminate it, and even if we could, we would be impoverished without it. We need a theory of reasoning in vague languages—one that explains what goes wrong in the sorites and tells us what use we can make of information which may not be clearly true.” EDGINGTON, Dorothy. The philosophical problem of vagueness. **Legal Theory**, Vol. 7, 2001, p. 374 ; ENDICOTT, Timothy. Law is necessarily vague.” **Legal Theory**, Vol. 7, 2001, p. 380.

com regras que, hipoteticamente, estipulassem critérios como “dirija de forma segura” e “pague de acordo com a capacidade contributiva”.³⁸

Não se nega, portanto, que a estipulação de critérios não consiga eliminar a indeterminação e a vagueza das previsões. No entanto, mesmo que assim seja, dispositivos legais vagos geram mais insegurança jurídica e imprevisibilidade aos destinatários das normas, do que estes mesmos dispositivos, com alguns critérios, mesmo que vagos e indeterminados em si, os quais regeriam a conduta dos indivíduos e a sua aplicação pelos tomadores de decisão. O fato de que regras jurídicas carregam, na sua própria existência, os elementos de sua obsolescência entretanto, não depõe contra as regras, nem faz delas menos importantes.³⁹ Trata-se apenas de mais uma decorrência da textura aberta das normas, que não podem, mesmo em casos claros e com linguagem objetiva, prever todas as situações futuras que podem vir a ser enquadradas no âmbito de aplicação da regra. Assim, quanto mais vagas e mais maleáveis à interpretação, menos sujeitas a se tornarem obsoletas as normas estão. Quanto mais critérios objetivos e numéricos, mais dispostas a serem sujeitas à reforma ou a se tornarem imprestáveis para regular as condutas e situações a que se propõem, diante das possíveis modificações fáticas que, à época de sua edição, não puderam ser previstas pelo legislador.

Igualmente, não há grandes incertezas ou desacordos sobre elementos numéricos, sua verificabilidade na realidade e, por fim, a aplicabilidade de regras como a maioria civil⁴⁰, sobre os limites de velocidade nas vias urbanas não sinalizadas⁴¹ ou, ainda, quantas pessoas compõem o tipo penal de formação de quadrilha⁴².

Mesmo a estipulação de critérios objetivos não coloca à salvo as disposições de eventuais vaguezas em relação aos outros elementos constantes do dispositivo. Não há, como fica claro, incerteza sobre o que sejam os “dezoito anos” completos, a discussão pode se dar sobre o

38 ENDICOTT, Timothy. Law is necessarily vague. *Legal Theory*, Vol. 7, 2001, p. 380.

39 SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge: Belknap, 2003, p. 31.

40 *Código Civil*: “Art. 5º - A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.”

41 *Código de Trânsito Brasileiro*: “Art. 61. A velocidade máxima permitida para a via será indicada por meio de sinalização, obedecidas suas características técnicas e as condições de trânsito.

§ 1º Onde não existir sinalização regulamentadora, a velocidade máxima será de:

I - nas vias urbanas:

- a) oitenta quilômetros por hora, nas vias de trânsito rápido;
- b) sessenta quilômetros por hora, nas vias arteriais;
- c) quarenta quilômetros por hora, nas vias coletoras;
- d) trinta quilômetros por hora, nas vias locais;”

42 *Código Penal*: “Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes.”

Subinclusão pode levar à ausência de persecução de pessoas diretamente envolvidas em atos que violaram direitos fundamentais e direitos humanos em épocas passadas; sobreinclusão pode levar à condenação de pessoas que estavam engajadas no combate ao regime de exceção, violando a certeza, a previsibilidade e a confiança daqueles que participaram nos esforços de redemocratização.

momento exato no qual o décimo oitavo ano inicia-se, para fins de persecução criminal; ainda, oitenta quilômetros por hora tem caráter objetivo e é facilmente verificável, ficando em aberto, no entanto, o significado da existência, ou inexistência, de sinalização; por fim, o que está incluído ou quais as condutas necessárias para que mais de três pessoas sejam consideradas associadas, ou ainda, se pessoa para o referido tipo penal são apenas aquelas penalmente imputáveis.

Vê-se, portanto, que a mera estipulação de critérios numéricos, objetivos por excelência, não tem a capacidade de acabar com a vagueza da norma. Tal situação mostra apenas que a vagueza é uma condição inescapável do direito e das normas jurídicas. Como afirma J. Moreso, “a vagueza é uma característica não erradicável da linguagem na qual formulamos nossos regramentos gerais.”⁴³

Assim, o problema da vagueza não deve ser subestimado, tampouco superestimado, seja no sentido de que a sua existência é sempre prejudicial, seja no sentido de que a eleição de critérios não se mostra suficiente para eliminá-la. Defende-se que se deem ao tomador da decisão, aos juízes de Comitês,

Comissões e Tribunais responsáveis pela justiça de transição “instrumentos suficientemente precisos”⁴⁴ que os auxiliem na interpretação e aplicação de regras propositalmente vagas, ou que se permita “a utilização de avaliações e valorações para que se realize uma interpretação precisa da expressão”⁴⁵ vaga contida na regra.

Como afirma M. Redondo, “quem se encontra ante um predicado semanticamente indeterminado pode, e deve, se deseja suprimir a indeterminação, introduzir uma nova precisão que conduza a sua

43 MORESO, José Juan. Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad). *Doxa*, Vol. 24, 2001, p. 532.

44 WALDRON, Jeremy. Vagueness in Law and Language: Some philosophical issues. *California Law Review*, Vol. 82, 1994, p. 525.

45 PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Dordrecht: Kluwer, 1989, p. 21.

aplicação ou a sua exclusão.”⁴⁶ Ou ainda: quanto mais objetivas e claras, menor a discricionariedade na aplicação, dada a desnecessidade de inclusão de novos elementos pelo tomador de decisão; por consequência lógica, quanto mais vagas e indeterminadas, maior esta discricionariedade.

Caso a vagueza normativa apresente um custo social elevado, por não conseguir resolver desacordos mínimos, ou não trazer um mínimo de segurança jurídica às relações interpessoais, deve-se, pois, empreender todos os esforços para que haja a redução desta vagueza e a consequente redução na possibilidade de prejuízo causado pela aplicação de normas vagas. Em procedimentos que visam o encontro de um país com seu próprio passado, tais custos sociais são altamente elevados, com a possibilidade de novas convulsões sociais, grandes incertezas jurídicas e crises políticas e outras consequências que criam instabilidade social e jurídica.

Pode-se argumentar, ainda uma vez, que os regramentos devem ser claros, sem a utilização de linguagem indeterminada ou (sobre)princípios amplos, e formulação que enseja desacordos na interpretação e aplicação. Tal fato deve ser fortemente desaconselhado por levar a um casuísmo exacerbado. Todas as regras são potencialmente subinclusivas e sobreinclusivas⁴⁷, ou seja, excluem casos que deveriam estar sob o seu jugo e incluem casos que não deveriam ensejar a sua aplicação.⁴⁸ Subinclusão pode levar à ausência de persecução de pessoas diretamente envolvidas em atos que violaram direitos fundamentais e direitos humanos em épocas passadas; sobreinclusão pode levar à condenação de pessoas que estavam engajadas no combate ao regime de exceção, violando a certeza, a previsibilidade e a confiança daqueles que participaram nos esforços de redemocratização.

Deste modo, fica claro que a determinabilidade e a redução da vagueza inerente às regras é uma questão de grau. Não se pode, nem é desejável, que se tente formular regras que se dirijam a todos os conteúdos ou todas as condutas. O que se propugna é que, mesmo em situações de transição política e instabilidade social, com incertezas quanto ao futuro do sistema jurídica e sua posterior aplicabilidade pelos tomadores de decisão, a vagueza normativa é uma solução

46 REDONDO, María Cristina. Teorías del derecho e indeterminación normativa. *Doxa*, 20, 1997, p. 193; Veja-se a interessantíssima análise de D. Dyzenhaus em relação a dispositivo do *Terrorism Act 83* de 1967, na África do Sul do *apartheid*, e as consequências da “notável vagueza e obscuridade” (remarkable vagueness and obscurity) de alguns elementos contidos nos dispositivos legais. Cf. DYZENHAUS, David. *Hard cases in wicked legal systems*. Oxford: OUP, 1991, p.132 e ss e 136-137. O autor, no entanto, chega à conclusão de que as dúvidas em relação aos dispositivos não se devem à uma “ambiguidade inerente ao texto”, mas às dúvidas sobre o papel do juiz e da adjudicação no sistema sul-africano da época. (*idem*, p. 140). E conclui no sentido de que “what matters is not the words and phrases which might indicate a judicial allegiance to the values of the common law, for a judge might use such phrases but find that his legal duty directs him elsewhere” (*idem*, p. 156).

47 O que A. Aarnio define como *overgenerality*. Cf. AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable*. Dordrecht: Reidel, 1987, p. 111.

48 F. Schauer oferece interessantes conceitos para os fenômenos da sobreinclusão e da subinclusão: A sobreinclusão, na conceituação do autor, “encompasses states of affairs that might in particular instances not produce the consequence representing the rule’s justification, even though the state of affairs, *as a type*, is probabilistically related to the likelihood or incidence of the justification.” Por sua vez, a subinclusão: “Just as the factual predicate may sometimes indicate the presence of the justification in cases in which it is absent, so too can the factual predicate occasionally fail to indicate the justification in cases in which it is present.” SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*. Oxford: OUP, 1991, p. 32.

subideal, imperfeita e criticável, mas, ao mesmo tempo, jurídica, política e socialmente aceitável e plausível na consecução dos objetivos dos grupos envolvidos em períodos extraordinários de transição. É o que se analisa a seguir.

IV. VAGUEZA NORMATIVA INTENCIONAL EM TRANSIÇÕES POLÍTICAS: UMA SAÍDA POSSÍVEL

"[T]hey had also held out an ambiguous promise of immunity in the negotiations over a peace convention. Although the French negotiators may have thought they had obtained a permanent amnesty... [t]he Allies were able to negotiate a bloodless settlement by a suitably ambiguous promise, which might later be interpreted in a different spirit from how it was understood by the losers."⁴⁹

A vagueza e a indeterminação das regras jurídicas assume posição de destaque na realização de medidas de transição. Com efeito, em períodos de transição políticas, os acordos entre os atores sociais e entes políticos do antigo e do novo regime dificilmente alcançarão acordos perfeitos sobre os termos da transição, as consequências das condutas havidas no passado, o tratamento de violações durante e após a transição, e o tratamento a ser dispensado aos membros do antigo regime, uma vez ocorrida a transição. Nesse ponto, defende-se, a vagueza normativa pode representar uma solução aceitável, de forma a auxiliar no atingimento de acordos políticos que possibilitem a transição e aceleram a (re)democratização de uma determinada sociedade.

Assim, a saída pela via da normatização vaga em períodos de transição é apenas possível e aceitável, estando longe de se sugerir que se trata de uma solução recomendada. Como já afirmado, o cenário ideal é representado por uma transição com regras claras e precisas. Não sendo política e socialmente viável o atingimento de um consenso em relação a tais regramentos, a vagueza legislativa intencional se apresenta como *uma saída possível*.

O direito pode ser mais ou menos vago, como visto. Há tempos em que a estipulação de dispositivos precisos e claros não serve aos propósitos da sociedade, não trazendo benefícios

⁴⁹ ELSTER, Jon. **Closing the books: transitional justice in historical perspective**. Cambridge: CUP, 2004, p. 189. O autor trata a legislação e os legisladores como fontes de incerteza para a justiça de transição, afirmando que só há "certeza em democracias de mentira". *idem*, p. 90 e 190.

para a sua regulação.⁵⁰ A vagueza, potencial para qualquer norma, uma vez que o meio pelo qual se expressam os dispositivos normativos – a linguagem – não é capaz de circunscrever todas as situações atuais e futuras que pretende reger, com as informações, previsões e categorias do passado que estão à disposição do legislador. A precisão, portanto, não é sempre um fim absoluto almejado pelo legislador.⁵¹

Legisladores, aqui entendidos como os atores políticos envolvidos no processo de criação jurídico-normativa em períodos de transição política entre regimes, podem desejar limitar a sua responsabilidade por eventuais diplomas legislativos que sejam mal recebidos pela opinião pública. Da mesma forma, podem escapar das discussões públicas sobre dispositivos que fixem condutas precisas e consequências prejudiciais a determinadas categorias influentes na sociedade e nos meios políticos ou, ainda, em tempos de convulsão social e desacordo político e institucional.

Com efeito, há momentos de transição, nos quais a mera tentativa de discussão sobre determinados temas, com a fixação concreta de condutas e consequências, mostra-se como um óbice intransponível para o surgimento de uma sociedade democrática. Nesses contextos, atores políticos e sociais, grupos de pressão e futuros membros do novo regime podem lançar mão de regramentos vagos como instrumento para instituir regras jurídicas socialmente aceitas, acordadas politicamente, que não aumentem as já conturbadas relações sociais, criando ainda mais insegurança e instabilidade.

Deve-se entender a vagueza como uma escolha política, uma dentre muitas, para solucionar eventuais problemas de desacordo político, intransponíveis diante de instabilidade institucional e política pela qual passam a maioria dos países em transição de regimes ditatoriais ou autoritários para regimes democráticos ou semidemocráticos. Como afirma R. Teitel, “o direito fica então preso entre o passado e o futuro, entre olhar para frente e olhar para trás, entre o retrospectivo e o prospectivo, entre o individual e o coletivo.”⁵² Assim entendida, a vagueza normativa nada mais é do que uma forma de acordo entre os atores políticos e sociais envolvidos no período de transição.

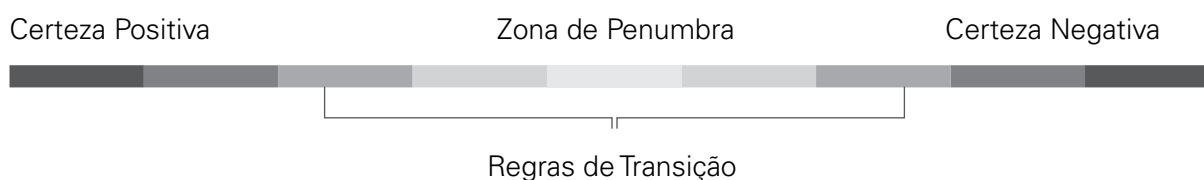
Na impossibilidade de se chegar a acordos entre o que fazer para que se possa ultrapassar a dicotomia passado-presente, a solução é encontrada mediante a utilização de uma técnica legislativa que cria regras vagas o suficiente para serem aceitas por todos os lados do espectro

50 ENDICOTT, Timothy. Law is necessarily vague. **Legal Theory**, Vol. 7, 2001, p. 379.

51 ENDICOTT, Timothy. Law is necessarily vague. **Legal Theory**, Vol. 7, 2001, p. 380.

52 TEITEL, Ruti. **Transitional Justice**. Oxford: OUP, 2000, p. 6

político envolvidos nos momentos de transição. No esquema gráfico proposto acima, teríamos a seguinte estipulação nos acordos políticos de transição:



Uma observação relevante: a vagueza não pode ser utilizada como meio de fraude, apenas para que, num dado momento histórico seja alcançado o acordo político mínimo necessário para a transição política e, logo após, a mesma vagueza vir a ser utilizada de modo a fraudar todas as legítimas expectativas criadas pelo acordo político, de modo a possibilitar perseguições a determinados membros do antigo regime.

A segurança jurídica, a proteção da confiança e a manutenção de expectativas legítimas não autoriza que um instrumento legítimo da transição política, como a instituição de normas vagas, seja utilizado como forma de burlar eventuais acordos políticos. O risco que se corre, portanto, é o de, na tentativa de fraudar acordos passados, para a persecução das violações de então, tentando reverter um passado de abusos e arbitrariedades, se passe, agora, no presente, em função das possibilidades abertas pela vagueza e pela indeterminação normativas, a fazer exatamente o que os algozes de então faziam: agir arbitrária e ilegalmente.⁵³

Tal vagueza, no entanto, não pode levar à utilização persecutória das leis de transição, com objetivos político-partidários, ideológicos ou mesmo para revanchismos de toda ordem. Por essa razão, advoga-se no sentido de que comissões encarregadas ou tribunais devem eleger critérios claros, públicos e transparentes na definição dos casos abarcados e, especialmente, nas consequências advindas de seus julgamentos.

Ausentes os critérios, seja pela via legislativa, seja pela criação dos comitês responsáveis, dá-se espaço para a utilização arbitrária e acriteriosa que leva à insegurança jurídica, com a impossibilidade de previsibilidade e calculabilidade (mesmo *post facto*) das consequências jurídicas das condutas realizadas. A vagueza, portanto, traz, em si, relevante carga de discricionariedade, a ser exercida pelo aplicador na definição dos fatos e no posterior julgamento do caso concreto. Devem-se tomar todas as precauções, incluindo-se o dever estatal de reduzir a eventual vagueza e indeterminação na definição dos crimes políticos, para que essa discricionariedade não se transforme em arbítrio.

53 "One cannot neglect here that, in the nature of things, transitional and even post-transitional regimes are often tempted to deal with the vast problems they face by riding roughshod over the rule of law in ways that cruelly mimic the past from which they are trying to escape." Cf. DYZENHAUS, David. Judicial Independence, Transitional Justice and the Rule of Law, *Otago Law Review*, Vol. 10, 2003, p. 361.

O que se tem em mente é a formulação de regras minimamente precisas, não vagas, determináveis, que contenham todos os elementos que caracterizem as condutas englobadas pela legislação que rege a transição jurídico-política, para evitar o que já se elencou possível: perseguições políticas e ideológicas por meio dos processos e procedimentos envolvidos na justiça de transição.⁵⁴

Com efeito, a vagueza da linguagem é utilizada pelo legislador, em sua função constitucional de formular regras abstratas e gerais. Em outras palavras: regras que não sejam individualizáveis ou direcionadas a um caso concreto específico, ou a sujeitos determinados, que seriam aplicáveis a apenas um grupo definido de casos, mas, sim, que deve ser aplicável a todos os sujeitos e situações que se encontram sob o âmbito de aplicação das regras.⁵⁵ Com essa vagueza e indeterminação, que são iminentes ao direito e à própria formulação de dispositivos e conceitos legais, pode-se aprisionar a realidade em textos legais de forma adequada, dá-se vazão aos compromissos político-sociais envolvidos nas negociações para a transição de regimes. O Poder Legislativo pode, portanto, dependendo das circunstâncias sociais, políticas e jurídicas, aumentar ou diminuir tal vagueza normativa, a depender das formas de elaboração dos dispositivos, ou por meio da utilização de cláusulas gerais, conceitos indeterminados e, ainda, princípios e sobreprincípios jurídicos.

Essa vagueza pode ser mera casualidade ou acidente do processo legislativo, com as inúmeras mudanças e votações a que estão submetidos projetos de lei ou, em outros casos, intencionalmente projetadas para serem vagas. Neste caso, fica evidente o intuito de satisfazer as partes envolvidas na discussão política da matéria, as quais não conseguiram chegar a um acordo, em relação a um regramento mais claro, mais definitivo, mais cabal, sobre a matéria. Repita-se, ainda uma vez: a utilização da vagueza normativa como técnica legislativa intencional deve ser a exceção, jamais a regra.

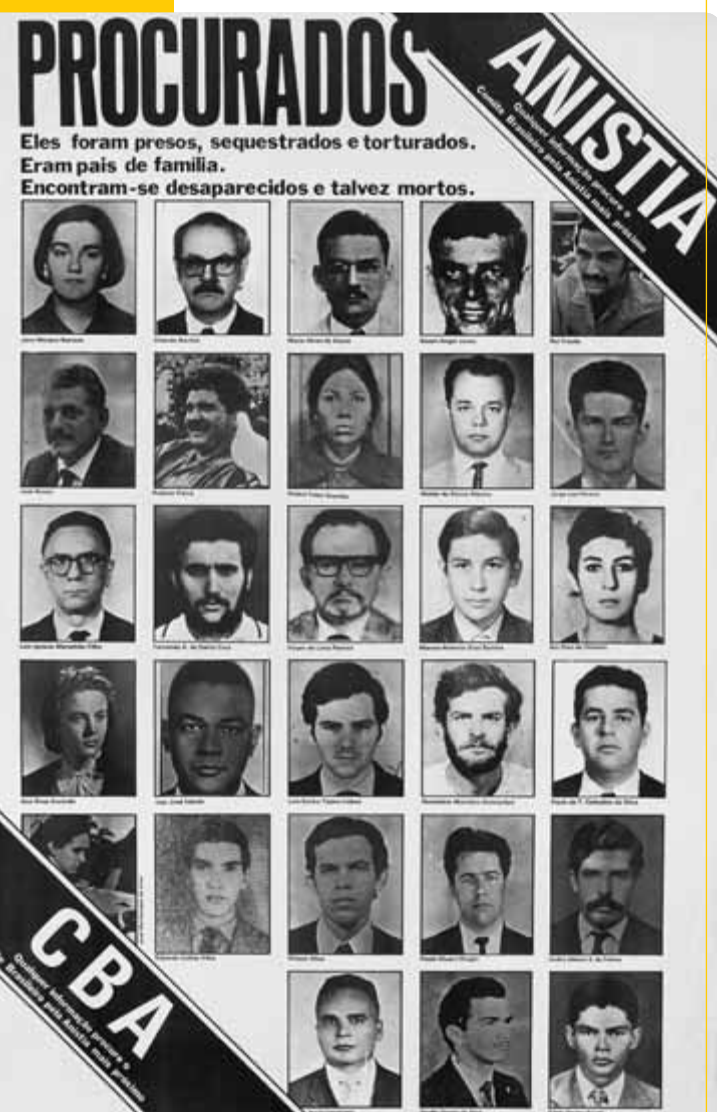
Poder-se-ia argumentar, no entanto, que períodos de transição exigem um mínimo de vagueza e indeterminação na construção dos tipos penais. Regras claras levam os indivíduos a se comportar de maneira a se encaixar perfeitamente na hipótese legal ou, em casos excepcionais, de forma a evitar toda e qualquer possibilidade de subsunção de sua conduta aos ditames legais, chegando ao extremo de cair na ilegalidade, apenas para evitar as consequências de suas condutas.

Regras demasiadamente precisas levam a duas consequências possíveis e opostas: ou observância completa, ou facilitação no desvio para escapar das consequências advindas

54 Veja-se o interessante exemplo histórico trazido por J. Elster sobre a revogação do direito de voto aos *inciviques* belgas, que atingiu em torno de 60.000 indivíduos que não puderam participar das eleições no pós-guerra. Elster mostra que a declaração de *incivique* foi feita com fins puramente políticos e com vistas às eleições que aconteceriam na primavera de 1946. Cf. ELSTER, Jon. **Closing the books: transitional justice in historical perspective**. Cambridge: CUP, 2004, pp. 247 e ss.

55 ZIPPELIUS, Reinhold. **Rechtsphilosophie**. 3ª ed., Munchen: C.H. Beck, 2000, pp. 164 e ss.





da conduta. Em tempos de transição política, onde acordos entre os responsáveis pela transição se mostram complexos e, em muitas situações, são inatingíveis, tem-se que um esquema legislativo de regras precisas, determinadas e com critérios bastante detalhistas, impede a própria realização da transição.⁵⁶

Isso, de forma alguma, depõe contra a legitimidade do direito ou do sistema jurídico como um todo. Antes, pelo contrário: a criação de normas vagas que possibilitem a transição faz com que o próprio sistema deixe de lado desacordos que impossibilitam a discussão pública do alcance e dos efeitos das próprias normas vagas.⁵⁷ O sistema legal permanece como meio legítimo de regular condutas, passadas e futuras, dependendo apenas de outros fatores e contextos, a serem definidos no futuro, por meio dos instrumentos democráticos definidos pelo texto constitucional.

Acordos políticos passados, que resultaram em tais regras, devem ser mantidos, como melhor forma de proteger a segurança jurídica e as expectativas legítimas dos envolvidos. A sua vagueza dá ensejo para que se discuta, dados os desacordos atuais sobre o alcance e o conteúdo das regras, de que maneira se podem equilibrar os acordos passados com os desacordos presentes, de modo que se construa um futuro ainda mais democrático.

56 "Due to their limited competence, courts and legislatures should sometimes fashion vague standards rather than bright line rules. That is, in some cases more uncertainty is better than less. The intuition is as follows. A bright line rule causes all individuals either to steer into the same safe harbor, even if that harbor is quite costly for some, or to ignore the rule entirely if the harbor is simply too costly. The effect of the rule is likely to be one of two extremes: either excessive compliance or nil. A vague standard, on the other hand, does not attach sharp changes in the probability liability to small changes in a particular behavior selected as the turning point for liability; rather, as behavior improves, there is a gradual reduction in the probability of liability that elicits different responses from different individuals. These responses are likely to fall between the extremes induced by the bright line rule and thus likely to more closely approach some optimal outcome. This comparison of rules and standards implies that there may be costs to encouraging legislatures to choose clearly delineated rules over vague standards when courts are likely to make mistakes in the selection of appropriate rules. Vagueness softens the impact of judicial error on individual incentives without abandoning entirely the effort to control private behavior." Cf. HADFIELD, Gillian, Weighing the Value of Vagueness: An Economic Perspective on Precision in the Law, *California Law Review*, Vol. 82, May/1994, p. 545.

57 Mesmo que haja princípios gerais de direito que possam ajudar o aplicador em caso de normas vagas, ainda assim deve ser vencido o complexo ônus argumentativo a cargo do aplicador, de demonstrar que esses princípios têm, de fato, força normativa e podem ser utilizados como fundamentos de suas decisões. Como afirma Dyzenhaus: "[e]ven when statutes are not clear, so that one can make a case that there is an 'ambiguity' in the statutory language which common law presumptions or principles might clarify, judges have to be predisposed towards regarding those principles as having very strong presumptive force before they will have any effect." DYZENHAUS, David. Judicial Independence, Transitional Justice and the Rule of Law. *Otago Law Review*, Vol. 10, 2003, p. 361.

V. CONCLUSÕES

“Der Sinn des Satzes – möchte man sagen – kann freilich dies oder das offen lassen, aber der Satz muß doch einen bestimmten Sinn haben. Ein unbestimmter Sinn – das wäre gar kein Sinn. – Das ist wie: Eine unscharfe Begrenzung. Man denkt da etwa so – Wenn ich sage „ich habe den Mann fest im Zimmer eingeschlossen – nur eine Tür ist offen geblieben“ – so habe ich ihn eben gar nicht eingeschlossen. Er ist nur zum Schein eingeschlossen. Man wäre geneigt, hier zu sagen: „also hast du damit gar nichts getan.“ Eine Umgrenzung, die ein Loch hat, ist so gut wie gar keine. – Aber ist das denn wahr?”⁵⁸

A vagueza é uma característica constante e inexorável da nossa linguagem e, por consequência, das normas jurídicas. Não se mostra possível, nem desejável, que se busque a formulação de regramentos que tentem acabar com esta vagueza inerente, pela enumeração de critérios quantitativos ou de hipóteses detalhistas, uma vez que tal fato geraria um casuísmo legislativo que, ao fim e ao cabo, teria como consequência o efeito inverso do pretendido.

Como visto, na vagueza não ocorrem dúvidas sobre a situação fática envolvida, mas, sim, sobre as consequências jurídicas (aplicabilidade ou não-aplicabilidade) advindas das regras atinentes aos casos. Podem se dar de forma intencional – onde o legislador faz uso de cláusulas gerais ou de princípios amplos – e não-intencional, onde a descrição normativa não abarca os casos pretendidos pelo legislador.

Regras vagas, por outro lado, têm a feliz característica de serem politicamente *maleáveis*⁵⁹ (na falta de melhor expressão), sendo menos complexa a obtenção de acordos políticos amplos para a sua aprovação. Em momentos de transição política - onde acordos políticos e jurídicos sobre o conteúdo e o alcance de leis de transição são de difícil consecução prática -, a utilização de conceitos vagos ou a formulação de dispositivos legais vagos permite a obtenção de acordos entre as partes envolvidas na negociação para colocar fim a regimes de exceção.

Deve-se reiterar a advertência já feita na introdução: a instituição intencional de normas vagas ou obscuras não deve ser tolerada em um Estado de Direito que pretende regular as relações sociais de forma eficiente e justa. No entanto, diante das dificuldades de se criarem consensos políticos em períodos transicionais, admite-se, nestas hipóteses, que o legislador escolha a via da vagueza normativa como forma de permitir ou facilitar a realização de uma transição pacífica.

58 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2003, §99, p. 77.

59 AARNIO, Aulis. *Denkweisen der Rechtswissenschaft*. Viena: Springer, 1979, p. 190-193.

Uma vez reestabelecida a democracia, a utilização da técnica aqui exposta deve ser rechaçada, já que não se coaduna com os mandamentos da segurança jurídica.⁶⁰ A vagueza normativa intencional em períodos de transição é, repita-se uma última vez, apenas uma opção possível, dentro das limitações que a realidade impõe na formação de acordos e consensos políticos. Mas, jamais, uma saída ideal ou recomendável em tempos de democracia consolidada e com parlamento, executivo e judiciário em funcionamento constitucionalmente adequado.

Em períodos de transição política, portanto, a utilização e a elaboração de diplomas legislativos indeterminados e vagos pode ser a única solução para o impasse político que se coloca diante da instabilidade social e institucional. Não sendo possível o acordo sobre o tratamento a ser dispensado aos membros do antigo regime, quais as consequências do período de transição?

E quanto ao que o futuro reserva aos membros do velho e do novo regime, a utilização intencional de elementos vagos na legislação se mostra como saída politicamente viável e juridicamente aceitável. Reitere-se: não é a solução *ideal*, nem a *desejável*; é uma solução *possível*. Mesmo que as consequências venham a se manifestar no futuro, por meio de situações que não sejam claramente regradas pelas normas de transição, ainda assim, mostra-se preferível a elaboração de normas vagas, especialmente, diante da dificuldade de se construir consensos sobre o tratamento jurídico a ser dispensado aos agentes estatais e aos particulares envolvidos na luta pelo término de regimes ditatoriais ou de exceção.

Ainda, pode-se dizer que não é necessário concordar com as escolhas feitas pelos legisladores do passado, nem pelo Constituinte, principal ponto de partida da redemocratização. Mas, deve-se concordar com uma realidade: nossa sociedade é melhor, mais aberta, mais democrática e, por isso, mais justa, ao continuar as discussões sobre tais assuntos, uma vez que o resultado legislativo de tais acordos foram vagos o suficiente para permitir a transição - pacífica e acordada -, do que seria se tais decisões tivessem sido finais, acabadas, cabais; e, por isso mesmo, artificiais e impostas a uma população que, como se sabe, deseja o fim do regime, aceitando abrir mão de soluções fáceis para problemas complexos.

Por fim, entre um futuro democrático com normas de transição vagas, que permitem interpretações que, em um determinado momento histórico, não se coadunam com os fundamentos materiais de um Estado de Direito, ou a manutenção de um regime autoritário, mas com regras claras e precisas, deve-se preferir o primeiro. E essa escolha, a todos nós, será essencial e decisiva.

VAGUEZA NORMATIVA E TRANSIÇÕES POLÍTICAS

PEDRO ADAMY

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

A vagueza é um dos elementos da linguagem. Consequentemente, a vagueza normativa é elemento inerente ao ordenamento jurídico, já que este é expresso em linguagem. Dispositivos legais com elementos vagos fazem parte da realidade dos tomadores de decisão. Essa característica, que não pode – e não deve – ser erradicada, pode ser utilizada de forma intencional, pelo legislador, em períodos de transição política, nos quais, dificilmente, há consenso político sobre as consequências jurídico-políticas de atos praticados durante o regime ditatorial. Pretende-se demonstrar que a vagueza é um importante instrumento – um entre tantos – para o atingimento de acordos políticos amplos entre todos os atores sociais envolvidos em períodos transicionais pacíficos, como foi o caso do Brasil. Ainda, reitera-se que a utilização intencional da vagueza somente é aceitável em períodos nos quais inexistente a possibilidade de construção de acordos e consensos políticos amplos.

Palavras-chave: Vagueza – transição política – regras vagas – acordos políticos

Vagueness is one of the elements of language. Accordingly, normative vagueness is an inherent element of the legal order, since it is expressed in language. Legal rules with vague elements are a part of the decision makers' reality. Such characteristic, one that cannot – and should not – be eradicated, can be intentionally used by lawmakers in times of political transition, when political consensus about the consequences of actions taken during the dictatorial regime are hardly achievable. This paper intends to demonstrate that vagueness is an important instrument – alongside others – to achieve far-reaching agreements among all social actors involved in pacific political transitions, as was the case in Brazil. Moreover, the paper reaffirms that the intentional use of vagueness is only accepted during periods in which exists no possibility of achieving broad political agreements and consensus.

Key words: Vagueness – political transition – vague rules – political agreements



COMISSÃO DA VERDADE: ANÁLISE DO CASO BRASILEIRO

Paula Maria Nasser Cury

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

*Si quiero rescatarme
si quiero iluminar esta tristeza
si quiero no doblarme de rencor
ni pudrirme de resentimiento
tengo que excavar hondo
hasta mis huesos
tengo que excavar hondo en el pasado
y hallar por fin la verdad maltrecha
con mis manos que ya no son las mismas.
Pero no sólo eso.
Tendré que excavar hondo en el futuro
y buscar otra vez la verdad
con mis manos que tendrán otras manos
que tampoco serán ya las mismas
pues tendrán otras manos.¹*

1. INTRODUÇÃO

Como adverte *N. Bobbio*, não há, em um Estado Democrático de Direito, espaço possível para o mistério². Justamente por isso, nos processos transicionais de governos autoritários, guerras e outros tipos de conflitos político-sociais para regimes democráticos, as Comissões da Verdade vêm desempenhando importante papel na busca por informações sobre as graves violações de direitos humanos, cometidas durante o período que se busca superar.

1 *Mario Benedetti, 'Otra noción de patria', in Inventario Uno, Buenos Aires: Visor E.A.S.A., 1993, 121 p.*

2 *BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo, 6ª Ed. São Paulo: Terra e Paz, 1997, 184 p.*

Por uma série de características da ditadura brasileira, assim como dos governos e da sociedade pós-ditadura, a consecução de projetos e medidas inseridos no âmbito da justiça de transição vem sendo efetivada apenas tardiamente.

Ao lado de medidas como a persecução penal de agentes do Estado perpetradores de torturas, de desaparecimentos forçados, de homicídios; da reparação cível às vítimas e seus familiares, bem como de medidas informativas e educativas, o desempenho, por parte das Comissões da Verdade, de atividades especificamente ligadas ao descobrimento e à revelação de dados de uma história escrita na surdina – seja em celas de prisão, salas de tortura ou, como se costuma dizer no Brasil, no interior dos “porões da ditadura” – têm, com maior ou menor grau de sucesso, contribuído para a consolidação da justiça de transição em diversos Estados ao longo das últimas décadas³.

A primeira Comissão da Verdade a atuar e entregar um relatório final foi a *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas* – CONADEP, na Argentina, em 1984⁴. Apesar do pioneirismo sul-americano, talvez se possa atribuir à Comissão de Verdade e Reconciliação da África do Sul, que encerrou suas atividades em 1998, o maior êxito em termos de metodologia de trabalho, prerrogativas e resultados. Com poderes quase-judiciais que lhe permitiam atuar de forma incisiva na questão da concessão de anistias, a CVR sul-africana é considerada um bom modelo democrático em termos de efetividade, transparência e possibilidade de envolvimento e participação popular⁵.

Comissões da Verdade inserem-se no contexto de um conceito amplo de justiça de transição, consentâneo com parâmetros internacionais adotados pela ONU. E vão além da persecução penal dos perpetradores de ofensas graves a direitos humanos, estruturando-se, também, sobre os pilares da busca por informações sobre os fatos passados. E, ainda, sobre a reparação de danos e a realização de reformas institucionais, com vistas à promoção de uma efetiva reconciliação social⁶. Ultrapassando a vinculação da justiça de transição à justiça penal,

3 A este respeito, SCHMOLZE, Bianca; RAUCHFUSS, Knut. *Straflosigkeit in Übergangsgesellschaften*. In: SCHMOLZE, Bianca; RAUCHFUSS, Knut (Org.). *Kein Vergessen. Kein Vergeben. Die Internationale Kampf gegen Straflosigkeit*. Berlin: Assoziation A, 2009, p. 413-422.

4 *Idem*, p. 416.

5 SCHMOLZE, Bianca. *Südafrika: Wahrheit auf dem dritten Weg*. In: SCHMOLZE, Bianca; RAUCHFUSS, Knut (Org.). *Kein Vergessen. Kein Vergeben. Die Internationale Kampf gegen Straflosigkeit*. Berlin: Assoziation A, 2009, p. 245-278. Para um paralelo entre os modelos brasileiro e africano: TELES, Edson. *Entre justiça e violência: Estado de exceção nas democracias do Brasil e da África do Sul*. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Editora Boitempo, 2010, p. 299-318.

6 Em seu Relatório nº S/2004/616, o ex-Secretário Geral da ONU assim define o termo: “A noção de “justiça de transição” (...) compreende o conjunto de processos e mecanismos associados às tentativas da sociedade em chegar a um acordo quanto ao grande legado [de]

contempla-se, ao mesmo tempo, a noção de justiça restaurativa, ou mesmo reconstrutiva, da comunidade afetada⁷.

No Brasil, o processo de transição foi, *em certa parte*, comprometido pela edição, em 28 de agosto de 1979, da Lei nº 6.683, conhecida como Lei de Anistia, que – a nosso ver, antijuridicamente⁸ – anistiou, “ampla, geral e irrestritamente”, particulares e agentes públicos, dentre os quais torturadores e demais perpetradores de graves ofensas aos direitos humanos cometidas no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. *Em certa parte* – frisamos –, uma vez que, como dito, a justiça transicional passa também pela promoção de mecanismos restaurativos alternativos e/ou complementares à mera persecução penal, que a Lei de Anistia não impediu que fossem implementados.

Entretanto, por uma série de características da ditadura brasileira, assim como dos governos e da sociedade pós-ditadura, a consecução de projetos e medidas inseridos no âmbito da justiça de transição vem sendo efetivada apenas tardiamente. Dentre estes, citamos a criação da Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos políticos, em 1995⁹, e da Comissão de Anistia, em 2002¹⁰, além da abertura dos arquivos da repressão, em 2005, e da publicação de revistas e livros abordando a temática da ditadura e da justiça de transição.

Destacamos, ainda, outras iniciativas não governamentais, como a propositura da ADPF 153/DF e da demanda junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da Guerrilha do Araguaia, que questionaram a Lei de Anistia brasileira e demandaram, em nível nacional e internacional, respostas jurídicas sobre o seu alcance e a sua conformação ao Estado Democrático de Direito.

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.” ANNAN, Kofi. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pósconflito. Relatório n. S/2004/616. In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, N. 1 (jan. / jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 320-351.

7 AMBOS, Kai. The legal framework of transitional justice: a systematic study with a special focus on the role of the ICC. In: AMBOS, Kai; LARGE, Judith; WIERDA, Marieke (Org.). *Building a Future on Peace and Justice: studies on transitional justice, peace and development*. Berlin/Heidelberg: Springer, 2009, p. 19-104.

8 Por motivo de delimitação do tema, não nos cabe, nesta ocasião, tecer maiores considerações sobre a questão da Lei de Anistia brasileira e sua questionável juridicidade diante do marco do Estado Democrático de Direito. Cumpre, apenas, registrar objeções relativas ao caráter permanente de alguns crimes anistiados e ao direito internacional dos direitos humanos. Para mais detalhes sobre a questão, ver, dentre outros: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF, DJe 06/08/2010, 9; Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010 publicada em: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, N. 4 (jul/dez 2010). Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 402-543; e ainda: ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil: nunca mais*, 10ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1985, 303p.; SWENSSON JUNIOR, LAURO Joppert. Ao julgar a justiça, te enganas: apontamentos sobre a justiça de transição no Brasil. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, N. 4 (jul/dez 2010). Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 56-77; PAYNE, Leigh; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo (Org.). *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, 571 p. Disponível em: http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2011_livro_OXFORD.pdf, acesso em 25.04.2012 (especialmente a Parte II – A anistia no Brasil, p. 186-390); PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Org.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Editora Boitempo, 2010, p. 91-107.

9 Lei nº 9.140, de 04 de dezembro de 1995.

10 Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002.

Na esteira dessas ações tendentes à efetivação de uma postergada justiça de transição brasileira, temos, em 18 de novembro de 2011, a criação da Comissão Nacional da Verdade – CNV –, por meio da promulgação da Lei nº 12.528/11¹¹. A CNV surge em um contexto de conflito entre a decisão do Supremo Tribunal Federal – STF – nos autos da ADPF 153/DF e a da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH – nos autos do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* quanto à possibilidade de persecução criminal dos acusados de violações graves de direitos humanos no período da ditadura militar brasileira¹². E, vai ao encontro da recomendação da CIDH de que o país viesse a constituir uma Comissão da Verdade¹³.

2. VERDADE COMO DIREITO? BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CHAMADO “DIREITO À VERDADE”

Falar em “verdade” é algo problemático, já no plano conceitual. Apesar de sempre ter estado em foco em discussões filosóficas, linguísticas, jurídicas, o conceito de verdade ainda carece de um conteúdo que se possa, seguramente, avaliar como correto¹⁴. A afirmação da existência de um “direito à verdade”, portanto, é terminologicamente imprecisa e causa, ao estudioso do tema, certa perplexidade.

Nesse sentido, ao analisar a questão da apuração de crimes ligados à ditadura no Estado argentino, reconhece *D. Pastor* que não há, positivamente, um direito à verdade. Ao mesmo

11 Data, também, de 18 de novembro de 2011, a promulgação da Lei nº 12.527, conhecida como Lei do Acesso à Informação, que, dentre outras medidas, elimina definitivamente do ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de restrição, por tempo indefinido, de informações classificadas como reservadas, secretas ou ultra-secretas. De acordo com esta Lei, o tempo máximo pelo qual o acesso a uma informação pode ser restrito é de 25 anos (para informações ultra-secretas). Coincidentemente, a lei em comento entrou em vigor na data da posse dos membros nomeados para integrar a Comissão Nacional da Verdade, 16 de maio de 2012.

12 Enquanto o STF confirmou a constitucionalidade da Lei de Anistia, especialmente no que tange à expressão “crimes políticos e conexos” nela contida, que alcançaria também graves violações de direitos humanos como torturas e desaparecimentos forçados, a CIDH inadmitiu que tais crimes fossem passíveis de persecução penal por força da Lei da Anistia.

13 Corte Interamericana de Direitos Humanos: *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010 publicada em MINISTÉRIO DA JUSTIÇA: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, N. 4 (jul/dez 2010). Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 525-520. Vide, especialmente, o seguinte trecho da decisão, em que a CIDH destaca a importância de uma seleção e configuração independente, idônea e transparente, além de ressaltar que a criação de uma Comissão da Verdade não substitui a obrigação de promover persecuções penais: “Quanto à criação de uma Comissão da Verdade, a Corte considera que se trata de um mecanismo importante, entre outros aspectos, para cumprir a obrigação do Estado de garantir o direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Com efeito, o estabelecimento de uma Comissão da Verdade, dependendo do objeto, do procedimento, da estrutura e da finalidade de seu mandato, pode contribuir para a construção e a preservação da memória histórica, o esclarecimento de fatos e a determinação de responsabilidades institucionais, sociais e políticas em determinados períodos históricos de uma sociedade. Por isso, o Tribunal valora a iniciativa de criação da Comissão Nacional da Verdade e exorta o Estado a implementá-la, em conformidade com critérios de independência, idoneidade e transparência na seleção de seus membros, assim como a dotá-la de recursos e atribuições que lhe possibilitem cumprir eficazmente com seu mandato. A Corte julga pertinente, no entanto, destacar que as atividades e informações que, eventualmente, recolha essa Comissão não substituem a obrigação do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais por meio dos processos judiciais penais.”

14 A este respeito, ver, por exemplo: GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*. 2. Aufl. Berlin: Akademie Verlag, 2011, 227p.; KIRKHAM, Richard. *Theories of Truth: a critical introduction*. Cambridge: MIT Press, 1992, 401p.; Häberle, Peter. *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1995, 99p.; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*, 23. Aufl. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1992; DAVIDSON, Donald; RORTY, Richard. *Wozu Wahrheit?* SANDBOTHE, Mike (Org.). Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2005, 353p.; HABERMAS, Jürgen. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1999, 336p.; BRANDOM, Robert. *Making it Explicit: reasoning, representing and discursive commitment*. Cambridge/MA: Harvard University Press, 1994, 741p.



tempo, a “verdade sobre o direito à verdade” é uma matéria sobre a qual se deve chegar a um acordo. É que os interesses que se situam por detrás desse “direito à verdade”, ou seja, a busca por informações sobre o destino e o paradeiro de vítimas dos governos ditatoriais, “merecem, sem dúvida, uma regulação jurídica que os reconheça, canalize e proteja, pois se trata de valores elementares dignos do maior respeito social”¹⁵.

D. Pastor destaca que é esse direito à informação que está previsto no plano do Direito Internacional, quando, por exemplo, se reconhece, no Protocolo Adicional I aos Convênios de Genebra, “o direito que as famílias têm de conhecer o destino dos seus membros”¹⁶, assim como o direito de recuperar os corpos dos falecidos ou de ter acesso à sua sepultura¹⁷. Não é feita, contudo, neste documento jurídico, qualquer menção a um “direito à verdade”¹⁸. A nosso ver, aqui pode estar contida uma alternativa viável para a compreensão do que este direito possa significar: direito à verdade como direito à informação, ao conhecimento dos fatos.

No âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por outro lado, construiu-se e consolidou-se a ideia de um “direito à verdade” como direito das vítimas e de seus familiares de obter informações

15 PASTOR, Daniel R. ¿Procesos Penales sólo para conocer la verdad? La experiencia Argentina. In: EIROA, Pablo; OTERO, Juan Manuel (Org.). *Memoria y Derecho Penal*. Buenos Aires: Fabián J. di Plácido Editor, 2007, p. 330.

16 Protocolo Adicional I aos Convênios de Genebra, Art. 32. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-prot-l-conv-genebra-12-08-1949.html>>, acesso em 20.04/2012.

17 *Idem*, Art. 34.

18 PASTOR, Daniel R. *Op. cit.* (n. 15), p. 330-331.

sobre os acontecimentos passados na ditadura e, ao mesmo tempo, direito da sociedade de acesso à informação como pressuposto do exercício democrático. Aliou-se, ainda, a esse direito, uma função preventiva da verdade, que contribuiria para que os crimes do passado não voltassem a acontecer¹⁹.

Apesar de haver referência expressa a um “direito à verdade”, parece-nos que o que se pretende garantir, tanto individual como coletivamente, é, mais uma vez, o acesso à informação, o esclarecimento dos fatos, paradeiros, circunstâncias em que o Estado, por seus agentes, atuou como grave violador de direitos humanos. De um tal chamado “direito à verdade”, decorreria, portanto, um dever do Estado para com as vítimas, seus familiares e para com a sociedade em geral, que consistiria em proporcionar mecanismos de coleta, de análise e de revelação de informações.

No presente trabalho, adotaremos o entendimento de que “direito à verdade”, no contexto da justiça transicional, traduz-se nesse direito individual e coletivo à informação.

3. A COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE: FORMATAÇÃO LEGAL

Nos termos do art. 1º da Lei nº 12.528/11, a Comissão Nacional da Verdade foi criada com duas finalidades principais: examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos, praticadas²⁰ no período de 18 de setembro de 1946 até 05 de outubro de 1988²¹, quando foi promulgada a Constituição da República atualmente vigente, e, assim, efetivar o direito à memória e à verdade histórica, além de promover a reconciliação nacional.

A CNV compõe-se de sete membros, todos designados pela Presidência da República sob a condição de preencherem os seguintes requisitos: ser brasileiro(a), ter reconhecida idoneidade e conduta ética, identificar-se com a defesa da democracia e da institucionalidade constitucional, bem como com o respeito aos direitos humanos²², vedada a participação daqueles que, não

19 *Idem*, p. 332-334.

20 A Lei não restringe o objeto das investigações especificamente a violações de direitos humanos cometidas pelo Estado através de seus agentes e/ou a violações cometidas por opositores do Estado. Ao contrário, vale-se de formulação genérica, abrangente de *todas* as violações cometidas, quer pelo governo, quer por particulares, independentemente de orientação política. Aliás, esta é uma decorrência lógica do objetivo maior de promover a *reconciliação* nacional, termo essencialmente bi- ou plurilateral.

21 Como se pode observar, o período abrangido pela Lei nº 12.528/11 é maior do que o tempo de duração da ditadura no Brasil, que inicia-se com o golpe militar de 31 de março de 1964 e se prolonga até 05 de outubro de 1998, quando entra em vigor a nova Constituição. Apesar da menção a esse espaço de tempo maior que o de duração da ditadura, pode-se afirmar que o principal escopo da Comissão Nacional da Verdade é atuar na revelação da verdade sobre as graves violações de direitos humanos, cometidas durante a ditadura militar brasileira.

22 O caráter um tanto abstrato dos atributos necessários para ser membro da CNV, que acabam por dizer muito pouco sobre as efetivas qualificações e abrem espaço para manobras conceituais, aliado/agravado pelo fato de que a designação dos membros cabe à Presidente da República, será discutido no tópico posterior deste texto.

obstante atendam a estes requisitos, exerçam cargos executivos em agremiação partidária (excetuados os cargos honorários), não tenham condições de atuar com imparcialidade, no âmbito da CNV, ou exerçam cargos em comissão ou funções de confiança em qualquer esfera do poder público. Em 10 de maio de 2012, mais de cinco meses após a promulgação da Lei nº 12.528/11, esses membros foram finalmente nomeados.

Metodologicamente, pode-se dizer que as finalidades gerais da CNV, elencadas no art. 1º da Lei nº 12.528/11, são subdivididas, no art. 3º, nos seguintes objetivos ou finalidades específicas: (1) esclarecer os fatos e circunstâncias dos casos graves de violações de direitos humanos (referidos no art. 1º da mesma Lei); (2) esclarecer, de forma circunstanciada, os casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultações de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior; (3) identificar e tornar públicos os fatos relacionados à prática das violações graves de direitos humanos mencionadas no art. 1º da referida Lei, bem como suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade; (4) encaminhar aos órgãos públicos competentes as informações obtidas que possam auxiliar a localizar e identificar corpos e restos mortais de desaparecidos políticos²³; (5) colaborar com o poder público na apuração de violações de direitos humanos; (6) recomendar a adoção de medidas e políticas para prevenir violações de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional; (7) promover a reconstrução da história dos casos graves de violação de direitos humanos e colaborar na prestação de assistência às vítimas dessas violações.

As competências atribuídas aos membros da CNV para que essas finalidades específicas sejam alcançadas encontram-se previstas no art. 4º da Lei nº 12.528/11, e incluem recebimento e exame de provas testemunhais e documentais, requisitar informações e convocar pessoas para entrevista ou testemunho, realizar perícias e diligências necessárias, promover audiências públicas, requisitar proteção a quem se encontre ameaçado em virtude de participação na CNV, promover parcerias para troca de informações, dados e documentos²⁴ e, finalmente, requisitar auxílio de outros órgãos e entidades públicas.

Tais atividades, por determinação expressa do § 4º do art. 4º da Lei nº 12.528/11, não se revestem de caráter jurisdicional ou persecutório. A participação de qualquer cidadão interessado é garantida, nos termos do § 6º, também do art. 4º da referida Lei.

23 Reconhecidos, de acordo com o art. 1º da Lei nº 9.140/95 (lei que cria a Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos políticos), como aquelas pessoas que tenham participado ou tenham sido acusadas de participação em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 05 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias.

24 A possibilidade de parcerias específicas com instituições de ensino superior ou organismos internacionais é prevista no art. 8º da Lei nº 12.582/11.

A obrigatoriedade de publicidade das atividades desempenhadas pela CNV decorre do art. 5º da Lei nº 12.528/11; ficam, porém, ressalvados os casos em que, a critério da própria Comissão, o sigilo seja relevante para o alcance de seus objetivos ou para o resguardo de direitos fundamentais.

O art. 6º da Lei nº 12.528/11 traz disposição de eficácia reduzida, já que auto-limitada tanto pela renúncia ao caráter jurisdicional e/ou persecutório contida no § 4º do art. 4º da mesma Lei, como pela própria Lei nº 6.683/79 (Lei brasileira de Anistia): à CNV é facultado atuar em parceria com órgãos públicos como o Arquivo Nacional, a Comissão de Anistia e a Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos políticos, *desde que* tal parceria não confronte as observações dispostas na Lei de Anistia.

O financiamento da CNV, assim como o suporte técnico e administrativo às suas atividades, correm por conta da Casa Civil da Presidência da República, dispõe o art. 10 da Lei nº 12.528/11. A Comissão tem prazo de dois anos para a conclusão de seus trabalhos, ao fim dos quais deverá apresentar relatório final circunstanciado, do qual constem as atividades realizadas, os fatos examinados, as conclusões e as recomendações. O acervo documental e de multimídia, produzido a partir dos trabalhos da CNV, será encaminhado ao Arquivo Nacional e passará a integrar o Projeto Memórias Reveladas, criado pela Casa Civil, através da Portaria nº 204/09.²⁵

4. CRITÉRIOS ORIENTADORES E DELIMITADORES DAS ATIVIDADES DE UMA COMISSÃO DA VERDADE E SUA APLICABILIDADE AO CASO BRASILEIRO

Em estudo dedicado à construção de um arcabouço jurídico para a justiça transicional no âmbito no Direito Internacional, baseado em observações teóricas e empíricas sobre diversos processos de transição e situado no marco da promoção dos direitos humanos – ou, com *F. Piovesan*, do “direito internacional dos direitos humanos”²⁶ –, *K. Ambos* se debruça sobre a questão específica das Comissões da Verdade e aponta uma série de “melhores práticas”, das quais derivam *critérios* gerais pelos quais devem se nortear as atividades de uma Comissão da Verdade que, *efetivamente*, pretenda contribuir para o processo de transição *para a democracia*²⁷.

25 Lei nº 12.528/11, art. 11 *caput* e parágrafo único.

26 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 556 p.

27 AMBOS, Kai. *Op. cit.* (n. 7), p. 40-49.

Por entendermos ser relevante, para o caso brasileiro, não apenas analisar a estrutura, as circunstâncias envolvidas na criação da CNV e a Lei nº 12.528/11 mas, também, contribuir com o apontamento de parâmetros que possam vir a ser observados na atuação da Comissão - de modo a fortalecer sua vocação democrática e a potencializar sua efetividade -, optamos por utilizar os critérios elaborados por *K. Ambos* como base para as nossas considerações acerca do caso brasileiro.

A partir desses critérios, bem como de contextualizações, observações e sugestões nossas a seu respeito, comentaremos, no que se segue, a Comissão Nacional da Verdade. Assim, serão apontados seus pontos positivos, limitações e, ao mesmo tempo, serão discutidas alternativas e/ou métodos de trabalho considerados mais alinhados ao Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição da República de 1988.

Porém, antes de nos voltarmos para esses critérios, cumpre lembrar que, para *K. Ambos*, mecanismos como as Comissões da Verdade devem ter, como objetivo, não a mera satisfação de *interesses*, sejam eles compartilhados amplamente pela sociedade ou restritos às vítimas, mas a efetivação de *direitos*.²⁸ É a partir dessa ideia que os critérios a seguir apresentados são concebidos.

A distinção ganha significado, principalmente, diante de questionamentos sobre a atualidade/utilidade/necessidade da temática da justiça de transição no Brasil, tendo em vista seu caráter tardio, bem como diante das mudanças contextuais pelas quais a sociedade brasileira passou nesses mais de trinta anos da Lei de Anistia e do início do processo de reabertura à democracia²⁹. De acordo com *K. Ambos*, esses direitos, que repercutem tanto na esfera coletiva como na individual (vítimas), se traduzem no direito à justiça e em outros direitos inferidos da noção de justiça como um conceito jurídico: direito à verdade e à reparação³⁰.

Vale, também, salientar que uma Comissão da Verdade, para *K. Ambos*, deve, preferencialmente, atuar de modo preparatório ou complementar à persecução penal, o que, no Brasil, é atualmente inviável por força da Lei de Anistia e da interpretação a ela conferida pelo STF³¹. Diante da mera substituição da persecução penal por uma Comissão da Verdade, a capacidade de o sistema penal correspondente lidar com os crimes do passado se torna, no mínimo, questionável³².

28 *Idem*, p. 33.

29 Um instigante questionamento a esse respeito é proposto em SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Op. cit.* (n. 8).

30 AMBOS, Kai. *Op. cit.* (n. 7), p. 45.

31 Interpretação contestada, como já se mencionou em outra oportunidade, pela CIDH.

32 AMBOS, Kai. *Op. cit.* (n. 7), p. 43-44.

No caso brasileiro, a impossibilidade de que a CNV atue preparatória ou complementarmente à justiça criminal pode conduzir ao argumento de que a Comissão já é, desde a sua criação, desprovida de relevância para o processo transicional do país. É de se observar, contudo, que, se por um lado uma Comissão da Verdade ideal integraria um projeto de transição que passasse pela persecução penal, por outro lado, esta não resume as possibilidades e os métodos transicionais.

Em outras palavras: a justiça de transição não se restringe à justiça penal. O fato de a CNV não ter vinculação com a justiça penal pode, sim, ser visto como um ponto negativo para a transição brasileira. Mas, não necessariamente, como óbice ou marca de irrelevância ou insignificância dos trabalhos da Comissão. Nessa ótica, a exposição e os comentários aos critérios que se seguem devem ser vistos pelo leitor, antes de tudo, como uma proposta de viabilização e de otimização da atuação da CNV *apesar* de suas limitações.

Feitas estas observações, vamos aos critérios, lembrando que os mesmos foram pensados para o Direito Internacional, e que, portanto, adaptações contextuais ao caso brasileiro serão realizadas, quando necessário³³:

- (1) Uma Comissão da Verdade deve ser composta por *personalidades* reconhecidas e independentes de todos os grupos e setores sociais relevantes, a serem selecionadas em um processo consultivo e representativo.³⁴

A representatividade, o mais ampla e democrática possível, é um requisito essencial para a *legitimação* da Comissão da Verdade. Uma composição independente e pluralista, aliada à nomeação mediante prévio debate público dos nomes, consiste em um instrumento significativo para alcançar-se tal nível de representatividade.

No Brasil, a Lei nº 12.528/11 confere a prerrogativa de designação dos membros da CNV *exclusivamente* à Presidência da República. Não é prevista qualquer forma de participação da sociedade neste processo, seja por meio de consultas públicas ou da atuação do Legislativo através da elaboração de listas de nomes, sabatinas ou mesmo pela mera aprovação/reprovação das indicações da Presidência.

A lei estabelece que a Presidência da República deverá observar os requisitos da nacionalidade brasileira, reconhecida idoneidade e conduta ética, além de compromisso com a defesa da democracia, da institucionalidade constitucional e dos direitos humanos na escolha dos membros

33 Todos os critérios são apresentados sob a forma de tradução livre do original em inglês contido em AMBOS, Kai. *Op. cit.* (n. 7), p. 46-49.

34 *Idem*, p. 46.





FONTE: CEDEMUNESP

da CNV, respeitadas as vedações de seu art. 2º, § 1º. Mas é omissa quanto ao estabelecimento de regras destinadas a garantir a heterogeneidade e o pluralismo na composição da Comissão. Resulta disso que, em tese, poderiam ser escolhidos para integrar a CNV apenas representantes de uma determinada categoria profissional, como os empresários, por exemplo. Ou apenas indivíduos de um determinado Estado/região do Brasil. Ou apenas homens. Ou mesmo, apenas militares ou ex-presos políticos.

Seria desejável que a norma jurídica houvesse enfatizado a necessidade de uma composição *democrática e plural*, tanto nos métodos de escolha como na distribuição dos membros. Entretanto, a omissão normativa, se por um lado não garante, por outro não impede que a prerrogativa de seleção dos nomes seja exercida com vistas a esses parâmetros.

Com a nomeação dos membros da CNV, em 10 de maio de 2012, e sua posse em 16 de maio do mesmo ano, algumas conclusões a respeito da composição da Comissão já podem ser elaboradas. A Presidente da República, em discurso na cerimônia de posse de seus indicados, destaca que sua escolha não foi norteada por critérios pessoais ou subjetivos, e que recaiu sobre “um grupo plural de cidadãos, de cidadãs, de reconhecida sabedoria e competência.”³⁵

Um olhar um pouco mais atento sobre os nomes indicados revela, entretanto, que não se trata de grupo tão plural quanto se quer pretender. Dentre os membros, Gilson Dipp (Ministro do Superior Tribunal de Justiça), José Carlos Dias (advogado e ex-Ministro da Justiça durante o governo de Fernando Henrique Cardoso), Claudio Fonteles (advogado, ex-Procurador Geral da República), José Carlos Cavalcanti Filho (advogado), Rosa Maria Cardoso da Cunha (advogada), Maria Rita Kehl (psicanalista) e Paulo Sérgio Pinheiro (sociólogo), apenas os dois últimos não são juristas e apenas duas são mulheres. Em percentuais, os dados se traduzem em aproximadamente 71% de juristas e 71% de homens na composição.

Registra-se que nenhum militar ou representante do poder executivo, à época da ditadura brasileira, foi convidado a participar. Também não há presença de uma “personalidade” no sentido pretendido por *K. Ambos*, referente a uma figura carismática, que seja reconhecida pela população e com a qual esta se identifique. Os nomes indicados, de conhecimento quase que exclusivo no meio técnico e/ou acadêmico, não parecem cumprir a função de atrair a

35 Uma descrição mais detalhada dos critérios de escolha dos membros da CNV é assim narrada pela Presidente da República: “Ao convidar os sete brasileiros que aqui estão e que integrarão a Comissão da Verdade, não fui movida por critérios pessoais nem por avaliações subjetivas. Escolhi um grupo plural de cidadãos, de cidadãs, de reconhecida sabedoria e competência. Sensatos, ponderados, preocupados com a justiça e o equilíbrio e, acima de tudo, capazes de entender a dimensão do trabalho que vão executar. Trabalho que vão executar - faço questão de dizer - com toda a liberdade, sem qualquer interferência do governo, mas com todo apoio de que necessitarem. Quando cumpri minha atribuição de nomear a Comissão da Verdade, convidei mulheres e homens com uma biografia de identificação com a democracia e aversão aos abusos do Estado. Convidei, sobretudo, mulheres e homens inteligentes, maduros e com capacidade de liderar o esforço da sociedade brasileira em busca da verdade histórica, da pacificação e da conciliação nacionais” ROUSSEFF, Dilma. Discurso, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1091271-leia-a-integra-do-discurso-de-dilma-na-comissao-da-verdade.shtml>>, acesso em 16.05.2012.

atenção e convidar as mais diversas classes populares ao debate e ao acompanhamento dos trabalhos da Comissão.

- (2) No nível operativo, deve ser estabelecido um ponto de contato publicamente identificado para vítimas e testemunhas.³⁶

Em uma primeira acepção, podemos identificar esse ponto de contato como uma via pública de comunicação entre a CNV e as vítimas e testemunhas, que permita e facilite o acesso destas à Comissão e, assim, a revelação de dados e fatos que impulsionem o desenvolvimento dos trabalhos. A fim de possibilitar o acesso da sociedade à CNV, a Lei nº 12.528/11 (art. 4º, § 6º) confere a qualquer interessado o direito de prestar informações ou requerê-las da Comissão.

Embora não estabeleça procedimentos ou prazos para essa troca de informações, a Lei abre espaço para que os cidadãos, especialmente vítimas e testemunhas, reivindiquem sua participação e possam contribuir com seus relatos e depoimentos. Na medida em que a CNV tem como finalidade efetivar o direito à memória, à verdade histórica e promover a reconciliação nacional, torna-se imperioso que ela se mantenha aberta e, não só possibilite, como encoraje o exercício desta prerrogativa da sociedade.

Em uma segunda acepção, embasada na experiência sul-africana e aqui apresentada como sugestão à CNV brasileira, podemos compreender este ponto de contato também como a criação, ao redor do país, de locais descentralizados que atuariam em coordenação com a CNV, nos quais se possibilitasse o relato e a documentação das experiências de vítimas e testemunhas, com apoio de profissionais da área de psicologia e procedimento padrão de entrevista, inclusive em parceria com Universidades e centros de pesquisa³⁷.

- (3) Uma Comissão da Verdade deve dispor de *recursos* adequados e ter suficiente *independência* do Estado e de outros grupos de interesse; ela deve possuir poderes investigativos suficientes e receber apoio nacional e internacional.³⁸

Em outras palavras, uma Comissão da Verdade eficiente deve dispor de um mandato amplo (que, para *K. Ambos*, preferencialmente deve incluir poderes quase-judiciais), recursos bastantes e independência para tomar decisões apoiada em parâmetros racionais.³⁹

36 AMBOS, Kai. *Op. cit.* (n. 7), p. 46.

37 Agradeço a Saulo M. de Matos por esta observação.

38 AMBOS, Kai. *Op. cit.* (n. 7), p. 46.

39 AMBOS, Kai. *Op. cit.* (n. 7), p. 43. Ainda sobre a questão da efetividade, ver p. 44-45.

No caso brasileiro, a CNV é vinculada à Casa Civil da Presidência da República e é esta a responsável por prover todos os recursos técnicos, administrativos e financeiros necessários ao desempenho de suas funções⁴⁰. A lei não especifica valores a serem destinados à manutenção da CNV; determina, porém, que os seus sete membros perceberão a quantia mensal de R\$ 11.179,36 pelos serviços prestados⁴¹, além de passagens e diárias em viagens realizadas em razão do serviço.

Somado ao fato de a nomeação dos membros ser prerrogativa presidencial, o suporte e o custeio integral das atividades pela Casa Civil indicam subordinação administrativa e financeira diretas e completas à Presidência da República. Tal vinculação, ao menos em tese, poderia vir a comprometer a independência da Comissão em relação ao Estado, notadamente ao Poder Executivo.

No que tange, especificamente, aos poderes investigativos, em que pese o fato de as atividades da CNV não terem caráter persecutório ou jurisdicional, a lei atribuiu competências amplas à Comissão para a instrução de seus trabalhos. Assim, foi legalmente prevista a faculdade de requisitar informações, dados e documentos de órgãos e entidades do poder público, ainda que classificados *em qualquer grau de sigilo*, o que é indispensável para que se alcancem informações relevantes sobre a história e os crimes da ditadura militar. Em seu art. 4º, § 3º, a Lei nº 12.528/11 estabelece como *dever* de todo servidor público, inclusive dos militares, colaborar com a Comissão. A CNV tem, também, autonomia para firmar parcerias nacionais ou internacionais, de caráter público ou privado, para o intercâmbio de informações, dados e documentos.⁴²

- (4) O *mandato* de uma Comissão da Verdade não deve ser limitado ao estabelecimento de responsabilidades individuais, mas também deve lançar luz sobre as *causas do conflito* de modo a prevenir a recorrência de violações futuras. No mínimo, os crimes codificados no

40 Nos termos do art. 10 da Lei nº 12.528/11: "A Casa Civil da Presidência da República dará o suporte técnico, administrativo e financeiro necessário ao desenvolvimento das atividades da Comissão Nacional da Verdade."

41 Lei nº 12.528/11, art. 7º *caput* e parágrafos.

42 O rol completo das prerrogativas da CNV relativas ao desempenho de suas funções é enunciado no art. 4º da Lei nº 12.528/11, nos seguintes termos: Art. 4º: Para execução dos objetivos previstos no art. 3º, a Comissão Nacional da Verdade poderá: I - receber testemunhos, informações, dados e documentos que lhe forem encaminhados voluntariamente, assegurada a não identificação do detentor ou depoente, quando solicitada; II - requisitar informações, dados e documentos de órgãos e entidades do poder público, ainda que classificados em qualquer grau de sigilo; III - convocar, para entrevistas ou testemunho, pessoas que possam guardar qualquer relação com os fatos e circunstâncias examinados; IV - determinar a realização de perícias e diligências para coleta ou recuperação de informações, documentos e dados; V - promover audiências públicas; VI - requisitar proteção aos órgãos públicos para qualquer pessoa que se encontre em situação de ameaça em razão de sua colaboração com a Comissão Nacional da Verdade; VII - promover parcerias com órgãos e entidades, públicos ou privados, nacionais ou internacionais, para o intercâmbio de informações, dados e documentos; VIII - requisitar o auxílio de entidades e órgãos públicos. § 1º - As requisições previstas nos incisos II, VI e VIII serão realizadas diretamente aos órgãos e entidades do poder público. § 2º - Os dados, documentos e informações sigilosos fornecidos à Comissão Nacional da Verdade não poderão ser divulgados ou disponibilizados a terceiros, cabendo a seus membros resguardar seu sigilo. § 3º - É dever dos servidores públicos e dos militares colaborar com a Comissão Nacional da Verdade. § 4º - As atividades da Comissão Nacional da Verdade não terão caráter jurisdicional ou persecutório. § 5º - A Comissão Nacional da Verdade poderá requerer ao Poder Judiciário acesso a informações, dados e documentos públicos ou privados necessários para o desempenho de suas atividades. § 6º - Qualquer cidadão que demonstre interesse em esclarecer situação de fato revelada ou declarada pela Comissão terá a prerrogativa de solicitar ou prestar informações para fins de estabelecimento da verdade.

Estatuto do Tribunal Penal Internacional (genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra) devem ser abrangidos pelo mandato.⁴³

Se é certo que a criação de uma Comissão da Verdade é uma das formas (alternativas à persecução penal) de atribuição de responsabilização histórica a torturadores e demais perpetradores de violações graves aos direitos humanos no contexto de guerras, conflitos e estados de exceção, isso decorre do fato de que o principal alvo da justiça transicional não é culpar individualmente os repressores. Mas, sim, ultrapassar *objetivamente* o estado de exceção e promover a transição para o novo regime, ao mesmo tempo em que estabelece a verdade dos fatos ocorridos justamente para que sejam a memória de um estado de coisas ao qual não se deve voltar.

É neste contexto que se afirma que, para além do estabelecimento de responsabilidades individuais, uma Comissão da Verdade deve trazer à tona as causas do conflito. Como, por que e sob quais condições sociais, políticas, econômicas essas atrocidades aconteceram?

A resposta a essas perguntas pode ser um caminho, tanto para a reconciliação com o presente, como para que se previnam novas supressões da democracia e dos direitos humanos no futuro⁴⁴. Além disso, pode consistir em uma forma eficaz de se fazer justiça às vítimas. *K. Ambos* nos lembra que, de acordo com pesquisas, detectou-se que a revelação da verdade sobre o passado constitui o maior anseio das vítimas das ditaduras.⁴⁵ Nesse sentido, além de exercer a função de prevenção geral, o esclarecimento sobre as causas do conflito pode contribuir para a reparação ampla das vítimas, para além da simples reparação pecuniária (indenização).

Sobre a recomendação de *K. Ambos* de que, no mínimo, os crimes tipificados no Estatuto de Roma sejam abrangidos pelo mandato da Comissão, pode-se afirmar que, pelo menos no tocante ao esclarecimento da verdade, a CNV é competente para proceder a essas investigações, embora não possa utilizá-las para fins persecutórios ou jurisdicionais.

A Comissão da Verdade brasileira não tem mandato específico para a investigação de determinadas espécies de crimes. Em relação à matéria passível de investigação, a Lei determina

43 AMBOS, Kai. *Op. cit.* (n. 7), p. 46. *K. Ambos* aponta, ainda, a necessidade de se considerar a questão da violência de gênero, especialmente em países em que crimes sexuais foram sistematicamente praticados pelos agentes opressores como forma de dominação e subjugação de facções/tribos/grupos.

44 Entretanto, essa possibilidade não pode ser superestimada, de modo a se considerar a revelação da verdade, desacompanhada de outras medidas e reformas institucionais e sociais, um caminho certo para a reconciliação. Como nos lembra *Brounéus*, críticas dirigidas à justiça de transição apontam a falta de evidências empíricas de uma efetiva correlação entre mecanismos transicionais e reconciliação. BRONÉUS, Karen. Reconciliation and development. In: AMBOS, Kai; LARGE, Judith; WIERDA, Marieke. *Building a Future on Peace and Justice: studies on transitional justice, peace and development*. Berlin/Heidelberg: Springer, 2009, p. 207.

45 AMBOS, Kai. *Op. cit.* (n.7), p. 26.

sua competência para o esclarecimento de *todos*⁴⁶ os casos de violações graves aos direitos humanos, indicando nominalmente torturas, mortes, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres – em rol que, no entanto, é meramente exemplificativo.

- (5) O mandato deve ser temporalmente limitado, mas deve haver um processo de *acompanhamento* subsequente [*follow-up process*] permitindo, eventualmente, a continuação da investigação caso atrocidades passadas não tenham sido satisfatoriamente esclarecidas pela primeira Comissão da Verdade.⁴⁷

O acompanhamento e a abertura permanente à possibilidade de novos esclarecimentos dos fatos investigados pela CNV é parte integrante do direito à verdade e à memória em suas esferas individual e coletiva. O encerramento dos trabalhos da Comissão da Verdade marca, é certo, o término de uma etapa importante no processo transicional de um país, mas não pode fazer do assunto questão ultrapassada e insuscetível de revisitações.

Ainda que a CNV apresente um relatório final satisfatório, novas evidências sobre a localização de restos mortais de vítimas da ditadura, por exemplo, podem surgir a qualquer momento e a conclusão dos trabalhos da Comissão não pode servir de pretexto para que não se prossiga apurando e revelando esses dados.

No Brasil, não houve previsão legal da constituição de uma equipe ou instituição de acompanhamento subsequente à extinção da CNV. Isso não significa, todavia, que novas Comissões não possam ser instituídas ou que essa atribuição não possa ser conferida a alguma Comissão já existente (Comissão de Anistia, por exemplo). Seria interessante que a própria CNV, especialmente em seu relatório final, se pronunciasse a respeito da relevância que este acompanhamento teria para um *processo* – e a justiça de transição é um processo, não um dado pronto e acabado – transicional efetivo no país.

Quanto à duração do mandato, por expressa previsão do art. 11 da Lei nº 12.528/11, a CNV terá o prazo de dois anos para a conclusão de seus trabalhos e apresentação do relatório final. O prazo está de acordo com parâmetros mundiais em termos de Comissões da Verdade e vai ao encontro de diretrizes internacionais estipuladas pela ONU.⁴⁸

⁴⁶ Como já se ressaltou, trata-se de uma investigação ampla de todos os crimes dessa espécie, cometidos quer por militares, seja por opositores ao regime. Não há qualquer delimitação em razão da pessoa a ser investigada.

⁴⁷ AMBOS, Kai. *Op. cit.* (n. 7), p. 46.

⁴⁸ *Idem*, p. 46, esp. n. 160.

(6) Uma Comissão da Verdade deve identificar as *vítimas* e recomendar reparações aos órgãos estatais competentes.⁴⁹

Apesar de o mandato de uma Comissão da Verdade não dever ser limitado ao estabelecimento de responsabilidades individuais, este é parte integrante de suas atribuições e do processo de reparação dos afetados pelas violações de direitos humanos praticadas sob o regime militar. Como adverte *F. Piovesan*, ao Estado incumbe assegurar o direito à verdade “em sua dupla dimensão – individual e coletiva – em prol do direito da vítima e de seus familiares (o que compreende o direito ao luto) e em prol do direito da sociedade à construção da memória e identidade coletivas.”⁵⁰

Há alguma discussão teórica sobre se uma Comissão pode determinar, ou apenas recomendar, reparações ou, ainda, se, não tendo competência para determiná-las, a Comissão poderia, ao menos, atuar em parceria direta com o Poder Judiciário, ao invés de formular suas conclusões a respeito do tema, como meras recomendações.⁵¹

No Brasil, esta discussão é, em grande parte, suprimida pela proibição do exercício, pela CNV, de qualquer competência jurisdicional ou quase-judicial, nos termos do art. 4º, § 4º, da Lei nº 12.528/11, combinada com a ausência de atribuição expressa de poderes para decidir autonomamente sobre indenizações. Se analisarmos a situação retrospectivamente, poderemos identificar a ausência desta competência da CNV como um retrocesso em relação à legislação passada e a outras Comissões criadas no contexto da justiça de transição no Brasil.

É que, ainda em 1995, por meio da Lei nº 9.140/95, a Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos políticos já havia sido autorizada a deferir requerimentos relativos a indenizações, formulados por cônjuges, companheiros, descendentes, ascendentes e parentes em linha colateral até o segundo grau, prerrogativa que contribuiu para que os beneficiados pela Lei dispusessem de meios menos burocráticos para buscar a reparação do Estado. Teria sido desejável que também à CNV fosse conferida competência para tanto⁵².

O fato é que, em direção contrária à que foi dada à Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos políticos pela Lei nº 9.140/95, a Lei nº 12.528/11 apenas atribui à CNV, no art. 3º,

49 *Idem*, p. 46.

50 PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.* (n. 8), p. 98-99.

51 *K. Ambos* salienta que a orientação da ONU é no sentido de que às Comissões não deveria caber a concessão direta de reparações. Ver AMBOS, Kai. *Op. cit.* (n. 7), p. 46, esp. n. 161.

52 É bem verdade que o modelo da Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos políticos foi objeto de diversas críticas quanto ao valor das indenizações e aos critérios apontados pela Lei nº 9.140/95 para a fixação de seu montante. Entendemos que o problema relativo às indenizações deferidas pela referida Comissão recai justamente sobre estes pontos, e não sobre a competência geral de uma Comissão para análise dos pedidos. Ou seja: a grande questão não é o poder de conferir indenizações, mas os parâmetros aos quais se recorre para quantificá-las.

inc. IV, a capacidade de *recomendar* a adoção de medidas e políticas públicas. Assim, além de prevenir a violação de direitos humanos e assegurar a sua não repetição, avança-se na promoção de uma efetiva reconciliação nacional.

Certamente, essas medidas e políticas públicas incluem reparações às vítimas, o que significa que, ao menos em nível de recomendações, a CNV pode analisar casos. E, se entender pelo cabimento de indenizações e outros meios reparatórios⁵³, recomendá-las ao poder público.

Se é esperado da Comissão que ela esclareça casos graves de violações de direitos humanos cometidas no período da ditadura militar brasileira, é etapa integrante desse esclarecimento identificar quais foram as vítimas e, a partir daí, recomendar as devidas reparações.

Se se compreende reconciliação como um processo multifacetado, que vai além da mera persecução penal e que abarca tanto a esfera individual como a coletiva⁵⁴, então, não é difícil perceber que a reparação das vítimas é um dos mecanismos para promovê-la. E, em acréscimo, alcançar, através dela, uma efetiva justiça de transição. É de grande relevância para a justiça transicional, na esfera individual, que a CNV, de fato, dedique atenção a essa questão.

Um ponto importante no que tange às recomendações formuladas pela CNV refere-se aos seus destinatários. A quem elas serão dirigidas? Ao poder executivo? Ao judiciário? A lei é silente a este respeito. Em tese, as recomendações da Comissão poderiam ser encaminhadas aos dois poderes.

Entretanto, se pensarmos a sua utilização em processos judiciais, teremos que enfrentar a problemática questão da possibilidade de elas (as recomendações da CNV) valerem como provas nos autos desses processos. Mas, admitindo-se, hipoteticamente, a procedência desta possibilidade, como agir em casos de confissões assinadas por perpetradores de torturas durante o governo militar? Como utilizá-las como provas sem ferir o direito de não se auto-incriminar, por exemplo?

Por outro lado, especialmente no caso brasileiro, em que a recepção da Lei de Anistia pela Constituição da República de 1988 impede a persecução penal dos perpetradores, haveria motivo

53 Pedido formal de desculpas, por exemplo.

54 MALLINDER, Louise. Exploring the practice of states in introducing amnesty. In: AMBOS, Kai; LARGE, Judith; WIERDA, Marieke (Org.). *Building a Future on Peace and Justice: studies on transitional justice, peace and development*. Berlin/Heidelberg: Springer, 2009, p. 127-171.

para inadmitir, em qualquer caso, relatórios de autoria da CNV como parte do conjunto probatório em processos judiciais indenizatórios? São questões não resolvidas e que, nesta oportunidade, não nos cabe, por motivo de delimitação da discussão, tematizar aprofundadamente. Vale, entretanto, problematizá-las e dizer que elas repercutem diretamente no papel que a CNV, ao final, representará para a justiça de transição no Brasil, bem como apontar esses espaços abertos pela Lei e que deverão ser objeto de estudo e teorização no direito brasileiro contemporâneo.

Por fim, deve-se destacar que, na Lei criadora da CNV, não há menção expressa ao dever de identificação de vítimas. Pode-se, porém, consistentemente argumentar que ele está implícito nessa norma, tanto no art. 1º, que trata das finalidades gerais da CNV, como no art. 3º, que cuida de seus objetivos.

Se é esperado da Comissão que ela esclareça casos graves de violações de direitos humanos cometidas no período da ditadura militar brasileira, é etapa integrante desse esclarecimento identificar quais foram as vítimas e, a partir daí, recomendar as devidas reparações.

(7) Deve haver ampla *cooperação* com outros órgãos estatais envolvidos na justiça de transição, incluindo o fornecimento de informações para as autoridades persecutórias.⁵⁵

No caso brasileiro, essa cooperação é de fundamental importância para que a CNV, por um lado, consiga realizar uma coleta de dados, documentos e informações o mais abrangente possível. E, por outro, para que os resultados das investigações produzidas possam ser divulgados e aproveitados pelos demais órgãos do Estado, como, por exemplo, o Ministério da Educação e o Arquivo Nacional.

A lei brasileira que cria a CNV reconheceu a importância de uma cooperação bilateral entre a Comissão e outros órgãos públicos. Assim, estabeleceu, em seu art. 3º, inc. V, que um dos objetivos da CNV é “colaborar com todas as instâncias do poder público para apuração de violação de direitos humanos”. Enquanto, no art. 4º, atribuiu à Comissão as prerrogativas de “requisitar informações, dados e documentos de órgãos e entidades do poder público, ainda que classificados em qualquer grau de sigilo” (inc. II); “requisitar proteção aos órgãos públicos para qualquer pessoa que se encontre em situação de ameaça em razão de sua colaboração com a Comissão Nacional da Verdade” (inc. VI); “requisitar o auxílio de entidades e órgãos públicos” (inc. VIII) e “requerer ao Poder Judiciário acesso a informações, dados e documentos públicos ou privados necessários para o desempenho de suas atividades” (art. 4º, § 5º).

Além disso, é estabelecido o dever de colaboração dos servidores públicos e dos militares (art. 4º, § 3º). Finalmente, a Lei contempla a possibilidade de atuação articulada e integrada da CNV com os demais órgãos do poder público, especialmente o Arquivo Nacional, a Comissão de Anistia e a Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos políticos (art. 6º).

(8) Os *perpetradores* suspeitos devem ser trazidos diante da Comissão da Verdade para, publicamente, confessar seus crimes e fornecer evidências de outros crimes; as vítimas devem estar presentes; no caso de identificação dos perpetradores (“dar nomes”), seus direitos ao devido processo devem ser respeitados.⁵⁶

Ainda que a Lei nº 12.528/11 contivesse previsões expressas a este respeito, a observância deste critério de efetividade estaria em grande parte prejudicada pelo decurso de tão longo lapso temporal entre o fim da ditadura militar no Brasil e a criação da CNV. Mais de vinte anos depois, grande número de perpetradores, vítimas e demais envolvidos no contexto das graves violações de direitos humanos cometidas já faleceram ou se encontram em idade bastante avançada.

Além disso, a inércia prolongada em relação ao esclarecimento desses crimes provoca um efeito negativo nas memórias, individual e coletiva. Se, por um lado, longe do clamor dos acontecimentos, as paixões e os discursos inflamados cedem mais facilmente lugar à razão, por outro, um lapso de tempo tão dilatado pode provocar sensação de incerteza, distorções ou esquecimento de fatos e dados, dificuldade de reconhecimento de agentes implicados. A memória liga o passado e proporciona a construção de uma identidade histórica⁵⁷. No Brasil, o passado foi mantido por tanto tempo desligado do presente, que a solidez de nossa identidade histórica é colocada em cheque.

Em todo caso, como os efeitos negativos de um processo tardio de transição não impedem que este seja levado a cabo e que seus resultados contribuam para a promoção de justiça e de reconciliação, teria sido relevante que a referida Lei apresentasse disposições específicas sobre o tema da identificação de perpetradores e da obtenção de confissões. Inclusive, garantindo o direito a um devido processo, com observância da presunção de inocência, oportunidade de contraditório e de ampla defesa.

O fato de a Lei silenciar tanto a respeito da faculdade de a CNV convocar perpetradores com a finalidade de obter *confissões* e/ou coletar evidências de outros crimes como sobre a garantia de um devido processo não é, contudo, empecilho para que assim se proceda. Em primeiro

56 AMBOS, Kai. *Op. cit.* (n. 7), p. 47.

57 OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: EDUSC, 2005, 409p.

lugar, por força de uma interpretação do art. 4º, inc. III, da Lei no. 12.528/11, que conforme o citado dispositivo ao caráter geral da norma. O art. 4º, inc. III, autoriza a CNV a “convocar, para entrevistas ou testemunho, pessoas que possam guardar qualquer relação com os fatos e circunstâncias examinados”

Obviamente, dessas entrevistas e testemunhos podem resultar confissões de participação e indicação de evidências de outros crimes. Entretanto, uma vez que a Lei brasileira não estabelece o *dever* de se atender à convocação da Comissão⁵⁸ e nem prevê mecanismos de incentivo a essas confissões, como, por exemplo, a troca, sob determinadas condições, de confissões públicas por anistia (como ocorreu na África do Sul), entende-se que, na prática, os perpetradores têm pouco, ou nenhum interesse, em divulgar os fatos e confessar sua autoria.

Esse é um fator que pode comprometer a efetividade da CNV e, neste sentido, tornar questionável sua própria relevância enquanto mecanismo de revelação de informações e de promoção da reconciliação nacional. Tal problema é comum nos casos em que Comissões da Verdade atuam em um cenário transicional marcado pela concessão de anistias “amplas, gerais e irrestritas”, como ocorreu no Brasil.

Quanto às vítimas, apesar de também não haver disposição expressa sobre a sua participação, a CNV deve procurar integrá-las ao curso das investigações e possibilitar que elas estejam presentes quando da tomada de confissões e/ou relatos que possam contribuir para a elucidação de crimes.

Retomando a questão das garantias processuais, *K. Ambos* entende que, apesar de haver alguma controvérsia sobre a concessão, aos perpetradores, de direitos relativos ao devido processo no âmbito das Comissões da Verdade⁵⁹, é desejável que estes lhes sejam assegurados, antes que nomes sejam publicamente revelados e associados à prática de graves violações de direitos humanos.

No caso brasileiro, uma peculiaridade deve ser comentada: a Lei nº 12.528/11, apesar de não tratar do tema do devido processo, dispõe, em seu art. 5º, que a CNV pode, *a seu critério*, manter *sigilo* sobre as atividades por ela desenvolvidas, desde que considere que este seja relevante “para o alcance de seus objetivos, ou para resguardar a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem de pessoas”. Ora, em uma Comissão da Verdade, cuja finalidade precípua é revelar, trazer a público dados e fatos, é, no mínimo, uma contradição em termos falar-se em sigilo

58 Com exceção, por força do art. 4º, § 3º, da Lei nº 12.528/11, dos servidores públicos e militares, que por dever legal devem colaborar com a Comissão, e, assim, comparecer e prestar informações quando por esta convocados.

59 AMBOS, Kai. *Op. cit.* (n. 7), p. 47, esp. n. 164.

das informações apuradas e possibilitar-se, com isso, que torturadores, assassinos e outros permaneçam no anonimato.

Muito mais transparente seria conferir a essas pessoas o direito a um devido processo, antes do qual seria vedada a sua identificação como perpetradores de crimes no contexto da ditadura militar. E, na conclusão das investigações, *fundamentar*, com base nas informações apuradas e naquelas trazidas pelos acusados, a decisão pela imputação/não imputação.⁶⁰ Entendemos que isso seria preferível à mera prerrogativa da Comissão de decidir, *a seu critério*, sobre a não divulgação de atividades e/ou verdades descobertas, cuja revelação às vítimas e à sociedade é a razão primeira de ser de uma Comissão da Verdade.

Uma outra alternativa seria a atribuição de competência, não a uma Comissão da Verdade, mas ao juízo penal, para investigar tais crimes. D. Pastor salienta que, equiparando-se o sujeito a quem é imputado um crime no contexto da ditadura a um acusado no processo penal, tem-se, como consequência, a necessidade de se garantir que ele não seja jamais declarado culpado sem os requisitos para tanto exigidos pela lei penal⁶¹.

Entretanto, o mencionado autor enxerga problemas no recurso ao processo penal apenas para o estabelecimento de “verdades” sobre crimes praticados pelo Estado ditatorial. Em primeiro lugar, definindo-se o descobrimento da verdade como meta do procedimento, seria este convertido em instrumento hábil para a investigação da história por detrás de qualquer evento criminoso? Em outras palavras: apenas as vítimas da ditadura teriam direito à “verdade”? Ou este deveria ser estendido a todas as vítimas de quaisquer crimes? Quais os limites e os critérios de diferenciação?⁶²

A questão se torna ainda mais complexa se for pensada em um modelo de processo penal garantista. Aqui, a revelação da “verdade” não poderia mais ser compreendida como um fim do procedimento, mas como condição para uma eventual condenação. O caráter, portanto, seria de garantia do imputado em relação à comprovação da hipótese que fundamente sua condenação⁶³. Muito mais do que a busca da verdade em si, a meta do processo penal consistiria, então, na proteção dos interesses dos afetados.

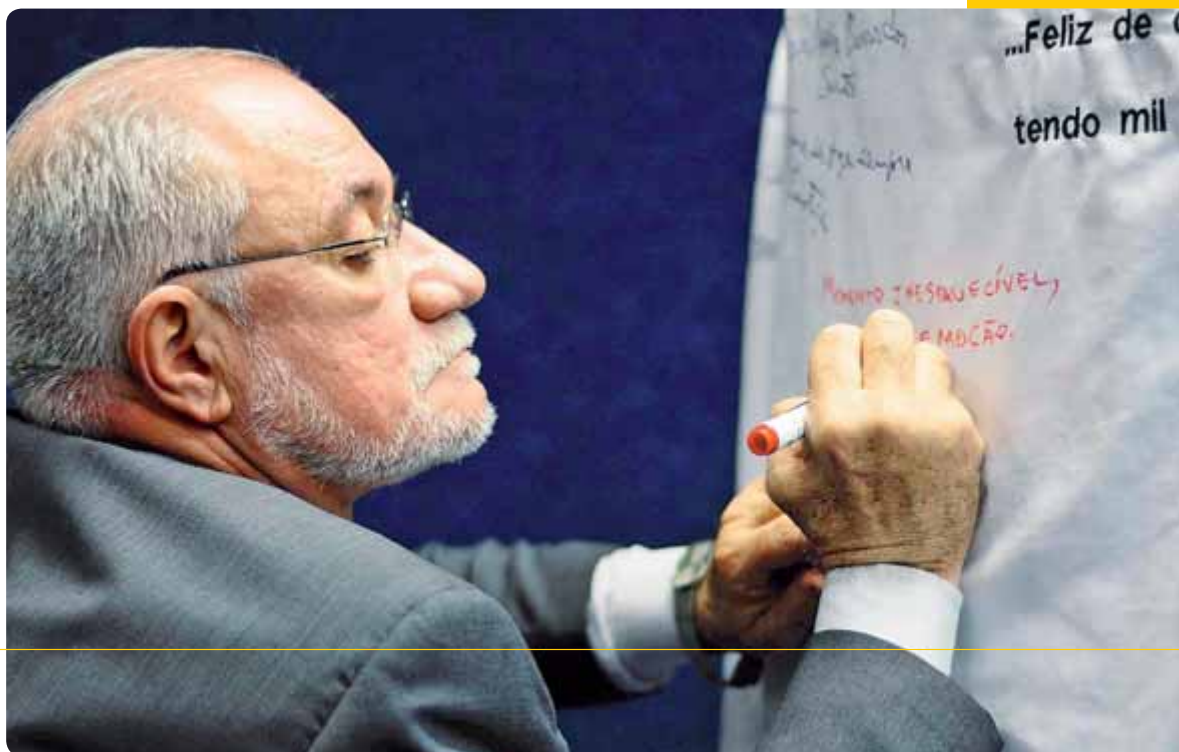
60 Nesse sentido, a seguinte observação: “... nos debruçaremos sobre duas demandas que pensamos decorrer de uma justiça de transição justa: Primeiro, que a exigência por responsabilização (jurídico-penal, civil, administrativa, social, histórica, argumentativa, simbólica etc.) não suprima ao acusado o direito de ser ouvido, de apresentar suas razões, sua defesa, por mais bárbaro e repugnante que tenham sido os seus atos. Segundo, que não se imponham determinadas “certezas” e “verdades” sem antes discuti-las, explicá-las, justificá-las, fundamentá-las.” SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Op. cit.* (n. 8), p. 81.

61 PASTOR, Daniel R. *Op. cit.* (n. 15), p. 353.

62 *Idem*, p. 356.

63 *Idem*, p. 357.

51 • CARAVANA DA ANISTIA, RECIFE/PE, SETEMBRO DE 2011.
FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



Ocorre que, nos processos destinados exclusivamente à apuração da verdade, esta é assumida como um fim em si mesma. Por este motivo, “a viabilidade da utilização do processo penal para a mera investigação do passado terrorismo de Estado se desvanece completamente”⁶⁴. A Comissão da Verdade seria, então, uma melhor opção para a persecução desse fim.⁶⁵ Deve-se esclarecer que isso não significa que, no âmbito de uma Comissão da Verdade, direitos fundamentais e demais interesses dos sujeitos acusados de envolvimento em crimes não devam ser considerados. A necessidade de se respeitar e garantir seus direitos decorre da própria ideia de Estado de Direito. Trata-se, apenas, de selecionar a alternativa que, dentro dos limites de um Estado de Direito, mais se adeque aos objetivos propostos.

- (9) A possível concessão de *anistias* ou perdões deve ser condicional, i.e., depender da natureza e da gravidade dos crimes e da extensão em que os suspeitos cooperaram para o descobrimento da verdade e para a compensação das vítimas; se essas condições não forem satisfeitas, a Comissão da Verdade deve ter autoridade para rejeitar a aplicação [da anistia ou do perdão] e encaminhar o caso para o sistema da justiça penal.⁶⁶

Apesar de compartilharmos o entendimento de que a atuação integrada entre uma Comissão da Verdade e a justiça criminal teria representado uma alternativa que melhor efetivaria o processo

64 *Idem*, p. 360.

65 *Idem*, p. 396-399.

66 AMBOS, Kai. *Op. cit.* (n. 7), p. 47.

de transição brasileiro, atualmente, esta possibilidade está descartada por força da decisão do STF nos autos da já citada ADPF 153/DF. A CNV deveria ter sido investida de poderes jurisdicionais, em todo o caso, para que, mesmo que a anistia brasileira fosse concedida casuisticamente (e não “ampla, geral e irrestritamente”), a Comissão tivesse autoridade suficiente para rejeitar, ou aprovar, a concessão desse benefício.

(10) Deve haver uma *ampla participação* da sociedade em questão, em particular das vítimas e/ou seus representantes, na formatação e na operação da Comissão da Verdade. O *relatório* final deve ser publicado e tornado *amplamente disponível* ao público geral por meio de mídias que sejam técnica e culturalmente acessíveis.⁶⁷

A participação das vítimas e seus representantes, bem como o envolvimento dos demais setores sociais, inclusive militares e outros agentes públicos antes a serviço da ditadura⁶⁸, contribui para que uma Comissão da Verdade seja concebida e atue, de modo efetivamente democrático e legítimo, diante do Estado de Direito.⁶⁹ Colabora, ainda, para que sejam potencializados os aspectos educacionais e curativos ou catárticos do processo transicional.⁷⁰ *K. Ambos* estende o critério da participação popular às demais formas alternativas (à persecução penal) de manifestação da justiça de transição, de modo que se pode considerá-la uma espécie de metacritério norteador do processo transicional.⁷¹

Nesses termos, a sua promoção pode se dar, por exemplo, através de processos de consulta à sociedade em geral⁷², da discussão pública e aberta a críticas (por via direta ou representativa) sobre as medidas a serem implementadas e suas características, da realização de um referendo, da participação de atores internacionais, com referência especial àqueles ligados às Nações Unidas⁷³.

67 AMBOS, Kai. *Op. cit.* (n. 7), p. 47.

68 Se examinarmos profundamente esta questão, podemos nos encontrar diante da pergunta sobre os limites do discurso democrático, ou, em outras palavras, até que ponto uma democracia deve tolerar discursos anti-democráticos. Sobre o assunto, vide OMMATI, José Emilio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012, 192p.

69 Sobre a importância da participação popular na formatação e atuação de Comissões da Verdade: “As comissões da verdade são invariavelmente comprometidas se indicadas por meio de um processo ágil e politizado. *O mais conveniente é constituí-las mediante processos consultivos nos quais se incorporam visões públicas sobre seus mandatos e sobre a seleção de seus integrantes*. Para serem bem sucedidas, precisam desfrutar de verdadeira independência e os processos e critérios de seleção dos integrantes devem ser claros e verossímeis. *Fortes estratégias de informação e comunicação públicas são essenciais para orientar as expectativas do público e das vítimas e para agregar credibilidade e transparência ao processo.*” ANNAN, Kofi. *Op. cit.* (n. 6), p. 343-344. Grifos nossos.

70 AMBOS, Kai. *Op. cit.* (n. 7), p. 47. Para uma relativização do efeito catártico e o risco de retraumatização, ver: BRONÉUS, Karen. *Op. cit.* (n. 44), p. 211.

71 AMBOS, Kai. *Op. cit.* (n. 7), p. 40.

72 A este respeito, lembramos a advertência do ex-Secretário Geral da ONU de que o melhor é que uma Comissão da Verdade seja constituída através de consultas que permitam a incorporação de visões públicas sobre a forma de seleção de seus integrantes, o alcance e a formatação do mandato. ANNAN, Kofi. *Op. cit.* (n. 6), p. 325.

73 AMBOS, Kai. *Op. cit.* (n. 7), p. 40.

No Brasil, além do já mencionado caráter tardio da criação da CNV, que repercute negativamente, entre outros pontos, na participação, especialmente de vítimas e perpetradores, outro ponto a se considerar é a própria configuração da Lei nº 12.528/11. Derivada do Projeto de Lei nº 7376/10, de autoria do Poder Executivo, a atual Lei criadora da CNV tramitou pelas duas casas do Congresso Nacional, restando, ao final, aprovada.

Apesar disso, chama a atenção o fato de que a iniciativa para a propositura de uma Lei tão relevante do ponto de vista do chamado direito à verdade e à memória tenha partido, não do Poder Legislativo, mas do Executivo. Ademais, ressalvadas as vedações à nomeação para compor a CNV que recaem sobre os estrangeiros⁷⁴, sobre aqueles que exercem cargos executivos de natureza não honorária em agremiação partidária, os que não reúnam condições para atuar com imparcialidade e os que exerçam cargo em comissão ou função de confiança⁷⁵, a escolha dos membros, como também já exposto, é prerrogativa exclusiva da Presidência da República. Somase a isso o fato de que os requisitos de reconhecida idoneidade moral e conduta ética, assim como o de identificação com a defesa da democracia e da institucionalidade constitucional⁷⁶ são abstratos, o que torna o controle de sua observância tarefa difícil para a sociedade brasileira. Não é prevista qualquer forma de participação do Legislativo na indicação dos nomes, nem é estabelecida qualquer condição, como, por exemplo, aprovação pelo Congresso Nacional. O que, ao menos em tese, conferiria às nomeações maior grau de representatividade.

No que tange à publicidade do relatório final, a Lei nº 12.528/11 não determina meios de divulgação, indispensáveis para que a sociedade tome conhecimento do teor das conclusões da CNV e para que, assim, se permita que esses resultados atinjam a população e surtam os efeitos reconciliatórios desejados. É bem verdade que o art. 5º dessa lei estabelece, em regra, o caráter público de todas as atividades da Comissão. Mas, também nele, não se encontra indicação de mídias ou formas de divulgação estatais ou privadas.

Como destaca *K. Ambos*, a Comissão deve se valer de meios de comunicação que possibilitem uma publicidade ampla, o que passa pela veiculação do conteúdo do relatório em canais de mídia outros que não apenas os oficiais (diário oficial, programa de rádio “A hora do Brasil” etc.). Investir na disponibilidade das informações é imprescindível para que a CNV ofereça uma *efetiva* contribuição ao processo transicional brasileiro.

(11) Todos os órgãos do Estado devem considerar, de boa fé, as recomendações de uma

74 Lei nº 12.528/11, art. 2º, *caput*.

75 Lei nº 12.528/11, art. 2º, inc. I, II e III.

76 Lei nº 12.528/11, art. 2º, *caput*.

Comissão da Verdade e implementá-las na maior medida possível; um corpo de monitoramento deve ser estabelecido para este propósito.⁷⁷

A adesão dos demais órgãos públicos ao processo transicional, especialmente em casos de justiça de transição postergada, como no Brasil, é vital para a valorização, o aproveitamento e a efetivação do trabalho da CNV. Por previsão legal, a Comissão está autorizada a elaborar recomendações de adoção de medidas e políticas públicas (art. 3º, inc. VI, da Lei nº 12.528/11), e os órgãos a que essas recomendações se destinam devem recebê-las, de boa-fé, e envidar esforços para a sua implementação. A Lei brasileira não trata da formação de um corpo de monitoramento para o propósito específico de verificar se, às recomendações elaboradas pela CNV, está sendo conferida a esperada efetividade. Por outro lado, a Lei determina que, após concluídos os trabalhos e extinta a CNV, todo o acervo produzido deverá integrar o Projeto Memórias Reveladas (art. 11, par. único).

Um caminho possível para o monitoramento do cumprimento das recomendações da CNV aos órgãos públicos poderia ser a constituição de corpo de monitoramento dentro do próprio âmbito do Memórias Reveladas, desde que seja disponibilizada a estrutura necessária para tanto. Alternativamente, pode ser constituído um corpo desvinculado do mencionado projeto para o mesmo fim. O principal é que sejam garantidos, de uma forma ou de outra, mecanismos para que as recomendações da Comissão tenham sua implementação efetivamente monitorada, sem a qual a utilidade dos trabalhos da CNV para o processo transicional brasileiro restaria relativizada pelo risco de não efetivação prática.

(12) Todas as conclusões e recomendações elaboradas pela Comissão da Verdade, seja em caráter parcial ou final, devem ser suficientemente *fundamentadas*.

Trata-se, aqui, de um acréscimo nosso aos critérios norteadores das atividades de uma Comissão da Verdade *efetiva*, propostos por *K. Ambos* e enumerados acima. Apesar de já se ter aludido à necessidade de motivação das decisões da CNV que tornem públicas as identidades de perpetradores de ofensas graves aos direitos humanos, entendemos que este requisito é amplo e deve ser estendido aos demais atos praticados pela Comissão, sejam eles parciais ou finais, quer se trate de recomendações, quer de conclusões. Em consonância à própria ideia de Estado Democrático de Direito que se pretende consolidar, e como afirma *Swensson Junior*, “que não se imponham certezas e verdades sem antes discuti-las, explicá-las, justificá-las, fundamentá-las”⁷⁸.

77 AMBOS, Kai. *Op. cit.* (n. 7), p. 47.

78 SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Op. cit.* (n. 8), p. 81.

É especialmente relevante que se ressalte o dever de discussão e fundamentação de conclusões e recomendações diante do tom confuso com que a Lei nº 12.528/11 menciona o assunto. Em seu art. 3º, inc. I e II, a Lei estabelece que são objetivos da CNV, dentre outros, “esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos mencionados no *caput* do art. 1º” e “promover o esclarecimento *circunstanciado* dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior.” Uma leitura apressada dos dispositivos pode dar a impressão de que apenas o esclarecimento de casos de torturas, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres deve ser circunstanciado – e não *todas* as graves violações de direitos humanos citadas no inc. I (ainda assim, ‘circunstanciado’ quer dizer detalhado, especificado, o que é semanticamente diferente de ‘fundamentado’. O ideal é que os atos praticados pela comissão sejam circunstanciados e fundamentados).

Em decorrência dessa redação, em tese, um caso de estupro, por exemplo, não precisaria ser esclarecido de modo circunstanciado – e, muito menos, fundamentado! Apesar da confusão redacional, estes dispositivos não podem ser interpretados literalmente, mas de modo coerente com os princípios constitucionais estruturantes do Estado Democrático de Direito, dentre os quais o da fundamentação das decisões. Mais adiante, em seu art. 11, ao tratar do relatório final contemplando as atividades realizadas, os fatos investigados, as conclusões e recomendações da CNV, a Lei determina que este (o relatório final) deve ser integralmente circunstanciado, deixando de aludir, mais uma vez, à necessidade de fundamentação.

5. CONCLUSÃO

Por meio deste artigo, buscou-se apresentar ao leitor uma análise sobre a Comissão Nacional da Verdade: como ela se situa no contexto transicional, quais as características estruturais, organizacionais e funcionais que a ela foram conferidas pela Lei nº 12.528/11, e, principalmente, quais os critérios que devem servir de norte para a atuação da CNV, para que ela se constitua em um meio eficiente de promover a justiça de transição no Brasil. Procurou-se, também, problematizar questões importantes e, ainda em aberto, sobre o modo de operação da Comissão, as quais influirão no nível de eficiência dos trabalhos e do resultado final.

É certo que cada Estado apresenta suas peculiaridades e, em razão disto, cada modelo transicional opera dentro de limites e de parâmetros específicos. Isso implica a necessidade de se compreender os critérios apresentados de forma flexível, como parâmetros a serem implementados na maior medida possível, e não como regras rígidas de atuação. Justamente por este motivo, procurou-se, além de apresentar, também discutir e adaptar tais critérios à realidade

brasileira, tendo sempre em mente que a transição é para um modelo democrático de Estado de Direito e que o Brasil se insere em uma ordem constitucional interna e em um ordenamento internacional comprometidos com a democracia e a defesa dos direitos humanos.

A Comissão Nacional da Verdade tem o desafio e a responsabilidade de atuar com a imparcialidade e a independência política que faltaram ao Brasil no momento da queda da ditadura militar e da promulgação da Constituição da República de 1988, e que impediram que, naquela ocasião, tivesse lugar uma efetiva justiça de transição.

Mais do que prestar contas à população, a Comissão tem o dever de promover a participação de vítimas, perpetradores de graves violações de direitos humanos, militares e da sociedade em geral em suas atividades. Deve se constituir em canal de comunicação ativa com o público e tornar acessíveis a ele suas conclusões e recomendações. Deve, enfim, apesar das limitações e deficiências da Lei nº 12.528/11, procurar atuar de modo eficiente, atenta ao objetivo de funcionar como mecanismo de transição para a democracia.

A informação é um elemento essencial para que se compreenda o passado e para que, compreendendo-o, se possa, finalmente, superá-lo. Contar, mais de vinte anos depois, uma versão - por muito tempo, não autorizada - sobre a ditadura militar brasileira, ouvir os ecos das vozes que foram silenciadas, dentro de seus porões, e promover o reencontro e a reconciliação, individual e coletiva, com a nossa própria história, é um passo que se dá, ao mesmo tempo, em direção ao passado e com vistas ao futuro.

Transformar a informação em instrumento de justiça, de “resgate” – como diz *M. Benedetti* – da memória e dar a ela a sua devida importância, enquanto direito de cada cidadão e de cada sociedade é, muito mais que uma etapa a ser vencida, um processo e um compromisso contínuo da democracia para consigo mesma e uma questão de respeito e consideração para com a nossa própria humanidade.

COMISSÃO DA VERDADE: ANÁLISE DO CASO BRASILEIRO

PAULA MARIA NASSER CURY

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Resumo: O presente artigo pretende oferecer uma contribuição para a compreensão da questão da justiça de transição no Brasil, com destaque para a criação, por meio da Lei nº 12.528/11, da Comissão Nacional da Verdade. Para tanto, procede-se, em primeiro lugar, a considerações introdutórias sobre as Comissões da Verdade em geral e sobre o contexto de surgimento da Comissão da Verdade brasileira. Em seguida, problematiza-se a questão do direito à verdade, destacando a dificuldade terminológico-conceitual e propondo uma forma de interpretação. Após, discute-se a formatação legal da CNV, o modo de escolha e nomeação de seus membros, suas finalidades, objetivos, prerrogativas, atribuições. Na quarta seção, apresentam-se critérios norteadores da constituição e atuação de uma Comissão da Verdade *eficiente* no contexto da justiça transicional. À luz desses critérios, comenta-se o caso brasileiro, apontando pontos positivos e negativos da CNV, bem como sugerindo interpretações e conformações de suas atividades a parâmetros transicionais consentâneos com o Estado Democrático de Direito. Finalmente, na quinta seção, são apresentadas as conclusões.

Palavras-Chave: Justiça Transicional; Comissão da Verdade, Lei nº 12.528/11; Estado Democrático de Direito.

Abstract: The present article intends to contribute to the comprehension of the question of transitional justice in Brazil, with emphasis on the creation, through the Law n. 12.528/11, of the National Truth Commission. For so, in the first place, introductory considerations are made on Truth Commissions in general and on the context in which the Brazilian Commission arose. Subsequently, the question of a right to truth is addressed, with focus on the terminological-conceptual difficulty and a proposal of interpretation. Then, the legal design of the National Truth Commission is discussed, including the methodology of choice and nomination of its members, its goals and objectives, prerogatives, attributions. In the fourth section, directive criteria are presented for the constitution and performance of an *efficient* Truth Commission in terms of transitional justice. In face of these criteria, the Brazilian case is commented, positive and negative aspects of the National Truth Commission are pointed out and interpretations and conformations of its activities to transitional patterns in accordance to the Democratic State of Law are suggested. Finally, in the fifth section, the conclusions are presented.

Keywords: Transitional Justice; Truth Commission; Law n. 12.528/11; Democratic State of Law.



A COMISSÃO DA VERDADE DO SISTEMA POLÍTICO

Regis Dudena

Goethe Universität-Frankfurt am Main

I. A COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE: INTRODUÇÃO¹

A Lei 12.528, de 18 de Novembro de 2011, cria a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade específica de “*examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período*” de 18 de Setembro de 1946 a 5 de Outubro de 1988, indicado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, “*a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional*”. A iniciativa de se criar uma Comissão da Verdade, após um período de turbulências sócio-políticas, não é uma invenção brasileira. Cerca de quarenta precedentes podem ser encontrados em diversas regiões do mundo, sendo motivados pela busca pela “verdade” e, eventualmente, também por uma “reconciliação social”, após as mais diversas ocorrências sociais, sejam guerras, mudanças de regime político, turbulências religiosas, questões econômicas etc. A despeito da maior extensão do período legal estipulado, espera-se que a Comissão da Verdade brasileira tenha, como principal foco, os atos praticados pelo Estado contra seus cidadãos no período da ditadura militar, de 1º de Abril de 1964 até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Diferentemente do ocorrido em outros locais do globo onde se recorreu à criação de tais comissões, o processo de transição política da ditadura militar para a redemocratização não pode ser descrito propriamente como uma ruptura brusca. Pode-se indicar, como um exemplo disso, a Lei de Anistia (Lei 6.683), de 28 de Agosto de 1979, promulgada ainda sob o Regime Militar ditatorial, que possibilitou também, ao menos em um primeiro momento, uma espécie de auto-anistia por parte dos militares. Outro

¹ Agradeço aos participantes do seminário “*A Justiça Transicional no Brasil. A Anistia e o papel das Cortes na superação do passado autoritário*” pelos comentários e críticas. Dentre esses, destaco Lauro Joppert Swensson Jr. e Antonio Martins, que me apresentaram a temática. A ideia embrionária desse texto só pode ser desenvolvida graças às conversas que tivemos. Agradeço, também, a Felipe de Paula pela leitura e pelas críticas.

indicador, que não pode ser ignorado, é a presença de nomes que seguem, desde os anos da ditadura até os dias atuais, a ocupar posições de destaque na política nacional, além de alguns nomes que compõem, até hoje, as Forças Armadas². Em decorrência disso, durante pelo menos a primeira década sob governo democraticamente eleito, não era de interesse da classe política remexer nessa história recente do país. A ideia de uma anistia “ampla, geral e irrestrita”, que abarcasse os “dois lados” da história, quais sejam, tanto os agentes estatais que se utilizaram de meios ilícitos contra seus próprios cidadãos, quanto os indivíduos da resistência frente ao regime, que também recorreram a meios ilícitos e violentos, teriam seus “crimes políticos ou conexo com estes”³ anistiados e, com isso, colocava-se um ponto final nesse período sombrio da história nacional, evitando-se narrar seus detalhes, uma vez que isso levaria, inevitavelmente, a revelações que comprometeriam figuras públicas de destaque.

Essa foi a postura do Estado brasileiro durante os primeiros anos de sua democracia. No entanto, outros meios sociais, instituições, organizações não governamentais, grupos espontaneamente formados, indivíduos esparsos etc. não abriram mão, em momento algum, de uma busca por tais detalhes perdidos, encobertos, forçosamente desaparecidos. Não apenas por interesse objetivo acerca da história do país, mas, principalmente, por interesses pessoais. Envolvidas estavam, sobretudo, pessoas que sofreram diretamente os efeitos da opressão estatal: em muitos casos, as próprias vítimas e seus familiares e amigos. Mas tal processo correu em paralelo a uma postura de esquecimento por parte do Estado. Isso até a eleição de Fernando Henrique Cardoso à Presidência da República. Pela primeira vez o país contaria com um presidente eleito que, ele próprio, figurou do lado da resistência contra a Ditadura. Essas iniciativas ganharam ainda maior destaque durante os dois governos de Luis Inácio Lula da Silva, sendo, por assim dizer, coroadas com a eleição de Dilma Rousseff. Medidas que começaram, por exemplo, com o mero reconhecimento legal da morte de pessoas desaparecidas durante o regime ditatorial, criando também a Comissão Especial “Mortos e Desaparecidos Políticos”;⁴ passando pelo reconhecimento a “anistiados políticos” e criação da “Comissão de Anistia”, o que possibilitou também reparações econômicas,⁵ culminando em ações judiciais que questionavam a aplicabilidade da Lei de Anistia aos agentes estatais,⁶ e mesmo a discussão acerca da punibilidade penal desses agentes. Tal desenrolar de fatos, que não cabe ser narrado exaustivamente aqui, culminou com uma sequência de medidas estatais que visaram a colocar todos os detalhes

2 Ainda que dentro das Forças Armadas possa ser identificada uma tendência ao isolamento de oficiais envolvidos diretamente com a opressão durante o regime. Ver D’araujo, Maria Celina, Soares, Glaucio Ary Dillon e Castro, Celso. *Os anos de chumbo: a memória militar sobre a repressão*, Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1994.

3 Como consta no art. 1º da Lei de Anistia.

4 Lei 9.140, de 04 de Dezembro de 1995.

5 Lei 10.559, de 13 de Novembro de 2002.

6 Destaque para a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 153, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal por sete votos a dois.

A hipótese aqui apresentada, utilizando-se do arcabouço teórico da teoria dos sistemas, é: a Comissão da Verdade é uma organização do Sistema Político.

nebulosos dos “tempos de chumbo” do Estado brasileiro às claras. Desse contexto emerge, quase duas décadas depois, a Comissão da Verdade aqui analisada. Não se trata mais de agentes da chamada “sociedade civil organizada” a questionar e discutir os fatos ocorridos sob comando ditatorial. A realidade brasileira, que se está a configurar, não é, nem sequer, comparável aos desenvolvimentos ocorridos na Guatemala, por exemplo, onde se criou uma Comissão organizada pelo Estado (com natureza “oficial”) e, paralelamente, uma outra Comissão, organizada pela Igreja Católica, com a participação da “sociedade civil” para propiciar um processo de recuperação da memória

histórica. No Brasil, a discussão se circunscreve a uma Comissão, de natureza estatal.⁷ Temos agora uma decisão estatal de criar uma Comissão, também essa “oficial”, que revele toda a “verdade” do período da ditadura, a qual periga se perder. Para alguns, a criação da Comissão da Verdade é vista como um passo intermediário em direção à punição, inclusive penal, dos agentes estatais. A espelhar-se no modelo argentino, onde os resultados da “*Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*” alimentaram os processos contra os agentes da ditadura, alguns esperam que também os resultados da Comissão brasileira venham a constar como provas em processos contra torturadores e demais “criminosos de farda”. Mais até do que “meras provas”, o que é esperado por alguns é a aceitação desse relatório final da Comissão como “super-provas”, de irrefutável valor para os processos penais cuja matéria lhe seja objeto.

Justamente nesse ponto surgem as perguntas que orientam esse texto. O que é, exatamente, essa Comissão da Verdade? Quais são os limites e condições de seu funcionamento? Quais são as consequências que poderão ser tiradas de seus trabalhos, resultados e, sobretudo, de seu relatório final? A hipótese aqui apresentada, utilizando-se do arcabouço teórico da teoria dos sistemas, é: a Comissão da Verdade é uma organização do Sistema Político. Partindo-se desse pressuposto, algumas exigências são apresentadas ao funcionamento e operação da Comissão, assim como certos limites são impostos aos seus resultados. Para o desenvolvimento desses argumentos, o texto apresentará os seguintes passos: uma brevíssima exposição dos pressupostos teóricos (ii.); conexão entre a Comissão da Verdade a tais pressupostos teóricos (iii.); apresentação, por fim, das exigências decorrentes dessa construção teórica (iv.) e dos limites aos efeitos de seus resultados frente outros sistemas sociais (v.).

⁷ Não se ignora aqui, com isso, a existência de diversas Comissões criadas a partir da Comissão Nacional da Verdade, tais como a Comissão da Verdade da Ordem dos Advogados do Brasil, ou a Comissão da Verdade da Universidade de São Paulo, entre outras tantas. Tais comissões podem vir a desempenhar um papel importante para a discussão acerca da história do país. No entanto, acabam por ser dotadas de uma função diversa daquela a ser desempenhada pela, aqui analisada, Comissão Nacional da Verdade, o que ficará mais claro no decorrer da argumentação que se segue.

COMISSÃO DA VERDADE E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO,
RIO DE JANEIRO/RJ, SEMINÁRIO INTERNACIONAL,
09 E 10 DE JUNHO DE 2011.

FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA.



II. PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA ENTENDER A COMISSÃO DA VERDADE

Ao se falar em uma Comissão da Verdade, que se proponha, enquanto instrumento político, com forte presença da política estatal, a elucidar e esclarecer fatos históricos enquanto “verdade,” muitas são as questões que surgem. Um primeiro questionamento a se fazer é o de se saber sobre qual verdade se está a falar. Com isso, é necessário entender em qual contexto social se insere a discussão. Como já apontado, o ponto de partida teórico dessa análise é a teoria dos sistemas. Entender uma organização estatal enquanto organização política traz consigo diversos pressupostos, que devem ser apresentados antes de se seguir com a análise. A teoria dos sistemas coloca, como elemento de observação da sociedade, a distinção “meio ambiente” / “sistema”⁸, entendendo que a sociedade passou, na transição para a modernidade, por um processo de diferenciação funcional, aos moldes de um processo evolutivo. Ao invés da distinção “Estado” / “Sociedade”⁹, deparamo-nos com diversos sistemas sociais, cujas operações são orientadas por seu próprio código binário, alimentado em

8 Ver, por exemplo, Luhmann, Niklas. **Soziale Systeme - Grundriß einer allgemeinen Theorie**, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1987, pp. 242 ss.; e Luhmann, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**, vol. 2, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998, pp. 743 ss.

9 Para a distinção, ver Luhmann, Niklas. “Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft.” In: Luhmann, Niklas (org.). **Soziologische Aufklärung 4. Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft**, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1994, pp. 67-73.



sentido por seus próprios programas. Aqui se está a falar, primariamente, de sistemas sociais tais como Política, Direito, Economia, Educação, Religião, Amor, entre outros. Na linha do entendimento weberiano de racionalidades da modernidade¹⁰, as operações desses diversos sistemas sociais tendem a ser conflitantes entre si. Nesse sentido, não se fala mais em racionalidade, ou no caso aqui analisado, em uma verdade, no singular, mas sim em “racionalidades parciais”, ou mesmo “verdades parciais”, no plural, partindo-se do ponto de observação deste ou daquele sistema social parcial. Para além disso, abandona-se a ideia de objetivo único que orienta todos os setores da sociedade em um só sentido, para se lidar com problemas de constantes e, cada vez mais graves, conflitos entre esses setores sociais, verdadeiras colisões.¹¹ A sociedade moderna é uma sociedade policontextual, no sentido de Gotthard Günther¹². Todos os problemas sociais que envolvem mais do que um sistema comunicacional acabam por ter de lidar com tais conflitos.¹³

Diferentemente do que é sugerido por diversos críticos, a teoria dos sistemas funcionais não implica, no entanto, em isolamento entre tais sistemas. O seu funcionamento é, sim, restrito operacionalmente ao seu código binário e programas, mas tal fechamento operacional é também pressuposto para uma abertura cognitiva.¹⁴ Fechando-se operacionalmente, o sistema funcional abre possibilidades de interações, irritações, penetrações com outros sistemas sociais. Em casos mais complexos e constantes, surgem verdadeiros “acoplamentos estruturais” entre sistemas sociais. Exemplos clássicos de acoplamento estrutural são as constituições, como acoplamentos entre Direito e Política; Propriedade Privada e Contratos, como acoplamento entre Direito e Economia, entre outros.¹⁵ Essa pluralidade de perspectivas sociais, que na teoria dos sistemas é analiticamente estabelecida como a diferenciação funcional entre sistemas comunicacionais, também aparece em outras teorias da chamada modernidade (ou mesmo *pós*-modernidade), na forma de “esferas sociais”, “discursos” etc.¹⁶

10 Weber, Max. **Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie**, vol. I, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1978 [1920], pp. 536 ss., esp pp. 542 ss.

11 Nesse, especificamente em relação ao papel do Direito nesse contexto, ver Teubner, Gunther. **Recht als autopoietisches System**, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989, pp. 123 ss.; e Fischer-Lescano, Andreas e Teubner, Gunther. **Regime-Kollisionen - Zur Fragmentierung des globalen Rechts**, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006, pp. 10 ss.

12 Ver Günther, Gotthard. “Life as Poly-Contextuality”. In: Günther, Gotthard (org.). **Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik**, Hamburg, Meiner, 1976, pp. 283-306; e Teubner, Gunther. “Constitutionalizing Polycontextuality”. In: **Social & Legal Studies**, Vol. 20, no. 2, 2011, pp. 210-229.

13 Justamente nesse contexto que surge o entendimento de Gunther Teubner de Direito enquanto Direito de Colisão. Ver, entre outros, Teubner, Gunther. **Recht als autopoietisches System**, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989, pp. 123 ss.; Fischer-Lescano, Andreas e Teubner, Gunther. **Regime-Kollisionen - Zur Fragmentierung des globalen Rechts**, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006, pp. 10 ss., esp. pp. 57 ss. Tratando desse modelo teórico, ver Maurer, Andreas e Renner, Moritz. “Kollisionsrechtliches Denken in der Rechtstheorie. Eine Skizze”. In: Schramm, Edward, et al. (orgs.). **Konflikte im Recht - Recht der Konflikte. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie in Tübingen und Göttingen (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie - Beiheft 125)**, Stuttgart, Franz Steiner - Nomos, 2010, pp. 207-223.

14 Luhmann apresenta essa fórmula de fechamento operacional como pressuposto para uma abertura cognitiva em diversos lugares. Ver, por exemplo, Luhmann, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**, vol. 1, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998, pp. 92 ss.

15 Exemplos clássicos na teoria de Luhmann. Cf. Luhmann, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**, vol. 1, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998, pp. 92 ss.

16 Aqui caberia, eventualmente, arrolar diversos autores, desde Wittgenstein com seus “jogos de linguagem”, passando por Lyotard, Foucault, Habermas e Derrida. Mas isso apenas fugiria da proposta do texto, sem agregar muito na cadeia argumentativa.

Esses sistemas sociais, como já foi dito acima, acabam por entrar em constantes conflitos uns com os outros. Por outro lado, levam a desenvolvimentos de interações e controles mútuos. Ainda que Direito e Política, por exemplo, tenham suas reproduções determinadas por critérios que lhes sejam internos, não podem ignorar-se mutuamente. Ainda que a limitação de um sistema social seja sempre unicamente imposta pelo próprio sistema a si mesmo, “de dentro” enquanto “auto-limitação”, por assim dizer, não são de se ignorar as pressões seletivas e condicionamentos estabelecidos entre os sistemas sociais. Dessa interação surgem conceitos como o de Estado Democrático de Direito, que, se por um lado, traz elementos procedimentais típicos da Política, a esses são agregadas delimitações propriamente jurídicas, que por seu turno, são fortemente condicionadas (não determinadas!) pelos procedimentos políticos. Ocorre que o processo de interiorização, para o âmbito sistêmico, de elementos de seu meio ambiente sempre ocorre por meio da seleção do próprio sistema, atendo-se a seu código e seus programas. Nesse contexto da modernidade, as comunicações sociais passam por um aumento exponencial de sua complexidade. Com isso, diz-se que as possibilidades são sempre mais numerosas (e cada vez mais numerosas) frente às realizações de fato. A somar-se a isso o que Luhmann chama de “dupla contingência”¹⁷, a comunicação passa a ser altamente improvável.¹⁸ Nesse contexto, os sistemas sociais criam mecanismos para lidar com tal improbabilidade, utilizando-se do mecanismo das expectativas (cognitivas e normativas)¹⁹. Também nesse contexto, surge a função das instituições²⁰ e organizações de um sistema, mecanismos que evoluem para auxiliar na operacionalização dos sistemas sociais. A seleção sistêmica “tradução” os *inputs* de seu meio ambiente para torná-los “legíveis” ao sistema, com isso reduz a complexidade do meio ambiente, transformando-a em complexidade estruturada ao sistema. Ao mesmo tempo, paradoxalmente, uma vez que nesse processo novas possibilidades são sempre abertas por cada sistema social, a complexidade é novamente aumentada.

III. A COMISSÃO DA VERDADE COMO ORGANIZAÇÃO POLÍTICA

Após essa brevíssima contextualização teórica, cabe delinear as conexões desse arcabouço com o objeto aqui analisado, a Comissão da Verdade. Tal Comissão foi, desde o princípio, pensada como uma Comissão “oficial”, isto é, estatal. Não se trata de uma Comissão organizada pela

17 Luhmann, Niklas. **Soziale Systeme - Grundriß einer allgemeinen Theorie**, Frankfurt am Main, Surhkamp, 1987, pp. 148 ss.

18 Ver Luhmann, Niklas. “Die Unwahrscheinlichkeit der Kommunikation”. In: Luhmann, Niklas (org.). **Soziologische Aufklärung 3. Soziales System, Gesellschaft, Organisation**, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1991, pp. 25-34.

19 Para a distinção, ver, entre outros, com referência a importância de “estruturas” Luhmann, Niklas. **Rechtssoziologie**. 3. ed., Opladen, Westdeutscher, 1987, pp. 40 ss.

20 Também em Luhmann, Niklas. **Rechtssoziologie**. 3. ed., Opladen, Westdeutscher, 1987, pp. 64 ss.

sociedade civil, à qual cidadãos teriam acesso para discutir questões relacionadas com atos durante o Regime Militar ditatorial. Não, a Comissão é uma abertura política estatal procedimental. O discurso a ser proferido no seio da Comissão é, sim, um discurso primariamente político. Não se trata aqui de mero posicionamento organizacional. Há órgãos que, apesar de se encontrarem na estrutura organizacional do Estado, não deixam de ser funcionalmente pertencentes a outros sistemas sociais, em consequência da função social desempenhada, primariamente, por suas comunicações. Dois exemplos podem ser indicados aqui: as universidades públicas e os bancos centrais. Ainda que estes se encontrem sob a estrutura do Estado, seguem sendo primariamente e, sobretudo, funcionalmente pertencentes ao sistema educacional-científico, no primeiro caso, e ao sistema econômico, no segundo caso. Este não parece ser o caso da Comissão da Verdade. Esta se encontra, tanto organizacional, quanto funcionalmente, no domínio político. Sua função central parece ser a de criação de procedimentos políticos para a interiorização de elementos sócio-históricos no próprio processo político. O procedimento aqui funciona como uma espécie de filtro tradutor que se dispõe a realizar uma leitura política dos fatos históricos analisados, reconstruindo-os, utilizando-se de sua própria semântica. A Comissão é fruto de um processo de decisão política, gerida sob procedimentos democraticamente políticos e só pode ter, como resultados, posicionamentos eminentemente políticos. A Comissão da Verdade é, desta forma, uma organização do Sistema Político e, funcionalmente, opera por meio de comunicação primariamente política.

Esta tese pode parecer excessivamente restritiva, uma vez que existam outros tantos elementos envolvidos na questão central da Comissão da Verdade, ou, por outro lado, banal, já que o fato de ser “político” poderia ser visto de uma forma ampla, como um mero espaço discursivo para o embate de opiniões e ideias. Mas não é o caso. Aqui o fato de ser político é tomado de forma mais consequente. Desta forma, o desenvolvimento dessa tese se dá tanto em relação a seus pressupostos operacionais, quais sejam, as imposições presentes para o funcionamento da Comissão, quanto em relação a seus resultados e como eles devem, ou não, reverberar em outros sistemas sociais parciais envolvidos diretamente com a questão central da Comissão. Várias seriam as possibilidades de abordagem dessas consequências, mas dois são os sistemas atingidos pelas atividades da Comissão, a serem analisados mais pormenorizadamente: o sistema jurídico e o sistema científico-acadêmico; para além dessa repercussão sistêmica, pode-se, ainda, levar em conta um espaço social difuso, não estruturado sistemicamente, que pode ser chamado de “protesto”, onde as comunicações acerca do objetivo da Comissão da Verdade também acabam por ter reverberados seus impulsos.

Como já dito inicialmente, essa forma de observação não se restringe a uma mera reconstrução teórica, dotada de pouca repercussão prática. Entender a Comissão da Verdade brasileira como uma organização política, inserida em um contexto de Estado Democrático de Direito, traz,

consigo, um conjunto de exigências e limites de seus resultados, e ambos devem ser levados em consideração, tanto para as operações da Comissão, quanto para os futuros desdobramentos de seus resultados.

IV. EXIGÊNCIAS POLÍTICAS DAS OPERAÇÕES DA COMISSÃO

O Estado Democrático de Direito é o primeiro “molde” do funcionamento da Comissão da Verdade. Não é possível, aqui, desenvolver todos os elementos de o que seria o Estado, nesse sentido. Mas cabe entender que a Comissão é, acima de tudo, a abertura de um procedimento plural que, como tal, possibilita a participação de diversos agentes em um processo dialogado de inclusão. Este procedimento poderia ser entendido como objetivado à construção de um consenso social acerca dos fatos históricos. Aqui, o entendimento de Estado Democrático de Direito é, no entanto, outro. Marcelo Neves desenvolve um conceito de Estado Democrático de Direito que parece mais apto a explicar o funcionamento do Estado moderno.²¹ Após desenvolver os modelos de Luhmann²² e Habermas²³, Neves apresenta os esboços de um modelo próprio.²⁴ Para além de outras estruturas mais complexas, seu conceito de Estado Democrático de Direito é caracterizado, em resumo, pela criação de procedimentos sobre os quais haja um consenso presumido, que possibilite a manutenção do dissenso acerca do conteúdo.²⁵ Isto é, procedimentos que possibilitem a participação dialogada, a apresentação de ideias, as mais variadas possíveis acerca dos assuntos em discussão, mas que não imponham um resultado como “absoluto”, mas, sim, que meramente absorva o descontentamento com a decisão. Não se coloca um ponto final no tema, mas sim um ponto e vírgula, abrindo-se a possibilidade a novas sentenças, nas quais será novamente possível a discussão acerca daqueles conteúdos.²⁶ Com isso, não se argumenta que todo e qualquer conteúdo possa, na prática, ser defendido no procedimento democrático, mas sim

21 Ver Neves, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil - O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**, São Paulo, Martins Fontes, 2006.

22 Neves, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil - O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**, São Paulo, Martins Fontes, 2006, pp. 79 ss.

23 Neves, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil - O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**, São Paulo, Martins Fontes, 2006, pp. 106 ss.

24 Neves, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil - O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**, São Paulo, Martins Fontes, 2006, pp. 123 ss.

25 Neves, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil - O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**, São Paulo, Martins Fontes, 2006, pp. 136 ss.

26 Essa é uma importante distinção do procedimento jurisdicional, o que gera parte das diversidades nos efeitos de seus resultados como será analisado abaixo.

que os limites sejam autoimpostos pelo (e durante o) próprio discurso político, levando-se sempre em conta elementos de outros sistemas sociais que impõem um condicionamento ao sistema político, forçado a uma adequação social como exigência funcional, ou seja, decorrente de sua própria diferenciação funcional.

No caso da Comissão, essa pode ser vista justamente como um *locus* a proporcionar o envolvimento dos interessados em uma discussão acerca do passado recente da República brasileira. O procedimento principal deve ter, como preocupação central, a inclusão das narrativas daqueles que têm alguma espécie de envolvimento com a temática e, sobretudo, com os eventuais resultados dessa Comissão. Para dizer diretamente, trata-se de abarcar, no procedimento, as “histórias” de todos os envolvidos: torturadores e torturados, agentes estatais e agentes da resistência, assim como cidadãos de uma forma geral, que se vejam envolvidos pela discussão em voga, destacadamente, para aqueles que se viram envolvidos nos fatos, quando de sua ocorrência, seja pela vivência dos fatos históricos, seja mesmo pelo envolvimento de ofício, o que seria o caso de historiadores, sociólogos, juristas etc. Com isso, possibilita-se não apenas uma reconstrução pretensamente “objetiva” dos fatos, mas, sobretudo, se abre à pluralidade de perspectivas subjetivas de uma mesma ocorrência, isto é, criam-se diversos pontos de observação de um mesmo fato, pontos de observação que, também esses, passam a servir como ponto de partida para outras observações e comunicações. Trata-se aqui, para além de uma observação “objetiva”, “subjetiva” ou mesmo “intersubjetiva”, de uma espécie de construção “trans-subjetiva” sobre os fatos históricos analisados, que seja permeada por elementos comunicacionais, organizacionais e institucionais, capazes de interiorizar, no discurso político, essas percepções acerca dos fatos históricos analisados. Mas o ponto de partida operacional para o sucesso da Comissão é, justamente, a abertura à participação, uma inclusão no processo político para a discussão acerca do seu objeto.

A ideia aqui desenvolvida de “participação” pode ser bifurcada em dois planos: em um primeiro, organizacional, e em um segundo, operacional. Nesse nível organizacional está-se a referir aos sete integrantes mencionados no art. 2º da Lei 12.528 de 2011. A esses membros são impostas tanto as condições listadas em seu *caput* – serem “brasileiros, de reconhecida idoneidade e conduta ética, identificados com a defesa da democracia e da institucionalidade constitucional, bem como com o respeito aos direitos humanos” – como os limites negativos impostos pelo § 1º do mesmo artigo.²⁷ Com isso, acabam por ser excluídos da posição de “integrantes” da Comissão agentes de ambos os “lados” do embate histórico em voga, sobretudo, sob força do

27 “§ 1º Não poderão participar da Comissão Nacional da Verdade aqueles que: I - exerçam cargos executivos em agremiação partidária, com exceção daqueles de natureza honorária; II - não tenham condições de atuar com imparcialidade no exercício das competências da Comissão; III - estejam no exercício de cargo em comissão ou função de confiança em quaisquer esferas do poder público.”

§ 1º, inc. II, do mesmo artigo, por não terem “condições de atuar com imparcialidade no exercício das competências da Comissão”. São excluídos da tarefa de “integrante”, mas não podem, no entanto, deixar de ser levados em consideração no que aqui se chamou de plano “operacional” da Comissão. Aqui os membros integrantes têm duas funções: uma “ativa” e outra “passiva”. À Comissão cabe tanto acionar, quanto ser acionada. Ela deve se utilizar de mecanismos para “requisitar”, “convocar”, “determinar”, “promover”, tais como constam nos incs. de II a VIII do art. 4º, bem como “receber”, tal como consta no inc. I do referido artigo. Justamente neste operar da Comissão que surge o espaço para a participação dos diversos agentes, independentemente de sua “parcialidade”, ou não neutralidade. A “pluralidade” na escolha de seus integrantes, que serve de “base” do funcionamento da Comissão, se potencializa quando suas portas são abertas, tanto aos agentes que se dispuserem a participar, quanto àqueles que a Comissão resolver convocar. Quanto a este ponto, há um questionamento. Argumenta-se, por vezes, que a “versão” da história contada até hoje foi, justamente, a dos militares. Com isso, caberia agora à Comissão abrir seus procedimentos apenas ao “outro lado”. Não parece ser essa a intenção da Comissão, nem ao menos parece ser tal posicionamento desejável para o bom desenvolvimento de seus trabalhos.²⁸

Essa interação inicial “intersubjetiva”, para além das relações com outros cidadãos, deve ocorrer, também, com outros órgãos estatais, também como garantido pelo art. 6º da Lei da Comissão da Verdade. Além de se levar em conta as atividades de outros órgãos também incumbidos de temáticas próximas à da Comissão, como são os casos da “Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos” e da “Comissão de Anistia”, cujas atividades contam com 16 e 10 anos de resultados e de avanços, respectivamente. Para além dessas relações “internas”, outros mecanismos criados pela Lei da Comissão Nacional da Verdade abrem meios procedimentais que propiciam vias de “alimentação” da Comissão. O exemplo a se destacar é a sua relação com instituições de ensino superior, prevista no art. 8º da Lei.²⁹ Tal mecanismo deve ser entendido como um procedimento capaz de relacionar o sistema político, especificamente a organização Comissão da Verdade, com o sistema científico-educacional, que não só tem a contribuir com as operações da Comissão, como será afetado por seus resultados. O próximo item tratará dessa interação de maneira mais detalhada.

28 Isso quanto aos participantes; outra seria a questão acerca do que será analisado. Há quem defenda que também os atos da chamada “resistência” deveriam ser esmiuçados pela Comissão. Não é o que se defende nesse texto. Aqui defende-se, academicamente, que os fatos em si a serem analisados tenham seu objeto restrito nos moldes do próprio dispositivo legal. Sendo o objeto da Comissão as “graves violações de direitos humanos”, é de se esperar que essas sejam aquelas decorrentes da ação estatal contra seus cidadãos. A rigor, apenas essas podem ser enquadradas como “violações de direitos humanos”, ficando fora do objeto as eventuais condutas da “resistência”, as quais, na pior das hipóteses, podem ser consideradas contravenções ou crimes, mas não se enquadrariam em violação de direitos humanos. Contudo, para se levar às últimas consequências a argumentação aqui apresentada, há de se dizer que também a abrangência dos fatos analisados deverá ser estipulada pelo e durante o próprio funcionamento procedimental da Comissão.

29 “Art. 8º A Comissão Nacional da Verdade poderá firmar parcerias com instituições de ensino superior ou organismos internacionais para o desenvolvimento de suas atividades.”

Importante ressaltar, novamente, que mais relevante do que predefinições ou “senso comuns” acerca dos fatos pesquisados, a Comissão da Verdade deve abrir-se em procedimentos aptos à mais ampla discussão sobre os temas que lhes são pertinentes. Com isso, defende-se o caráter eminentemente procedimental da Comissão, tal como próprio da política na modernidade.

Essas exigências podem levar a uma dificuldade prática no decorrer do período de funcionamento da Comissão: conseguir operacionalizar a participação de todos que se dispuserem a tal, assim como de todos que os membros da Comissão resolverem convocar e, em dois anos, conseguir abarcar um período histórico relativamente longo, com vários pontos ainda obscuros, para, ao final, ainda produzir um relatório que seja capaz de contemplar toda a complexidade histórica analisada. Aqui entra, como medida direcionada a lidar com tal problema, a replicação da Comissão Nacional da Verdade em Comissões Estaduais da Verdade, que tenderiam a auxiliar no levantamento “local” de informações acerca do período da Ditadura, ainda que tais Comissões Estaduais venham sendo compostas de formas diferentes, nos diversos estados, onde estão a ser criadas³⁰ e ainda não haja procedimento que garanta uma efetiva cooperação mútua, entre tais Comissões. Estas Comissões estaduais precisariam ser estudadas, individualmente, para se saber

quais seriam suas especificidades, mas, ao que parece, realmente replicam, de certa forma, o modelo nacional, podendo vir a ser incluídas no modelo aqui apresentado.³¹ Contudo, o papel das questões levantadas por essas outras Comissões no funcionamento da Comissão Nacional da Verdade ainda deve ser definido pela própria Comissão Nacional, devendo ser sopesadas as necessidades, possibilidades e, sobretudo, a sua repercussão política.

Desde o seu trâmite, houve inúmeras críticas ao Projeto de Lei 7.376/2010 que criou a Comissão Nacional da Verdade brasileira.³² Uma das questões apresentadas foram as expansões, tanto

30 Em São Paulo, por exemplo, a Comissão, que recebeu o nome de “Comissão Estadual da Verdade Rubens Paiva” é composta por membros do poder legislativo estadual; Alagoas, por sua vez, parece seguir os moldes da Comissão Nacional, na busca por uma composição “neutra” indicada pelo chefe do poder executivo; o projeto pernambucano prevê que sua Comissão será composta por 9 membros, dos quais “no mínimo, 2/3 (dois terços) da sociedade civil, designados por ato do Governador do Estado”.

31 Para além dessas, há outras comissões das mais diversas naturezas a serem criadas por todo o Brasil. Ao que parece, no entanto, cada uma terá como função primeira elucidar suas próprias questões “locais” ou “pontuais”, não sendo uma espécie de instância local da Comissão Nacional da Verdade. Se assim fosse, o sucesso desta estaria sendo posto em risco diante da amplitude, quase ilimitada, de possibilidades de criação de novas Comissões.

32 Ver o “Manifesto das famílias das vítimas da ditadura”, de 19 de setembro de 2011, disponível em: http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=18517# (último acesso em 04.05.2012).

temporal, quanto temática, arroladas na Lei. Segundo o Manifesto, a Comissão da Verdade deveria ter, textualmente, como foco, as violações ocorridas no período da Ditadura militar no Brasil, não as “graves violações de direitos humanos”, ocorridas desde meados da década de 1940, como acabou por constar no texto aprovado da Lei. Ainda segundo o Manifesto, isso acabaria por “enfraquecer” a Comissão, que poderia deixar de concluir, satisfatoriamente, com o levantamento dos “crimes da Ditadura Militar que governou o país entre 1964 e 1985”. O Manifesto, resumidamente, colocou-se contra a aprovação do Projeto de Lei sem alterações, alegando que o texto legal proposto daria margens estreitas para a atuação da Comissão, com restrições legais, inexistência de orçamento próprio, além de extrapolar para 42 anos o período a ser analisado. Alega-se, também, que a estrutura estipulada pela Lei, com pequeno número de integrantes, seria demasiadamente diminuta para cumprir com as tarefas hercúleas às quais ela estaria incumbida. Em certa medida, tais críticas parecem proceder, uma vez que se prendem, justamente, à capacidade que a Comissão tem para cumprir as funções procedimentais que lhe são atribuídas. Ainda que algumas dessas críticas possam servir de impulso à própria execução das tarefas da Comissão, como, por exemplo, o enfoque material e temporal que será dado pelos seus integrantes, inevitavelmente, há de ser levada em conta a expectativa social de se percorrer, no mínimo, com maior atenção tanto o período temporal da Ditadura Militar, quanto buscar elucidar, mais pormenorizadamente, os chamados “crimes”³³ do Estado contra seus cidadãos.

No entanto, as críticas presentes nesse Manifesto vão além. Alega-se, por exemplo, que os integrantes da Comissão deveriam ter seus nomes submetidos ao crivo da “sociedade civil”, “em particular aos resistentes (militantes, perseguidos, presos, torturados, exilados, suas entidades de representação e de familiares de mortos e desaparecidos)”. Segundo o Manifesto, ainda, tal requisito seria exigível para se garantir a legitimidade da Comissão. Ocorre que, dentro da perspectiva que se vem narrando nesse texto, a legitimidade política da Comissão, uma vez restrita ao crivo dos “resistentes”, levaria, ao contrário do argumentado no Manifesto, a uma restrição de sua legitimidade. Como defendido – e tal qual garantido pela Lei em sua aprovação – a composição da Comissão deve ser garantida de forma “plural”. Garantir uma Comissão exclusiva dos “resistentes do bem” contra os “perseguidores estatais do mal” levaria, sim, a um questionamento de sua legitimidade, contrário ao espírito político da pluralidade, além de ensejar pretexto para aqueles que querem descaracterizar a legitimidade da Comissão, tachando-a de “parcial”, ou mesmo de “revanchista”. Isto sem que se considere a questão da viabilidade política de tal indicação legislativa passar pelo processo democrático, em ambas as casas do legislativo, e ser aprovada com a devida “condescendência” frente a um dos lados dessa história a ser “(re)contada”. Faz parte das exigências decorrentes da natureza jurídica da Comissão Nacional

33 Não se quer entrar, aqui, em detalhes acerca da nomenclatura mais adequada, seja do ponto de vista político, ou jurídico, para designar os atos praticados pelos agentes estatais frente aos chamados membros da “resistência”. Para isso, ver Swensson Jr., Lauro Joppert. **Anistia Penal. Problemas de validade da lei de anistia brasileira (lei 6.683/79)**, Curitiba, Juruá, 2007, esp. pp. 39 ss.

da Verdade não ser caracterizada pela estrutura típica do processo judicial, sobretudo o penal, onde estão presentes “vítimas” e “réus”. Com isso, não se quer defender que não se possa contar a história da Ditadura brasileira justamente nesses moldes; no entanto, no entendimento aqui defendido, a Comissão da Verdade não é o local funcionalmente adequado para servir de julgamento dos “acusados”, mas sim para reconstruir, politicamente, os fatos ocorridos durante o período analisado.

Assim, defende-se que a Comissão da Verdade tem como função centralizar atividades cuja temática seja aquela prevista para a sua competência. Importante ressaltar, novamente, que mais relevante do que predefinições ou “sensos comuns” acerca dos fatos pesquisados, a Comissão da Verdade deve abrir-se em procedimentos aptos à mais ampla discussão sobre os temas que lhes são pertinentes. Com isso, defende-se o caráter eminentemente procedimental da Comissão, tal como próprio da política na modernidade.

V. LIMITES POLÍTICOS DOS RESULTADOS DA COMISSÃO

Se do ponto de vista das exigências a Comissão da Verdade, entendida como organização política, deve ter seu foco primariamente na construção procedimental de inclusão para o diálogo, o resultado da sua atuação não vai poder fugir de uma fixação material de conteúdo, o que se corporificará no relatório final de que dispõe o art. 11 da Lei nº 12.528.³⁴ O que se pergunta, nesse ponto, é: quais são os possíveis efeitos, para os mais diversos sistemas parciais da sociedade, das conclusões a que se chegarem após os dois anos de pesquisas a serem realizadas pela Comissão da Verdade? Na sequência da hipótese de trabalho até aqui apresentada, segue-se argumentando que os resultados da Comissão da Verdade serão de natureza eminentemente política. O que isso significa? Para se responder a essa pergunta, vale iniciar com algumas negativas frente a expectativas sociais, geradas em setores da sociedade, pela própria criação de Comissões da Verdade.

Em muitos locais do globo onde foram instituídas, as Comissões da Verdade surgem, muitas vezes, como mecanismos alternativos para os casos de conflitos, crimes e violação de direitos humanos que não podem ser punidos penalmente, em decorrência da constelação de poder político no momento histórico de sua instituição. Tais Comissões, não raramente, surgiram

³⁴ “Art. 11. A Comissão Nacional da Verdade terá prazo de 2 (dois) anos, contado da data de sua instalação, para a conclusão dos trabalhos, devendo apresentar, ao final, relatório circunstanciado contendo as atividades realizadas, os fatos examinados, as conclusões e recomendações”.

em momentos imediatamente posteriores à modificação do regime político, como foi o caso da “*Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*” criada na Argentina, ainda em 1983, ano do término da ditadura militar, pelo então presidente Raúl Alfonsín, imbuída da missão de investigar as violações de Direitos Humanos de natureza grave, reiteradas e planejadas durante a Ditadura; assim como a “*Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*” do Chile (também conhecida por “*Comisión Rettig*”, levando o nome de seu presidente, o jurista e militante Raúl Rettig Guissen), criada também no próprio ano do término da Ditadura de Augusto Pinochet, 1990, pelo presidente Patricio Aylwin Azócar. Ocorre que, ao menos em um primeiro momento, tais Comissões acabaram por ter seus efeitos limitados. Em decorrência desses limites, muitas vezes, tais Comissões acabam por não encontrar uma legitimação sólida em grandes extensões da esfera pública, levando a reações de larga incompreensão frente, por exemplo, à anistia de torturadores e de assassinos.³⁵ Porém, sobretudo no exemplo argentino, os resultados da “*Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*” acabaram por figurar como elemento fundamental em processos judiciais que, por um lado, levou a Corte Constitucional Argentina, em 2005, a declarar a Lei de Anistia inconstitucional e, por outro, propiciou ainda punições de natureza penal contra agentes estatais, tendo sido utilizados, justamente, o relatório final da *Comisión*.

Todavia, como já se viu acima, em sendo a Comissão da Verdade um mecanismo afim ao Estado, podendo, inclusive, ser visto como um instrumento de política estatal, com o objetivo político de conciliação, acaba por caber ao próprio Estado programar tanto sua composição, quanto seu próprio modo de operar.³⁶ Além disso, cabe também ao Estado estipular politicamente qual é o alcance pretendido de seus resultados. Porém, tais resultados e, sobretudo, sua repercussão sobre outros sistemas sociais, não se encontram, propriamente, sob o controle da política. Ou seja, não cabe, especificamente, à política determinar, de forma definitiva, qual será a leitura feita pelo sistema jurídico ou pelo sistema científico dos resultados de uma decisão de sua alçada, ainda que o sistema político possa fazer uma escolha sobre como será feito esse impulso político, através de sua Comissão da Verdade, na expectativa de estimular outros sistemas sociais da maneira que lhe pareça mais racional politicamente.

O que se nota, ao analisar muitos dos contextos sociais dos quais emergiram Comissões da Verdade, é a apresentação da necessidade de escolha, ainda que momentânea, entre dois caminhos a se tomar frente à avaliação do passado do Estado, quando esse incorreu em ações

35 Ver argumento em Marx, Christoph. “Einleitung: Bilder nach dem Sturm”. In: Eckert, Andreas e Marx, Christoph (orgs.). **Bilder nach dem Sturm. Wahrheitskommissionen und historische Identitätsstiftung zwischen Staat und Zivilgesellschaft**, Berlin, Lit, 2007, pp. 1-14, esp. pp. 6 ff.

36 Também em sentido bastante compatível com o argumento defendido aqui Marx, Christoph. “Einleitung: Bilder nach dem Sturm”. In: Eckert, Andreas e Marx, Christoph (orgs.). **Bilder nach dem Sturm. Wahrheitskommissionen und historische Identitätsstiftung zwischen Staat und Zivilgesellschaft**, Berlin, Lit, 2007, p. 7.

que possam ser caracterizadas como violação de Direitos Fundamentais: de um lado, a busca por uma reconstrução da memória e da verdade; e, de outro, a busca pela punição penal dos agentes, este último, muitas vezes, norteado por um princípio nem sempre muito preciso de “justiça”. Intermediários a isto, outros cenários podem ser encontrados, como a responsabilização sem punição penal, ou, mesmo, a indenização civil a vítimas, independentemente de se encontrar o responsável direto pelos atos violadores etc. Mas, em uma leitura simplista, o binômio “memória/verdade”, de um lado, e “punição”, de outro, parecem ser os “tipos ideais” para se lidar com a transição de regimes ditatoriais para democráticos. No caso da escolha pela reconstrução da memória e da verdade histórica, aparece, com certa frequência, a necessidade de atribuir, pelas garantias de anistia aos agentes estatais, a missão de conseguir que as revelações obtidas contribuam, de fato, com o processo de revisão histórica. Isso, sem que os referidos “depoimentos” possam levar, futuramente, a uma auto-incriminação. O exemplo mais claro desse procedimento pode ser encontrado na “*Truth and Reconciliation Commission*” da África do Sul, criada em 1995, após o término do regime de segregação racial conhecido como *apartheid*. Nessa comissão, os depoentes poderiam requerer a anistia, tanto penal quanto civil, de suas violações, em troca de revelarem as estruturas do regime perante a comissão, sobretudo diante da revelação de que atuaram sob motivações políticas.

Quando a Comissão se compromete, também com a reconciliação social, indo além da revelação sobre a verdade histórica referente aos fatos de violação de direitos, cometidos por agentes estatais, não raro surge o argumento da necessidade absoluta de se anistiar os agentes, uma vez que, em caso contrário, não seria possível se desvendar os detalhes históricos analisados pela comissão.³⁷ No Brasil, a criação da Comissão deu-se em um contexto relativamente diferente de outros exemplos de comissões. A Comissão brasileira surge com o aprofundamento do processo de revisão do passado ditatorial brasileiro. Como apresentado no início do texto, a criação da Comissão Nacional da Verdade é o desenrolar do processo de comoção social, liderado, em larga medida, por cidadãos envolvidos com a história ditatorial brasileira, seja como vítimas, seja como amigos das vítimas, seus familiares, ou meros “simpatizantes” da causa, mas encampado pela classe dos agentes políticos, a partir do governo Fernando Henrique Cardoso. Desde então, diversos questionamentos vieram à tona, chegando-se à pergunta esperada por muitos, durante anos, acerca da punibilidade penal dos agentes da ditadura. Entretanto, diversos foram os entraves jurídicos para que essas tentativas de punição restassem frutíferas. Entre os diversos argumentos, que não podem ser aqui analisados, encontram-se: i. a Lei da Anistia que, segundo recorrente interpretação jurisdicional havia anistiado também os agentes estatais; ii. a prescrição da maioria dos crimes então praticados, em decorrência da tardia propositura das ações, bem como iii. outros

37 Marx, Christoph. “Einleitung: Bilder nach dem Sturm”. In: Eckert, Andreas e Marx, Christoph (orgs.). **Bilder nach dem Sturm. Wahrheitskommissionen und historische Identitätsstiftung zwischen Staat und Zivilgesellschaft**, Berlin, Lit, 2007, pp. 6 s.

argumentos de natureza jurídico-penal (irretroatividade da lei penal, entre outros).³⁸ Ainda que seja necessário afirmar o contexto teórico reinante da chamada Justiça de Transição,³⁹ os argumentos técnico-jurídicos acabam, muitas vezes, sucumbindo diante de argumentações de outras naturezas.⁴⁰ Isso sem contar a pressão de organizações internacionais, coroada com o julgamento, pela “Corte Interamericana de Direitos Humanos”, do caso *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*, conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, em que o Brasil acabou por ser condenado pelo não cumprimento de diversos dispositivos da “Convenção Americana sobre Direitos Humanos”⁴¹.

A constitucionalidade da interpretação que abarca os agentes estatais, como beneficiários da Lei de Anistia, chegou a ser posta à prova diante do Tribunal Constitucional, esperando-se que, a exemplo do ocorrido na Argentina, tal interpretação fosse declarada inconstitucional. Não foi o ocorrido.⁴² Ainda que o Ministério Público siga, em alguns casos, buscando mecanismos para tentar a responsabilização penal de agentes do Estado⁴³, pode-se afirmar que as atenções estão voltadas para a Comissão Nacional da Verdade. A expectativa principal é que tal Comissão elucide o ocorrido durante os tempos de ditadura, solucione os casos de desaparecimentos forçados e de assassinatos seguidos de ocultação de cadáver, indique os culpados e, assim, abra, finalmente, o caminho para a incriminação destes. Essa não é, nem pode ser, a pretensão da Comissão.

38 Ver, entre outros, Swensson Jr., Lauro Joppert. **Anistia Penal. Problemas de validade da lei de anistia brasileira (lei 6.683/79)**, Curitiba, Juruá, 2007, pp 77 ss.; além de textos publicados em Dimoulis, Dimitri, Martins, Antonio e Swensson Jr., Lauro Joppert. **Justiça de Transição no Brasil. Direito, Responsabilização e Verdade**, São Paulo, Saraiva, 2010.

39 Para uma genealogia da Justiça de Transição, ver Teitel, Ruti G. “Transitional Justice Genealogy”. In. **Harvard Human Rights Journal**, Vol. 16, no. 1, 2003, pp. 69-94; para conexão entre a Justiça de Transição e as Comissões da Verdade, ver Hayner, Priscilla B. **Unspeakable truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions**. 2. ed., New York, Routledge, 2011, já contexto brasileiro, ver Abrão, Paulo e Torelly, Marcelo D. “As dimensões da Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça”. In. Payne, Leigh A., Abrão, Paulo, e Torelly, Marcelo D. (orgs.). **A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada**, Oxford, Oxford, 2011, pp. 212-248.; Swensson Jr., Lauro Joppert. **Anistia Penal. Problemas de validade da lei de anistia brasileira (lei 6.683/79)**, Curitiba, Juruá, 2007, pp. 77 ss. e Swensson Jr., Lauro Joppert. “(Re)pensar o passado - breves reflexões sobre a justiça de transição no Brasil”. In. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Vol. 7, 2008, pp. 125-143., bem como Dimoulis, Dimitri. “Justiça de transição e função anistiantes no Brasil. Hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização”. In. Dimoulis, Dimitri, Martins, Antonio, e Swensson Jr., Lauro Joppert (orgs.). **Justiça de Transição no Brasil. Direito, Responsabilização e Verdade**, São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 91-127.

40 Ver, por exemplo, Ventura, Deisy. “A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional”. In. Payne, Leigh A., Abrão, Paulo, e Torelly, Marcelo D. (orgs.). **A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada**, Brasília / Oxford, Oxford, 2011, pp. 308-343.

41 Ver análise em Krsticevic, Viviana e Affonso, Beatriz. “A dívida histórica e o Caso Guerrilha do Araguaia na Corte Interamericana de Direitos Humanos impulsionando o direito à verdade e à justiça no Brasil”. In. Payne, Leigh A., Abrão, Paulo, e Torelly, Marcelo D. (orgs.). **A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada**, Brasília / Oxford, Oxford, 2011, pp. 347-390. Íntegra da decisão disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf (último acesso 04.05.2012). Também para relação entre Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional, ver Piovesan, Flávia. “Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Lei de Anistia: o Caso Brasileiro”. In. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Vol. 2, 2009, 176-189.

42 Para análise do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 153, ver Silva Filho, José Carlos Moreira da. “Memória e reconciliação nacional: o impasse da anistia na inacabada transição democrática brasileira”. In. Payne, Leigh A., Abrão, Paulo, e Torelly, Marcelo D. (orgs.). **A Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada**, Brasília / Oxford, Oxford, 2011, pp. 281-306.

43 A tese do “crime continuado” tem sido o principal meio utilizado pelo MPF para mover ações penais contra agentes da ditadura militar.

O resultado primeiro da Comissão Nacional da Verdade, uma vez sendo entendida como organização do sistema político, deve ser uma resposta institucional frente aos questionamentos acerca do passado ditatorial do Estado brasileiro. Com isso, tanto os fatos quanto os agentes que os praticaram devem ser indicados, além de terem que prestar esclarecimentos, acerca do ocorrido com as vítimas. Ainda que se possa argumentar que o objeto da Comissão da Verdade não seja um empreendimento primariamente estatal,⁴⁴ a abordagem da Comissão é esta. Desta forma, seus resultados não podem, ao menos de uma maneira direta, ultrapassar as fronteiras do próprio sistema político. Ainda que eles possam servir de impulso para a motivação de reações em outros sistemas sociais parciais, essas reações serão operacionalizadas por esses outros sistemas, não pelo sistema político através da Comissão da Verdade. Dentre os diversos setores sociais que podem vir a ter relações com os resultados da Comissão, três serão destacados para serem analisados: i. o sistema jurídico, ii. o sistema científico, no tocante à história e iii. os protestos.

Em certa medida, a Comissão da Verdade acaba por ser vista, por parte dos envolvidos no embate, como uma mera medida paliativa, em alternativa a uma punição penal dos responsáveis. Contudo, do ponto de vista do sistema jurídico, os resultados da Comissão da Verdade poderão, no máximo, vir a ser instrumentos de prova, não mais do que isso. Não se pode falar em uma espécie de “super-prova” irrefutável. A leitura a ser feita sobre essa prova será realizada pelo próprio sistema jurídico, a considerar como a interiorização dos fatos narrados, por exemplo, no relatório final da Comissão, pode se dar, bem como quais são os efeitos jurídicos que podem ser tirados dessa interiorização. Se, por um lado, não se garante que haverá uma responsabilização penal decorrente das pesquisas e resultados da Comissão, por outro, isso não pode ser peremptoriamente afastado. Contudo, é importante, nesse momento, que fique claro que o resultado direto dos trabalhos da Comissão não tem como foco uma possível utilização de seu conteúdo em sede judicial e, muito menos, que as próprias atividades da Comissão detêm caráter jurisdicional ou persecutório, como está expressamente estabelecido pelo art. 4º, § 4º da Lei 12.528.⁴⁵ Nesse contexto, faz sentido afirmar que as exigências políticas acima apresentadas para o funcionamento democrático da Comissão não abarquem, necessariamente, as exigências típicas do processo judicial, sobretudo, do processo penal. Não tendo a Comissão natureza jurisdicional, não cabe lhe impor tais exigências com intuito de transformá-la em uma espécie de “processo penal fora de lugar”; com todas as garantias penais para, no futuro, usar-lhe os resultados como se fossem frutos de um processo penal. Contudo, fica, sim, aberta a possibilidade de irritações mútuas entre sistema político e sistema jurídico, que podem trabalhar em certo regime de cooperação um com o outro, ainda que cada um venha a operar com base em seus critérios próprios, ao invés de se deixar, simplesmente, determinar pelo outro.

44 Marx, Christoph. “Einleitung: Bilder nach dem Sturm.” In: Eckert, Andreas e Marx, Christoph (orgs.). **Bilder nach dem Sturm. Wahrheitskommissionen und historische Identitätsstiftung zwischen Staat und Zivilgesellschaft**, Berlin, Lit, 2007, p. 8.

45 “Art. 4o, § 4o As atividades da Comissão Nacional da Verdade não terão caráter jurisdicional ou persecutório.”

Se os resultados da Comissão da Verdade não podem determinar o futuro de ações judiciais, envolvendo os fatos pesquisados e narrados por ela, isso seria ainda mais grave, caso estes servissem de entraves aos processos científicos historiográficos acerca do período histórico da ditadura militar brasileira. Ainda que o papel central da Comissão seja uma reconstrução histórica desse período, na busca de uma espécie de “verdade histórica” sobre os fatos ocorridos àquela época, isso não pode, de forma alguma, autorizar um bloqueio a pesquisas acadêmicas que se proponham a rever, negar ou questionar quaisquer dos resultados da Comissão. Conforme defendido desde o início, a “verdade” narrada pelo discurso político não é a mesma daquela narrada pelo discurso científico historiográfico. Assim, como foi dito acerca da relação entre Comissão da Verdade e sistema jurídico, uma cooperação entre ambos não está descartada, senão mesmo fomentada, tal como consta do já referido art. 8º da Lei da Comissão. A relação entre a Comissão da Verdade e a teoria da história é um caminho de duas mãos. Tanto conteúdos estudados e discutidos na academia acabam por condicionar os trabalhos da Comissão, quanto o contrário. O que não há, apenas, é a possibilidade de uma determinar os conteúdos e pautas da outra. Importante ainda salientar que, até mesmo a participação de historiadores e acadêmicos da área na Comissão da Verdade é questionada por alguns.⁴⁶ Aqui não se pretende ir tão longe, desde que fique claro que a participação de historiadores (ou mesmo de juristas) no processo político da Comissão da Verdade não o torna menos político.

Agora, qualquer “fixação definitiva” de reconstrução de fatos históricos deve ser afastada por um entendimento científico. Não é mero acaso o fato de os historiadores serem, normalmente, os primeiros a criticarem a existência de comissões da verdade. Um dos primeiros argumentos reside, justamente, no fato de não concordarem com a existência de uma verdade histórica objetiva.⁴⁷ Tal como aponta Carlos Fico a verdade é sempre relativa; não é possível uma verdade absoluta. Exatamente por isso, ela não pode ter seu teor fixado por um processo político, ainda que esse seja devidamente democrático. Se o processo penal já não parece ser o lugar onde o mais importante é a busca pela “verdade” em sentido objetivo e absoluto,⁴⁸ o procedimento político da Comissão acaba por realizar, igualmente, um corte em sua compreensão de “verdade”. Nesse contexto, também caberia se falar de verdades, no plural, as quais, inclusive, são tendencialmente colidentes entre si. Contudo, aquela verdade que o senso comum tende a

46 Marx, Christoph. “Einleitung: Bilder nach dem Sturm”. In: Eckert, Andreas e Marx, Christoph (orgs.). **Bilder nach dem Sturm. Wahrheitskommissionen und historische Identitätsstiftung zwischen Staat und Zivilgesellschaft**, Berlin, Lit, 2007, p. 8.

47 Cf. Fico, Carlos. “Versões e controvérsias sobre 1964 e a ditadura militar”. In: **Revista Brasileira de História**, Vol. 24, no. 47, 2004, pp. 29-60. Também aponta para isso Marx, Christoph. “Einleitung: Bilder nach dem Sturm”. In: Eckert, Andreas e Marx, Christoph (orgs.). **Bilder nach dem Sturm. Wahrheitskommissionen und historische Identitätsstiftung zwischen Staat und Zivilgesellschaft**, Berlin, Lit, 2007, p. 8. Para compreensão da História enquanto “processo” e sua relação com a “evolução sócio-cultural”, ver Luhmann, Niklas. “Geschichte als Prozeß und die Theorie sozio-kultureller Evolution”. In: Luhmann, Niklas (org.). **Soziologische Aufklärung 3. Soziales System, Gesellschaft, Organisation**, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1991, pp. 178-197.

48 Ver Martins, Antonio. “Sobre direito, punição e verdade: reflexões acerca dos limites da argumentação jurídica”. In: Dimoulis, Dimitri, Martins, Antonio, e Swensson Jr., Lauro Joppert (orgs.). **Justiça e Transição no Brasil. Direito, Responsabilização e Verdade**, São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 61-90.

entender como “verdade absoluta” ou “objetiva” também tende, por sua vez, a ser associada com a “verdade científica” e não com verdades jurídicas, ou políticas. Não que essas sejam “menos verdades” são apenas verdades parciais, em um contexto de fragmentação da ideia de compreensão objetiva da sociedade.⁴⁹ Mesmo a produção de “imagens históricas” acaba por transcender a atividade do historiador profissional. Essas imagens são, por fim, geradas por meio de um amplo discurso público. Dessa forma, a História acaba por se localizar entre expectativas da esfera pública e as necessidades da cientificidade.⁵⁰ Consequentemente, tanto a produção científico-acadêmica da área, quanto os resultados políticos da Comissão serão elementos a compor essa ideia de “imagem histórica”, sendo ambos relevantes, tanto internamente, em seus próprios sistemas funcionais, quanto para a composição desse entendimento difuso, não estruturado sistemicamente, em relação à reconstrução histórica. Mais do que excludentes, são, sim, complementares e, justamente por isso, um não pode impor limites “de fora” ao outro.

Por fim, cabem algumas palavras acerca dos possíveis efeitos a um setor discursivo da sociedade que não pode ser caracterizado propriamente como um sistema social, não por isso menos importante para o funcionamento da sociedade: o protesto. Se muitos dos impulsos, que acabaram por ter como resultado a criação da Comissão da Verdade, provieram de protestos da chamada sociedade civil, a Comissão não pode ter, como resultado, calá-los. Independentemente do posicionamento que tais protestos tomarem frente aos procedimentos e, sobretudo, aos resultados da Comissão, eles devem ser mantidos e terem seu espaço preservado. Tais movimentos são forças latentes que servem de impulsos para as modificações sistêmicas, necessárias para a adequação social dos sistemas. Imobilizá-los seria calar um motor de constantes impulsos condicionadores do processo evolutivo da sociedade.

Com isso, ficam tratados os breves comentários que se pretendia acerca da natureza funcional da Comissão Nacional da Verdade, caracterizando-a como uma organização do sistema político. Desta caracterização, procurou-se tirar, tanto consequências relativas ao funcionamento da Comissão, a respeitar os moldes procedimentais democráticos, típicos de um Estado Democrático de Direito, quanto impor restrições aos efeitos dos resultados materiais da Comissão, entendendo-os, igualmente, como resultados políticos que, para repercutirem em outros setores sociais, precisam, ainda, ser relidos e traduzidos para suas respectivas linguagens. Isso não tira a importância da Comissão Nacional da Verdade para o processo de redemocratização da República brasileira, senão, pelo contrário, fortalece o seu entendimento de maneira mais adequada para operar em uma sociedade funcionalmente diferenciada.

49 Ver o conceito de verdade associado ao sistema científico em Luhmann, Niklas. **Die Wissenschaft der Gesellschaft**, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, pp 167 ss.

50 Nesse sentido, Marx, Christoph. “Einleitung: Bilder nach dem Sturm”. In: Eckert, Andreas e Marx, Christoph (orgs.). **Bilder nach dem Sturm. Wahrheitskommissionen und historische Identitätsstiftung zwischen Staat und Zivilgesellschaft**, Berlin, Lit, 2007, p. 1.

A COMISSÃO DA VERDADE DO SISTEMA POLÍTICO

REGIS DUDENA

Goethe Universität-Frankfurt am Main

Resumo: No desenvolvimento das medidas para se lidar com o passado ditatorial brasileiro foi criada, mais de duas décadas depois, uma Comissão Nacional da Verdade, que se propõe a “*examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período*” que engloba a Ditadura Militar. A hipótese apresentada nesse texto é de que essa Comissão, no contexto da diferenciação dos sistemas funcionais, caracteriza-se como organização do sistema político. Como tal, de um lado, algumas limitações típicas do Estado Democrático de Direito são impostas ao seu funcionamento, enquanto, de outro, os resultados atingidos pelos trabalhos da Comissão também acabam por ter seus efeitos diretos circunscritos ao Sistema Político, deixando aos demais sistemas sociais envolvidos meras irritações a serem interiorizadas e processadas por esses, segundo seus próprios critérios e programas.

Palavras-chave: Comissão Nacional da Verdade – Organização Política – Teoria dos Sistemas – Relações Intersistêmicas

Zusammenfassung: Eine nationale Wahrheitskommission ist nach mehr als zwei Jahrzehnte in Brasilien, in dem Kontext des Umgangs mit seiner diktatorischen Vergangenheit, geschaffen worden. Die Kommission soll sich damit beschäftigen, die während des diktatorischen Zeitraums verübten ernsthaften Menschenrechtsverletzungen zu analysieren und zu erklären. Die in dem vorliegenden Text präsentierte Hypothese lautet: diese Wahrheitskommission wird in dem Kontext der Differenzierungstheorie der funktionalen Systemen als Organisation des politischen Systems gekennzeichnet. Damit werden einerseits Beschränkungen im Rahmen des Rechtsstaats dem Kommissionsbetrieb auferlegt, ebenso wie bleiben andererseits die von der Kommissionsarbeit erzielten Ergebnissen mit seinen Auswirkungen zu dem politischen System umgegrenzt. Diese Auswirkungen müssen andere verwickelte soziale Systeme der Gesellschaft als bloße Irritationen nach seinen eignen Kriterien und Programmen internalisieren und bearbeiten.

Schlüsselwörter: Nationale Wahrheitskommission – Politische Organisation – Systemtheorie – Intersystemische Beziehungen



DOCUMENTOS



**VOTO DO RELATOR PROCESSO
2004.01.42025 - JOSÉ ANSELMO DOS
SANTOS. COMISSÃO DE ANISTIA,
CONSELHEIRO NILMÁRIO MIRANDA**

**DOCUMENTO Nº 02/2011
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO
(MATÉRIA CRIMINAL E CONTROLE
EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL)
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**



Ministério da Justiça
COMISSÃO DE ANISTIA

REQUERIMENTO DE ANISTIA Nº 2004.01.42025

REQUERENTE: JOSÉ ANSELMO DOS SANTOS

RELATOR: CONSELHEIRO NILMÁRIO MIRANDA

MARINHEIRO RELACIONADO NO AI-1. AGENTE DA REPRESSÃO INFILTRADO NAS ORGANIZAÇÕES DE OPOSIÇÃO AO REGIME. ANISTIADO PELA LEI 6.683/79. DECLARAÇÃO DA CONDIÇÃO DE ANISTIADO POLÍTICO. REPARAÇÃO ECONÔMICA EM PRESTAÇÃO ÚNICA. CONTAGEM DE TEMPO. INDEFERIMENTO.

José Anselmo dos Santos, filho de Joana Balbino dos Santos, nascido em 13 de fevereiro de 1942, Itaporanga D'Ajuda, vem diante desta Comissão de Anistia requerer a declaração da condição de anistiado político, bem como reparação econômica em prestação única e contagem de tempo.

RELATÓRIO

01. Em 13 de fevereiro de 2004, José Anselmo dos Santos deu entrada em requerimento onde relata sucintamente sua história política, sem formular nenhum pedido (fls 02/03), sem identificação legal (RG, CPF ou qualquer documento que comprovasse sua identificação).

02. Autuado em 12 de agosto de 2004, a Terceira Câmara encaminhou o ofício nº 117/2004/CA (fls 07 e 08) ao Comando da Marinha solicitando todas as informações que constam em seu registro sobre o requerente;

03. Através do ofício 1.844/2004 – GCM (fls 09-15) o Comando da Marinha encaminha as informações solicitadas, a saber:

- a) Documento de suspensão de direitos políticos do requerente por 10(dez) anos com base no AI-1;
- b) Correspondência do próprio requerente com histórico de sua trajetória e fatos pessoais;
- c) Cartas, notícias, matérias, reportagens que o envolvem com a sua trajetória;
- d) Documentos oriundos do Dops-RJ com declarações prestadas;
- e) Carta do requerente onde relata o motivo do seu interesse ao requerer a anistia.

04. Através do ofício 1.591/2005 – GCM, com data de 25 de julho de 2005 o Comando da Marinha remeteu à Comissão de Anistia o processo de reintegração de José Anselmo dos Santos que tramitava naquele órgão com data de 30 de abril de 2005 de protocolo, alegando tratar-se de competência da Comissão de Anistia, de acordo com o art. 12 da Lei 10.559/02. Em anexo, encaminhou certidão da Abin e matérias de periódicos.

05. Juntada de documentos em 26 de outubro de 2004, com entrevistas à Revista Playboy, à Revista Isto É e matéria assinada por Marco Aurélio Borba na Revista Época.

06. Em 5 de dezembro de 2006 (fls 474/489) o advogado do requerente apresentou pedido formal de declaração de anistia, reparação em parcela única e contagem de tempo, acompanhada de Procuração do requerente e declaração de um Delegado de Polícia, afirmando serem do requerente as digitais acostadas.

07. Às folhas 500 e seguintes do volume 03, há correspondência da Advocacia Geral da União (AGU) solicitando cópia do processo do requerente em face da ação de rito ordinário – processo nº 2008-61-00.029941-8 – movida por José Anselmo dos Santos, visando a expedição de documento de identificação por parte da Marinha do Brasil e sentença do Juiz Federal Clécio Braschi que reconhece após perícia que as impressões digitais incluídas neste processo são de José Anselmo dos Santos.

08. No volume 03, registra-se juntada de cópia do processo referente à Soledad Barret Viedma na Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos.

09. Em 11 de abril de 2012 a Coordenação Regional do Arquivo Nacional no Distrito Federal, atendendo solicitação do Secretário-Executivo da Comissão de Anistia, encaminhou CD e cópias em papel de 4065 documentos com fito de complementar a presente instrução processual.

10. É o relatório.

ANÁLISE

11. Preliminarmente, cumpre informar que conforme é de conhecimento público, o requerente informa dificuldades na obtenção de sua documentação de identificação, e não há nos autos cópia da documentação de identidade do requerente, comprovante de endereço, residência, ou outros documentos congêneres. De todo modo, o cidadão José Anselmo dos Santos apresentou-se recentemente a dois meios de comunicação de grande repercussão e, de forma pública, afirmou que este requerimento nº 2004.01.42025 é de sua autoria, o que permite avançar na apreciação de seu petítório.

12. Ante a enorme quantidade de documentos históricos e das contradições que suscitam, resolvo tomar como referência inicial o próprio depoimento voluntário prestado por José Anselmo dos Santos ao jornalista Octavio Ribeiro, publicado na revista Isto É, em 28 de março de 1984 (fls 86), “O Anjo da Morte”, e posteriormente transformado em livro editado pela Global.

13. Já anistiado pela disposição genérica e em abstrato da Lei de Anistia de 1979 (Lei 6.683), numa anistia em branco cujo status não cabe à Comissão de Anistia debater no presente foro, José Anselmo dos Santos, por sua própria decisão, concedeu longa entrevista ao repórter Octavio Ribeiro, em 28 de março de 1984. Ou seja, ainda durante o regime militar, antes da eleição de Tancredo Neves pelo Colégio Eleitoral em 1985. O PDS era partido majoritário, sucessor da Arena (partido de sustentação do Regime Militar), teria candidato

para a sucessão de João Batista Figueiredo. Àquela altura não se sabia que o candidato do regime autoritário seria derrotado. Nem se sabia da Assembléia Nacional Constituinte que resultaria na democratização do país.

14. O requerente estava numa zona de conforto, protegido pelos órgãos de repressão (Dops-SP), inclusive financeiramente. Só quatro anos depois surgiria a previsão do artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e apenas dezessete anos depois seria criada esta Comissão de Anistia pela Lei 10.559/2002, regulamentando tal previsão.

15. Às folhas 93/94 relata que *“ele jamais foi preso, entregou-se voluntariamente a polícia.”* Octavio Ribeiro formula a pergunta: *“Existe uma versão de que você foi preso com aquele seu ex-colega Edgar Aquino Duarte?”* Esclareça-se que Duarte era ex-marinheiro, colega de Anselmo na AMFND e também ex-exilado em Cuba. Nesta época, já afastado da esquerda, Duarte vivia com a identidade de Ivan Marques Lemos [...] Anselmo encontrou-o e foi morar na sua casa na Rua Martins Fontes. Quando Anselmo desapareceu, Duarte foi preso em maio de 71[...] Duarte disse a vários companheiros de cela que Anselmo provavelmente, também fora preso.

Anselmo: “Não. Fiquei perplexo quando li esta versão. Perplexidade como as pessoas podem inventar detalhes para completar lapsos ou falhas que elas tenham dentro de uma história. As pessoas pegam alguns fatos e vão fazendo as ligações com coisas da sua imaginação.”

Octavio: “Como é que você fez para comunicar-se com a polícia?”

Anselmo: “Identifiquei o telefone do Dops, fiz uma chamada. Disse que queria falar com o Dr. Fleury, que eu era um elemento que estava atuando na guerrilha urbana, embora não tivesse praticado nenhum crime maior, que tinha estado em Cuba e que estaria em tal lugar há tantas horas. O local foi o Museu do Ipiranga, porque lá havia ampla visão, ele poderia ver que eu estava só. Não havia problema nenhum. Dei a roupa que estaria vestido. Chegaram dois investigadores dele com um carro e me levaram para o Departamento de Ordem Política e Social e até a sala do Dr. Fleury.”

16. A partir daí ele relata como passou a trabalhar com a repressão política. Como atuavam os grupos, estimativa de pessoas por grupo, quais seus próximos contatos.

“Octavio: Quantas pessoas você calcula que, depois de você fornecer as indicações aos órgãos de segurança, morreram?”

“Anselmo: Uns cem, duzentos... Graças à minha indicação? Graças a todo um trabalho que a polícia fez?”

“Octavio: Digo, a polícia ajudada por você?”

“Anselmo: Pode ter sido cem, até mais.”

17. Ele relata que servia de guia, conduzia a polícia a um contato e *“desse contato a polícia segue a, b, e c.”* Ele nega que tenha ficado preso. Declara que ficou em uma sala e depois em um apartamento *“alugado para essa finalidade”*. À pergunta se foi torturado, Anselmo respondeu: *“Ah, não!”*

18. À folha 96, informa que *“a opção foi minha, a iniciativa foi minha, foi uma questão de consciência e de tomar em minhas mãos o meu destino por livre e espontânea vontade”*.

19. José Anselmo dos Santos deixa claro também que foi ao Chile para desfazer a dúvida quanto a estar infiltrado. Vê-se que poderia ter fugido e não o fez. Ao contrário, convenceu Onofre Pinto a confiar-lhe a missão que redundou nas mortes, em Recife, de Soledad Barret Viedma, Pauline Reichstul, Jarbas Pereira Marques, Evaldo Lins Ferreira de Souza, Eudaldo Gomes de Souza, José Manoel Silva.

20. Relata como premeditou a trama para a morte deles. Que o irmão de Soledad, Jorge, trouxe uma carta do Chile *“dizendo que eu estava trabalhando para o governo. A situação ficou insustentável (...) Eu fiquei no apartamento, eles saíram para fazer contatos e então eu fiz um sinal do apartamento para o pessoal do Fleury, eles me resgataram”*.

21. Do mesmo modo, no documento “Relatório de Paquera” (fls 156 e seguintes) o requerente relata sua viagem ao Chile, onde transparece que poderia ter fugido e ao revés, agiu como funcionário da repressão política para atrair pessoas para uma armadilha.

22. Seu advogado alega (fls 477) que o requerente foi preso em 30 de maio de 1971 e que, no cárcere *“foi alvo de todo tipo de tortura física e psicológica (campainhas para impedir o sono, corredor polonês, pau-de-arara, choques elétricos)”*. Foi-lhe colocado por Fleury: *“colaborar com a repressão e viver ou permanecer calado e morrer”*.

23. Como se vê, alegações que conflitam com o relatado pelo próprio José Anselmo dos Santos em ambiente livre de constrangimento. Também alega que foi mantido sob *“constante vigilância e guarda de uma equipe de policiais”* o que também está em contradição com as palavras do próprio requerente.

24. O representante argumenta que a Lei 10.559/2002 não distingue o viés ideológico do requerente *“mas tão somente as consequências sofridas pelo indivíduo durante o período de exceção e que mesmo que “tivesse sido arregimentado por órgãos de inteligências nacionais ou internacionais [...] os fatos concretos são que foi atingido pelo AI-1, não pôde retomar seu posto na Marinha; e que “não importa se o anistiando foi um agente infiltrado, já que, mesmo que assim se considere, sofreu e ainda sofre gravames que dão azo à indenização legal!”*

25. À folha 487, pede que José Anselmo dos Santos seja declarado anistiado político nos termos do inciso I do Artigo 1º da Lei 10.559/2002; seja-lhe concedida indenização em parcela única e contagem como tempo de serviço do período que vai de 1º de abril de 1964 até a data da concessão do pedido.

26. Como se vê, o próprio representante suscita a questão de desde quando José Anselmo dos Santos esteve infiltrado ou a serviço dos órgãos de repressão durante o regime de exceção. Não é questão irrelevante.

27. Documentos enviados pela Marinha incluem matéria do Diário de Notícias segundo a qual o objetivo da saída do requerente da Embaixada do México, em maio de 1964, era o de realizar ato de sabotagem no porta aviões Minas Gerais, chefiando um grupo de terroristas. Preso dias depois (23 de maio de 1964, à Rua Laranjeiras, nº 1), submetido a vários IPMs, mandados de prisão, teria tido uma fuga “facilitada” no presídio do Alto da Boa Vista.

28. Segundo seu próprio relato, em entrevista à Revista Isto É de 28 de março de 1984, à pergunta de Octavio Ribeiro “*como você fugiu da delegacia na Quinta da Boa Vista?*” respondeu Anselmo: “*Já estando ali cerca de um ano, fiz conhecimento com todos os investigadores. Me deixavam ir ao pátio, tomar banho de sol, fazer exercícios sem nenhuma vigilância. A chave da cela ficava na minha mão. Tinha minha mesa com meus livros, escrevia cartas... A fuga veio com o pessoal da Polop. Disse ao guarda que ia encontrar uma mulher e saí pela porta da frente. “O pessoal da Polop me levou para São Paulo e de lá, de carro, fui para o Uruguai”.*” Como se vê, um grande inimigo público da ditadura teve facilidades”.

29. Nos autos há inúmeras referências à questão. Às folhas 63-65, o subchefe da casa militar do governo de João Goulart e chefe do Serviço Federal de Informação e Contra-informação Comandante Ivo Accioly Consevil diz que ele era agente provocador da CIA desde os eventos que antecederam o golpe de 1964. Às folhas 55 e seguintes, o próprio requerente juntou informe de Victor Gentile no site Observatório da Imprensa de 24 de abril de 1999, que recomenda investigar mais detidamente a suspeita levantada pelo PCB de ser um agente infiltrado; levanta dúvidas sobre o episódio da fuga em 1966.

30. Às fls 50 e seguintes, Ana Arruda Callado surpreende-se com a notícia de que o inimigo público nº 1 da hierarquia militar era um traidor. Carlos Chagas que chegou a assessor de imprensa de Costa e Silva também se associa à suspeita: “*Pregava-se a quebra da hierarquia entre os militares. Acusada de estar criando um soviete, a Associação de Marinheiros e Fuzileiros Navais rebelou-se, instalando-se no Sindicato dos Metalúrgicos. A ironia estava em que o chefe da revolta, o Cabo Anselmo, o mais inflamado dos insurrectos era um agente provocador a serviço do golpe*”.

31. Na farta documentação enviada pelo Arquivo Nacional por meio do Ofício 343/2012, de 11 de abril, igualmente encontram-se elementos ensejadores de dúvida sobre ser o requerente desde sempre um agente infiltrado.

32. Em depoimento prestado no Centro de Informações da Marinha (CENIMAR), Iza Quitans Guerra descreve detalhadamente uma operação para que um dos marinheiros asilados na Embaixada do México, juntamente com seu colega na Ação Popular, Padre Alípio de Freitas, pudesse deixar a Embaixada, de modo a que a AMFNB não restasse ausente de todos os seus líderes, mas que não fora informada sobre quem sairia do asilo.

33. A militante relata que conseguiu um apartamento e automóveis para serem utilizados na operação e que, ainda sem saber quem seria o marinheiro em questão, fora a casa de um parente de Anselmo em busca de uma pistola Colt 45 e munição.

34. Relata que Anselmo foi levado ao apartamento, cito a Rua das Laranjeiras, foi visitado por outro militante, que levou-lhe alimentos e, logo após, foi detido.

35. Anselmo passaria dois anos preso e, ao sair da prisão, reintegraria-se rapidamente aos grupos de resistência, aproximando-se de Leonel Brizola e partindo para o treinamento em Cuba.

36. Assim, no já confuso histórico da atuação política do requerente nos anos 1960, soma-se o fato de ter voluntariamente decidido deixar o asilo na Embaixada do México, restando a dúvida sobre a possibilidade de ter sua “queda” sido planejada para que pudesse continuar a atuar no Brasil.

37. No mesmo lote de documentos, há outro documento classificado como “secreto” que reforça a dúvida sobre o contexto da primeira prisão e posterior fuga do requerente. Em 25 de maio de 1966, a Senhora Siglia Piedade Pinto Monteiro compareceu ao Ministério da Aeronáutica e prestou depoimento.

38. Informou que, em 09 de março de 1966, fora chamada pelo Marechal Lott, de quem fora secretária de confiança, para que comparecesse a uma reunião. No encontro, recebeu instruções do Marechal para secretariar o Coronel Duffles em um conjunto de encontro militares, *“devendo ser 'os olhos e ouvidos do Marechal' quando ele não estivesse presente”*, e tendo sido presenteadada com uma pistola com seu nome gravado.

39. Passando a acompanhar as reuniões, tidas em Petrópolis/RJ, informou que *“estaria para 'estourar algo' por aqueles dias a iniciar-se por São Paulo”* destacando dois fatos importantes daquela 'semana: as insuflações políticas de Adhemar de Barros e que *“na semana anterior*

fora dada fuga ao Cabo Anselmo." Neste contexto, onde já pairavam dúvidas sobre a prisão do requerente, a escolha dos termos "fora dada fuga" adiciona mais um elemento de dúvida.

40. Finalmente, a declarante informa que *"o Marechal Lott não queria ligação com os "vermelhos" [... e] que o grupo sabe onde está o Cabo Anselmo"*. Novamente, a informação de que oficiais de alta patente do Exército conheciam o paradeiro do requerente, a quem se havia "dado fuga", mesmo sem ofertar informação conclusiva, permite ampliar a dúvida que já estava suscitada sobre a questão.

41. Dentre tantas informações que estabelecem as suspeitas de que o requerente fosse um infiltrado desde antes de 30 de maio de 1971, está ainda o documento juntado às fls 496-499, enviado à Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos pelo jornalista Mário Magalhães, com depoimento concedido a ele por Cecil Borer, que por 30 anos integrou a Polícia política do Rio de Janeiro. *"Ele afirma que já em 1964, Anselmo trabalhava para a Marinha, ele trabalhava para mim, ele trabalhava para americano."* Cecil Borer diz que Anselmo foi recrutado pelo Cenimar (Centro de Informações da Marinha), *"tinha outro nome, tinha um código"*.

42. Há, nos autos, documentação que comprova exaustivamente que José Anselmo dos Santos foi causa e instrumento do impropriamente chamado "Massacre da Chácara São Bento".

43. A partir de suas próprias declarações em entrevista à Revista Isto É de 28 de março de 1984; e do "Relatório de Paquera" – que relata sua viagem ao Chile, já como infiltrado, é possível afirmar que sem a sua trama e premeditação o massacre não teria ocorrido.

44. Valendo-se da amizade e confiança com relação a Onofre Pinto, recebeu deste dinheiro e autorização para reunir, em Recife, militante da VPR (Vanguarda Popular Revolucionária), atraídos mediante fraude, para atividades de resistência armada.

45. À Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos foi encaminhado relatório que mostra que Soledad Barret Viedma conviveu maritalmente com José Anselmo dos Santos a *"partir de um plano premeditado por este"* (fls. 340). No "Relatório de Paquera" o requerente relata aos seus chefes da repressão que fez esforço para ter o contato com Soledad visando levá-la para Recife: *"Como estou muito intimamente ligado à Lurdes [Soledad] pedi a Onofre que me desse contato com outras gentes instaladas em São Paulo. (...) Depois eu iria também usar Soledad, porque ela tinha um histórico sobre o qual não pairariam dúvidas"* (Isto É, 28/03/84).

46. Ou seja, usou-a para fachada, aproveitando-se de uma relação afetiva para encobrir seu papel de agente infiltrado. Relata também como concertou com o delegado Fleury: *"Nós sentamos e acertamos tudo: o esquema de que vinha gente contatar com as pessoas que já*

estavam no Nordeste". O requerente sabia que o objetivo era de eliminação física dos militantes da VPR. No "Relatório de Paquera" ele apela ao seu chefe: "Estou muito ligado afetivamente a ela. Caso seja possível desejo que sua solução final fosse expulsão do Brasil, ou pelo menos que não fosse extrema..."

47. A análise dos laudos sobre Soledad, Pauline, José Manoel, Evaldo, Eudaldo, Jarbas mostram que foram submetidos à torturas indescritíveis antes de serem executados.

48. Portanto a atuação como agente infiltrado concorreu diretamente para a tortura. Na entrevista à Isto É ele admite que sua atuação tenha redundado no sequestro, execução e desaparecimento de Paulo de Tarso Celestino e Helen Guariba. Ele também admite que concorreu para a morte de 100 a 200 pessoas.

49. Desse modo, não há como não admitir que, ainda que não tenha sido agente infiltrado desde antes de maio de 1971, sua atuação, agravada pela frieza, cálculo, premeditação, predomina sobre qualquer coisa que tenha feito antes. O requerimento de anistia é personalíssimo e cada caso é analisado na sua singularidade. O requerente passa para a história como provocador da morte e desaparecimento de 100 a 200 pessoas, tal como se gabou, e não como um perseguido político do regime.

50. No intuito de fornecer ainda mais subsídios sobre a atuação persecutória do requerente e sua cumplicidade com o regime ditatorial, vale destacar o registrado no livro-relatório "Direito à Memória e à Verdade", produto dos trabalhos da Comissão Especial criada pela Lei 9.140/2005, a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), lançado em 2007 pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, que faz referência a diversas pessoas que foram presas e assassinadas, ou desaparecidas, graças à atuação do Requerente como agente policial infiltrado.

51. Nas páginas 137 e segs. do livro faz-se referência às prisões e mortes de Edson Neves Quaresma e Yoshitane Fujimori:

No dia 05/12/1970, Edson Neves Quaresma e Yoshitane Fujimori, militantes da VPR, trafegavam de carro pela Praça Santa Rita de Cássia, na capital paulista, quando foram interceptados por uma patrulha do DOI-CODI/SP. Os fatos foram relatados à CEMDP por Ivan Akselrud de Seixas, que por sua vez colheu depoimento, na época, de um motorista de táxi que presenciara o ocorrido. O taxista descreveu, detalhadamente, que Fujimori caiu no meio da praça e Quaresma numa rua de acesso, sendo carregado por dois policiais e agredido na Praça até a morte. Fujimori chegou com vida ao DOI-

CODI/SP, fato declarado a Ivan pelos policiais Dirceu Gravina e “Oberdan” durante seu interrogatório naquela unidade de repressão política, em 1971.

Nascido em Itaú, que naquela época pertencia ao município de Apodi (RN), Quaresma era afro-descendente e estudou até a quinta série do curso primário em Natal. Em 1958, ingressou na Escola de Aprendizes de Marinheiros, em Recife (PE), da qual saiu como grumete em 1959. Logo em seguida, foi deslocado para o Rio de Janeiro, tendo servido no cruzador Tamandaré. Foi tesoureiro da Associação dos Marinheiros e Fuzileiros Navais do Brasil. Após a deposição de João Goulart, ficou preso na Ilha das Cobras, no Rio de Janeiro, durante um ano e dois meses. Em 31/12/1964 foi expulso da Armada. A partir de 1965, passou a atuar na clandestinidade, vinculado ao MNR, viajou para Cuba e lá recebeu treinamento de guerrilha. Teria regressado ao Brasil em julho de 1970, já integrado à VPR. Quaresma mantinha estreita ligação com o agente infiltrado cabo Anselmo. Depoimento prestado pelo cabo ao DOPS, localizado nos arquivos secretos desse departamento policial, explica que Quaresma tinha retornado de Cuba ao Brasil com a missão de preparar a chegada do próprio Anselmo. No voto da relatora do processo junto à CEMDP existem referências à possibilidade de que a eliminação sumária desses dois militantes, de elevada importância na estrutura da VPR, tenha nexos com a necessidade de manter sob sigilo a atuação infiltrada do cabo Anselmo.

52. Como é de conhecimento geral, o livro-relatório narra a versão de fatos devidamente reconhecida pelo Estado brasileiro após processo investigatório amplo em comissão mista.

53. Nas páginas 170 e seguintes do mesmo livro-relatório, consta a referência a José Raimundo da Costa:

O ex-sargento da Marinha José Raimundo da Costa era casado com Gisélia Moraes da Costa e tinha dois filhos. Importante dirigente da VPR em 1970 e 1971, conhecido como “Moisés”, participou, segundo informações dos órgãos de segurança, de várias ações armadas, inclusive do seqüestro do Cônsul japonês em São Paulo. Foi morto no Rio de Janeiro, em 05/08/1971, após ter sido preso pelo DOI-CODI/RJ.

Apesar de os organismos de segurança terem conhecimento pleno sobre sua verdadeira identidade, José Raimundo foi enterrado sob identidade falsa no Cemitério de Ricardo Albuquerque. No livro de saída de indigentes do IML, ao lado de seu nome, está manuscrita a palavra “subversivo”. Em 01/10/1979, seus restos mortais foram transferidos para um osuário geral e, entre 1980 e 1981, foram levados para uma vala clandestina.

A versão oficial dos órgãos de segurança sobre a morte de José Raimundo é de que ele reagiu à prisão e foi morto por elementos da Inteligência do Exército, no dia 05/08/1971, em uma travessa próxima à rua Otacílio Nunes, no bairro carioca de Pilares.

Em documento localizado no DOPS/RJ, de 05/08/71, o comissário Jayme Nascimento registra que “às 7h - pelo telefone, o coronel Sotero, Oficial de Permanência do C.I.E, comunicou que, em uma travessa próxima à rua Octacilio Nunes, em Pilares, havia sido morto um elemento subversivo de nome José Raimundo da Costa, quando reagiu à prisão numa diligência efetuada por elementos pertencentes ao Serviço de Segurança do Ministério do Exército”.

Entretanto, na mesma data, seu corpo deu entrada no IML/RJ, com o nome de Odwaldo Clóvis da Silva. Ou seja, apesar de já identificado como José Raimundo, sua necropsia foi lavrada com falsa identidade pelos legistas Hygino de Carvalho Hércules e Ivan Nogueira Bastos, que confirmaram a versão oficial de morte em tiroteio. Em laudo do Instituto Carlos Éboli, os peritos registram: “os pulsos da vítima apresentavam hematomas em toda a sua extensão”. Na foto de seu corpo, a olho nu, se pode perceber a marca evidente das algemas que prendiam os pulsos de José Raimundo.

José Raimundo foi uma das vítimas do agente infiltrado José Anselmo dos Santos, o cabo Anselmo. Esse fato foi comprovado por documento localizado no arquivo do DOPS/SP, onde Anselmo menciona seus encontros com José Raimundo e registra as possibilidades de contatos com ele. Inês Etienne Romeu, no relatório que escreveu sobre o período em que esteve seqüestrada no sítio clandestino de Petrópolis (RJ), afirma que, em 04/08/1971, ouviu o carcereiro “Laurindo” informar aos agentes policiais “Bruno” e “César” que José Raimundo havia sido preso numa barreira. Posteriormente, outro carcereiro, “Dr. Pepe”, lhe disse que José Raimundo foi morto 24 horas após sua prisão, numa encenação montada em uma rua do Rio de Janeiro.

[...] considerando-se como provas o depoimento de Inês Etienne Romeu, as evidentes marcas de algemas nos pulsos, as contradições entre os documentos do Instituto Carlos Éboli/RJ e do DOPS, o laudo com nome falso e o enterro como indigente e, acima de tudo, o controle a que estava submetido José Raimundo nos contatos com o agente infiltrado José Anselmo e a necessidade extrema de eliminá-lo para poder dirigir a VPR, fica evidenciado que a versão oficial de tiroteio divulgada pelos órgãos de repressão serviu para encobrir o assassinato sob torturas de José Raimundo da Costa.

Lançado em 2006 e várias vezes premiado, o filme *O ano em que meus pais saíram de férias*, de Cao Hamburger, evoca lembranças do diretor em sua infância, quando seus pais, Amélia e Ernest Hamburger, professores de Física na USP, foram presos em São Paulo como integrantes de um grupo de arquitetos, artistas e intelectuais (entre eles Lina Bo Bardi, Augusto Boal, Flávio Império, Sérgio Ferro e outros) que seriam presos ou perseguidos por ajudarem militantes da VPR e da ALN. A principal acusação contra os pais do cineasta foi, exatamente, ter abrigado em sua residência José Raimundo da Costa e sua esposa, em 1970.

54. A partir dos fatos narrados acima e para que se compreenda e se fundamente melhor a decisão apresentada neste voto é preciso esclarecer o marco da anistia constitucional que cabe a esta Comissão concretizar, o que passo a fazer nos parágrafos seguintes.

55. É importante ressaltar que o requerimento ora em apreciação precisa ser compreendido sob a perspectiva da ordem normativa instaurada pela Constituição da República de 05 de outubro de 1988. Como todo documento constitucional produzido pela atuação do poder constituinte originário, da Constituição de 1988 adveio uma nova ordem jurídica. Os conceitos, categorias, princípios e normas advindos com a Carta de 1967, a Emenda Constitucional nº 1/1969, os atos institucionais e complementares, e as Emendas às Cartas anteriores a nova Constituição deixaram de compor o quadro das regras jurídicas válidas, considerando-se a transformação advinda com o novo ordenamento.

56. Evidentemente, haverá sempre a possibilidade de recepção de alguns dispositivos infraconstitucionais, mas é fundamental assinalar que essa recepção só poderá ocorrer se as normas pretéritas – ou seja, aquelas anteriores a 05 de outubro de 1988 – forem compatíveis com a nova constituição. A Constituição em vigor no Brasil é dotada de rigidez e supremacia, assim como todos os documentos constitucionais republicanos da história brasileira.

57. A Constituição se coloca em dupla condição: (1) norma de tipo superior, cuja modificação, quando autorizada, ocorre em circunstâncias diversas daquelas previstas para a legislação ordinária; (2) parâmetro para validade e interpretação de todo o ordenamento, pretérito e futuro. Exatamente em razão dessa estrutura – e dessa particular organização temporal da hierarquia das normas –, não é possível considerar a existência de uma continuidade absoluta entre a Lei nº 6.683/79, a Emenda Constitucional nº 26/85 e o art. 8º do ADCT.

58. Ainda que seja evidente um vínculo histórico entre essas datas (1979, 1985, 1988), juridicamente há uma descontinuidade. Se a lei de anistia e a emenda constitucional 26/85 se inserem num contexto de transição política caracterizado por uma recomposição da ditadura civil-militar, a promulgação da Constituição de 1988 significou uma nova ordem jurídica e a superação do arcabouço jurídico autoritário que se iniciou com o Ato Institucional de 09 de abril de 1964 (posteriormente designado AI-1).

59. Para além desse uso dos conceitos e categorias da Teoria da Constituição à experiência brasileira – o que já seria suficiente para caracterizar a anistia prevista no art. 8º do ADCT –, um exemplo, retirado de um dispositivo da Carta de 1988, revela a postura explícita do Constituinte de 1987/1988 de reação aos atos de arbítrio e autoritarismo que marcaram o Brasil entre 1964 e 1985. Nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição em vigor, a tortura é considerada

crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. A leitura desse preceito é esclarecedora: ela revela, em primeiro lugar, o compromisso da nova sociedade democrática brasileira contra a tortura, num claro reconhecimento, e conseqüente repúdio, de sua prática reiterada no passado recente, e demonstra, num segundo momento, a ressignificação do termo “anistia”. Se ela poderia denotar a ideia de “esquecimento” no marco legal de 1979, esse sentido não mais seria passível de conservação num período plenamente democrático.

60. Conclui-se inicialmente, portanto, que a atuação dos órgãos de Estado, como o é esta Comissão de Anistia, devem observância única e exclusivamente ao quadro normativo instaurado com a promulgação da Constituição de 05 de outubro de 1988. A Comissão de Anistia, como órgão criado sob a égide da Constituição de 1988, compreende e aplica o conceito “anistia” a partir do significado a ela dado pela Constituição de 1988, que estabeleceu um Estado Democrático de Direito e firmou, de modo claro e irrevogável, o compromisso do Estado brasileiro com os direitos humanos e a cidadania.

61. O que se passa a explorar nos próximos parágrafos é, justamente, como a alteração do conceito de anistia pela Constituição influi diretamente na decisão que ora deve tomar este colegiado. Como afirmam alguns acadêmicos, a anistia imposta de 1979 tinha um significado marcadamente de “impunidade e esquecimento”, mas guardava a potência de ser a “anistia como liberdade” pela qual lutaram os movimentos sociais dos anos 1970 ao conclamarem uma anistia “ampla, geral e irrestrita”.

62. Em 1988, com a democratização e nova Constituição, resgata-se o conceito de “anistia como liberdade”, somando-se a ele a idéia de “anistia como reparação”. Desta feita, se até 1988 a anistia podia ser lida como “impunidade e esquecimento”, após 1988 não é cabível sua aplicação sob outra forma que não a da “anistia enquanto liberdade e reparação”.

63. O art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República de 1988 estatui de modo lapidar que “é concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares”.

64. Percebe-se que, diante do texto constitucional, não há outra interpretação possível senão a de que a anistia é instituto voltado única e exclusivamente àqueles que foram perseguidos politicamente pelo Estado brasileiro, atingidos por atos de exceção, e não àqueles que, na qualidade de agentes públicos ou em conluio com estes, promoveram essa perseguição.

65. É inadmissível para o entendimento desta Comissão que o conceito de anistia presente na Constituição de 1988 esteja limitado ou fundamentado em alguma legislação anterior,

especialmente se ela for uma Emenda pertence à Carta imposta arbitrariamente em 1967, Carta já revogada que foi verdadeiro malabarismo jurídico encetado para justificar o injustificável e legitimar a violação sistemática de Direitos Humanos como política de Estado.

66. A Assembléia Nacional Constituinte que produziu a Constituição de 1988 foi soberana por definição, sendo o marco originário do Estado Democrático de Direito que hoje o país respira, portanto, não se pode constranger o resultado do seu trabalho a nenhuma amarra da ordem ditatorial anterior, nem mesmo à Emenda 26/85, que convocou o Poder Originário a atuar. É concepção esdrúxula a idéia de que tal Emenda possa limitar materialmente a Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88. Ou o Poder Originário é soberano ou então ele não é originário.

67. A Constituição de 1988 rompe com a idéia da auto-anistia, demarcando a anistia não para os perseguidores e autores de crimes de lesa-humanidade, mas sim para os que foram vítimas de perseguição política promovida pelo Estado. Ao assim proceder, a Constituição brasileira reconhece que o Estado brasileiro promoveu graves danos justamente àqueles que deveria proteger: os seus cidadãos. O princípio do *neminem laedere* é um verdadeiro alicerce do patrimônio jurídico da humanidade, impondo-se a todos os membros da sociedade. Ao Estado, contudo, tal princípio impõem-se ainda de modo mais agudo, já que a ele cabe a irrenunciável tarefa de zelar pelo interesse, pela integridade e pela felicidade dos seus nacionais e dos que se encontrem em seus domínios.

68. Natural, portanto, que a Constituição democrática e cidadã tenha cunhado o sentido do termo “anistia como reparação”. Em grande parte dos casos ocorridos em outros países e até mesmo no Brasil antes de 1988, a anistia costuma-se atrelar-se à idéia de “esquecimento”. Não é o que ocorre com a anistia demarcada em 1988 e regulamentada e aprofundada com a Lei 10.559/2002. Para a concessão desta anistia é indispensável ter sido o anistiando vítima de perseguição política ou ato de exceção promovida pelo Estado arbitrário.

69. Tal comprovação é construída mediante instrução de requerimentos de anistia para os quais concorrem tanto esforços dos requerentes como do próprio Estado mediante diligências, oitiva de testemunhas e outros procedimentos. A anistia constitucional de 1988 promove, portanto, a reparação daqueles perseguidos politicamente, resgatando suas narrativas. Narrativas construídas a partir do olhar dos que foram perseguidos, das vítimas. Vincula-se à reparação e não mais à injustiça.

70. Este olhar é o que tece o fio da história pelo pertencimento da memória. Somente a memória da violência sofrida aliada ao seu reconhecimento e apresentação na cena pública é capaz de reconstituir os laços cívicos quebrados pela ordem repressora e ilegítima. A Comissão de Anistia,

em nome do Estado, pede desculpas aos que foram perseguidos. Reconhece publicamente o seu sofrimento e recompõe moralmente a dignidade cívica de quem foi atingido por quem deveria lhe proteger, conferindo ainda a mais do que justa reparação econômica cabível. A partir da Constituição de 1988, portanto, é inequívoco que a anistia vincula-se à memória, não mais ao esquecimento.

71. Partindo dos marcos constitucionais da anistia, e não dos marcos pré-constitucionais da anistia de 1979, imposta pelo regime de força, seria um verdadeiro contra-senso que o Estado brasileiro pedisse desculpas ou buscasse reparar justamente quem promoveu perseguições e bárbaras violações aos direitos humanos. Tal situação seria de tal modo esdrúxula que não guardaria precedente no marco histórico de nenhuma das nações democráticas que adotam o Estado de Direito como forma de governo. Nenhuma nação democrática pós-conflito desculpasse com os violadores de Direitos Humanos. Seria absurdo e incompatível com os princípios constitucionais premiar quem deu causa à barbárie cujos mecanismos de justiça de transição visam sanear, reparar e estabelecer mecanismos de não repetição.

72. Qual o sentido da anistia se a Comissão de Anistia formalizasse um pedido de desculpas a alguém que tenha contribuído de maneira tão assertiva e com tantas consequências para a tortura, o assassinato, o encarceramento, a perda de direitos políticos, civis e sociais de dezenas de brasileiros, brasileiras e até pessoas de outras nacionalidades, corroborando a prática de crimes contra a humanidade promovidos pelo Estado ditatorial, endossando as políticas sistemáticas de violação de direitos fundamentais?

73. A Comissão de Anistia é legalmente impedida de anistiar autores ou cúmplices dos crimes contra a humanidade cometidos pelos agentes públicos da ordem de exceção, vez que tal ato violaria a letra expressa e o objetivo claríssimo que foi inserido em nossa Constituição de 1988, independentemente de tais agentes terem se beneficiado de uma anistia penal anterior – a nosso ver ilegal e ilegítima – mas juridicamente avalizada por nossa Corte Constitucional.

74. No presente requerimento há não apenas indícios muito fortes e sólidos de que o requerente tenha sido de fato um cúmplice atuante dos crimes da ditadura civil-militar brasileira, como também confissões e depoimentos que corroboram esta tese, cabendo às instâncias judiciais competentes comprovar a veracidade de tais indícios, construindo a ainda necessária verdade judicial sobre fatos tão graves e avaliando o enquadramento ou não de tais casos na categoria de “graves violações contra os direitos humanos” que, segundo o julgado de 2010 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (caso Julia Gomes Lund e outros vc. Brasil), devem ser apurados independentemente da validade da anistia de 1979 a delitos de outras naturezas.

75. Contudo, para esta Comissão, os documentos trazidos aos autos até o presente momento são mais do que suficientes para configurar o indeferimento do presente requerimento.

76. Destaca-se, não obstante, que ao conhecer as condutas do Requerente, bem como sua responsabilidade sobre graves violações de direitos humanos, ainda que indefira seus pedidos, a Comissão possibilita um espaço privilegiado para o exercício do direito à verdade, incorporado finalmente ao ordenamento jurídico brasileiro com a sanção da Lei nº 12.528/2011, que cria a Comissão Nacional da Verdade.

77. Trata-se de direito que se molda em experiências de justiça transicional vivenciadas por diversos países em todos os continentes, sob forte influência do Direito Internacional. Em sua dimensão coletiva, o direito à verdade consiste no direito da sociedade de saber e na conseqüente obrigação do Estado de apresentar a toda sociedade informações acerca do ocorrido. É o direito reconhecido expressamente pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos em 2006, em seu "*Estudo sobre o direito à verdade*", em sintonia com diversos tratados e decisões judiciais de tribunais internacionais, de se conhecer a "*íntegra e completa verdade*", entre outros: as causas e condições para as graves violações e as circunstâncias em que estas ocorreram.

78. Ao contrapor-se ao muro de negações e mentiras imposto por regime ditatorial, a Comissão de Anistia – assim como a Comissão sobre Mortos e Desaparecidos e a recém-inaugurada Comissão Nacional da Verdade – conferem status público a versões constantemente negadas por autoridades estatais. No presente caso, ainda que não se pretenda descrever "a" verdade sobre o papel do Requerente durante os anos de repressão, apresenta-se a oportunidade para que se analise um importante capítulo da perseguição política no país e a preponderâncias das condutas do Requerente ao passar dos anos do regime militar.

79. Ainda mais importante e digno de nota: tal procedimento dá-se com amplo espaço ao contraditório, em sessão pública, e com todas as garantias legais asseguradas à parte interessada, garantindo-se a melhor tradição do Estado de Direito.

80. Não se nega que os autos também trazem indícios de que o requerente possa ter sido alvo de perseguição política nos primeiros anos da ditadura civil-militar instalada no Brasil, embora tal fato seja bastante controverso, ao contrário das evidências explícitas de seu papel na repressão, vez que também registram-se nos autos fortes indícios de que o requerente já era, à época da deflagração do golpe de 1964, um agente infiltrado nas organizações de esquerda. De todo modo, ainda que o requerente tenha sido de fato perseguido no início da ditadura, coisa que, repita-se, não resta absolutamente comprovada, entendo que tal circunstância não afasta os

robustos elementos reunidos nos autos indicando a necessidade de indeferimento do pedido, pelas razões que passo a expor.

81. Em primeiro lugar, a simples dúvida de que o requerente tenha sido um infiltrado desde sempre impede peremptoriamente de que seja concedida anistia e reparação. A reparação em seu viés econômico implica em despesa pública e não pode um órgão de Estado conferir e autorizar despesas sem completa e inquestionável condição probatória a corroborar os atos formais para reconhecimento de suas dívidas.

82. Em segundo lugar, mesmo considerando que tenha sido de fato perseguido, não é possível abstrair a vida do requerente em dois momentos estanques, incomunicáveis e contrapostos, de um lado sua atuação como opositor ao regime de exceção, de outro sua atuação como apoiador e agente do regime opressor. Os indícios que levam a ambas as circunstâncias referem-se ao mesmo período indicado tanto pelo art. 8º do ADCT da Constituição como pela Lei 10.559/2002, ou seja, 18 de setembro de 1946 a 05 de outubro de 1988. Nos requerimentos que são apreciados pela Comissão de Anistia sempre leva-se em conta a concatenação dos fatos relatados, indicados e/ou comprovados para ensejar as decisões tomadas. Assim, por exemplo, um monitoramento ocorrido em 1970 é considerado como o marco inicial de perseguição política a um estudante que só acabe sendo preso em 1977, pois entende-se que este monitoramento de 1970, mesmo que naquele momento não tenha redundado em alguma punição, contribuiu para a prisão ocorrida sete anos depois.

83. Portanto, o que tem que ser analisado por esta Comissão é a totalidade dos fatos que envolvem o requerente dentro do lapso de tempo previsto na legislação, levando-se em conta todo e qualquer fato, relatado, indicado e/ou comprovado que guarde relação com a alegada perseguição política. Ao meu ver, é possível agrupar esses fatos, no caso do requerente, e a partir dos autos, em dois grandes grupos: os fatos relacionados à suposta perseguição política que sofreu e os fatos relacionados à perseguição que passou a estimular, a apoiar e a protagonizar. Vê-se que, pela ordem cronológica desses dois conjuntos de fatos, de perseguido o requerente passou a perseguidor. Isto é, o segundo conjunto de fatos veio a ocorrer depois do primeiro.

84. Tal circunstância invoca princípio lapidar do Direito Privado que se amolda perfeitamente à espécie: o do *venirem contra factum proprium non potest*. Tal princípio refere-se ao exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anterior (o *factum proprium*). Há aqui dois comportamentos que são, em tese, lícitos em si e diferidos no tempo, só que o primeiro é contrariado pelo segundo de modo inadmissível à luz da boa-fé e da confiança gerada na outra parte pela primeira conduta.

85. Esta figura é normalmente utilizada nos domínios do Direito das Obrigações e, embora tenha aplicabilidade mais copiosa em relações jurídicas estabelecidas entre particulares determináveis, encontra-se atrelada ao princípio da boa-fé objetiva, um princípio que tem em tela a preservação de relações sociais objetivas e gerais, zelando pelo reto e honesto tráfico jurídico e protegendo a confiança por ele despertada em toda a sociedade. Tal princípio também possui larga aplicação na esfera da Administração Pública, protegendo a confiança dos cidadãos gerada pelos atos do governo.

86. Com o intuito de utilizar a figura do *venirem contra factum proprium non potest* para o presente caso é preciso, porém, ressaltar que não estamos a tratar de dois atos lícitos, mas sim de um primeiro ato lícito e de um segundo ilícito.

87. Veja-se que o critério de licitude que aqui se adota (e não poderia ser diferente) é o da ordem democrática, presente tanto na ordem constitucional de 1946, rompida em 01 de Abril de 1964, como na ordem constitucional de 1988. À luz de ambas as ordens jurídicas, do mesmo modo que a tortura não pode ser considerada crime político, quem resiste contra a usurpação ilegítima do poder e à tirania que se segue a partir daí não comete ato ilícito, nem mesmo um crime político, pois tal crime, na sua correta acepção, só pode ser cometido contra um Estado democrático, como bem registra Heleno Fragoso em seu livro “Terrorismo e Criminalidade Política”. Quem assim procede está a exercer seu legítimo direito de resistência, já demarcado nas mais diversas tradições jurídicas da humanidade e reconhecido em nossa Constituição no art. 5, XLIV. Por outro lado, aquele que usurpa o poder democrático e legítimo, impondo tiranias e promovendo a prática de crimes contra a humanidade em nenhuma hipótese democrática poderá ter o seu ato classificado como lícito e muito menos ver seus atos considerados crimes políticos pois que não se dirigem contrariamente a uma ordem política vigente, ao contrário, destinam-se a manter a usurpação ilegítima do poder.

88. Ora, se um ato próprio lícito que se contrapõe frontalmente a outro ato próprio lícito praticado anteriormente tem o condão de demarcar a ilicitude de todo o conjunto, o que dirá da contraposição frontal promovida por um ato próprio ilícito posterior? É um típico caso de aplicação do argumento *a maiori, ad minus*, ou seja, se a contraposição frontal de um ato lícito posterior com um anterior é considerada ilícita, com muito mais razão será ilícita a contraposição frontal do ato posterior ao anterior quando aquele for também ilícito.

89. É por demais evidente que os dois conjuntos de fatos destacados com relação ao requerente apontam para uma contraposição frontal de atos que lhe são próprios, que são atribuídos à sua vontade e arbítrio. Repita-se: de eventual perseguido passa a ser perseguidor. De prejudicado, passa a ser um beneficiário do regime. Resta claríssimo que, se num primeiro

momento eventualmente fora perseguido, reverteu tal situação passando a colaborar com o regime, fazendo desaparecer a suposta lesão que, teoricamente, poderia ser objeto de reparação. Relembrando as palavras do requerente, ele *tomou em suas mãos o seu destino “por livre e espontânea vontade”*.

90. Diante do exposto, conclui-se forçosamente que a licitude dos supostos primeiros atos de resistência ou da posição jurídica de credor de uma reparação do Estado, que justificaria a incidência da anistia constitucional de 1988, resta irremediavelmente contaminada pelos atos posteriores e predominantes de perseguição promovidos e estimulados. A confiança despertada pelos seus legítimos supostos atos de resistência foi traída pela sua posterior adesão ao regime usurpador e repressivo, bem como às suas práticas criminosas.

91. Esta Comissão reconhece a declaração de anistiado político e o conseqüente pedido de desculpas em nome do Estado brasileiro para quem foi perseguido, vilipendiado, pela ação ou omissão do Estado. O requerente atuou ou contribuiu de forma sistemática para a prática de tortura, execução de pessoas, desaparecimentos forçados, auxiliando agentes públicos na perpetração de inúmeros atos ilícitos que sequer a “legalidade” do regime de exceção comportava, e por essa atuação há inclusive indícios de que tenha recebido pagamentos tornando-se, portanto, parte explícito do regime repressor.

92. Não cabe ao Estado em nenhuma hipótese, nos termos do artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e da Lei 10.559, reconhecer anistia, indenizar por meio desta Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, a pessoa que participou ou concorreu em atos de repressão ilícita, tortura, execução e desaparecimento forçado de pessoas para a defesa do regime de exceção. Tal ato foge ao disposto constitucionalmente sobre a matéria “anistia política”.

93. Sem a declaração de anistia não cabe decidir sobre eventuais reparações e contagem de tempo, acessórias ao pedido principal.

94. Diante do exposto, opino pelo indeferimento do requerimento formulado por JOSÉ ANSELMO DOS SANTOS.

95. É o parecer.

Brasília, 22 de maio de 2012.



NILMÁRIO MIRANDA

Conselheiro Relator

Aprovado por unanimidade na Seção de 22 de maio de 2012 da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça.

Acompanharam o voto os Conselheiros: Paulo Abrão Pires Junior (Presidente), Sueli Aparecida Bellato (Vice-Presidente), Egmar José de Oliveira (Vice-Presidente), Ana Maria de Oliveira, Juvelino José Strozake, Roberta Camineiro Baggio, José Carlos Moreira da Silva Filho, Henrique de Almeida Cardoso (representante do Ministério da Defesa), Eneá de Stutz e Almeida, Cristiano Paixão e Carolina de Campos Melo.



REQUERIMENTOS FORMULADOS À COMISSÃO DE ANISTIA
FONTE: ACERVO DA COMISSÃO DE ANISTIA



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORA GERAL DA REPÚBLICA
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO
(MATÉRIA CRIMINAL E CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL)

COORDENAÇÃO CRIMINAL

Documento nº 2/2011

3 de outubro de 2011.

I Workshop Internacional sobre Justiça de Transição: os efeitos domésticos da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil e as atribuições do Ministério Público Federal.

O *I Workshop Internacional sobre Justiça de Transição* foi realizado em Brasília, nos dias 12 e 13 de setembro de 2011, e organizado conjuntamente pelo Ministério da Justiça (Comissão de Anistia), pelo Centro Internacional para a Justiça de Transição (ICTJ), pela Procuradoria Federal dos Direitos dos Cidadãos e pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Matéria Criminal e Controle Externo da Atividade Policial).

Este documento consolida os argumentos e diretrizes aprovados pelos participantes e homologados pela 2ª Câmara.

I - INTRODUÇÃO

01. A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso Gomes Lund versus Brasil*, de 24 de novembro de 2010, estabeleceu obrigações para o Brasil que estão relacionadas com as atribuições constitucionais do Ministério Público Federal em matéria criminal.

02. Para exame desta sentença, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que tem a atribuição de coordenar e revisar a atuação institucional em matéria criminal, promoveu reunião de trabalho¹ no dia 28 de fevereiro de 2011, cujas conclusões estão registradas no Documento nº 1, de 21 de março de 2011, homologado pela 2ª Câmara, em decisão unânime.

03. A seguir, o Ministério da Justiça (Secretaria Nacional de Justiça) e o ICTJ - Centro Internacional para Justiça de Transição propuseram à 2ª Câmara e à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão a realização conjunta do *I Workshop Internacional sobre Justiça de Transição*², nos dias 12 e 13 de setembro de 2011, em Brasília (DF), com o objetivo de aprofundar o exame de questões cíveis e criminais relativas ao cumprimento da decisão da Corte Interamericana pelo Brasil e de analisar experiências bem sucedidas de justiça de transição na África do Sul, no Chile e na Argentina, com a participação de especialistas que efetivamente atuaram em seus países de origem.

04. Este Documento nº 2 sintetiza os debates e as conclusões sobre a matéria criminal a que chegaram os participantes do *I Workshop Internacional sobre Justiça de Transição* e terá, como primeiro destinatário, o Procurador-Geral da República.³

05. Os Documentos nºs 1 e 2 servirão de subsídio para a atuação do Ministério Público Federal em relação à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1 À reunião de trabalho sobre a matéria criminal, coordenada pela 23ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, compareceram os membros: Subprocuradora-Geral da República Raquel Elias Ferreira Dodge (Coordenadora), Procuradora Regional da República Mônica Nicida Garcia (PRR/33ª Região); a Vice Procuradora-Geral da República Déborah Duprat; os Procuradores Regionais da República André de Carvalho Ramos (PRR/3ª Região), Luiza Cristina Fonseca Frisheisen (PRR/3ª Região), Marlon Alberto Weichert (PRR/33ª Região); os Procuradores da República Carolina Bonfadini de Sá (PR/RO), Eugênia Augusta Gonzaga (PR/SP), Sérgio Gardenghi Suiama (PR/SP), Vladimir Aras (PR/BA); e os Procuradores da República nos Municípios André Casagrande Raupp (PRM/Marabá), Andrey Borges de Mendonça (PRM/Ribeirão Preto), Ivan Cláudio Marx (PRM/Uruguaiana), Rhayssa Castro Sanches Rodrigues (PRM/Foz do Iguaçu), Tiago Modesto Rabelo (PRM/Marabá), Vanessa Seguezzi (PRM/Petrópolis).

2 À seção criminal deste *I Workshop Internacional sobre Justiça de Transição* compareceram: 1) os convidados internacionais: Vusi Pikoli - África do Sul; Pablo Parenti - Argentina; Pamela Pereira Fernandez - do Chile; 2) do Ministério da Justiça: Paulo Abrão (Secretário Nacional de Justiça), Amarilis Tavares, João Guilherme Lima Granja X. da Silva, Marcelo Torelly, Sueli Bellato 3) do ICTJ: Stephanie Morin e Kelen Meregali - Brasil, Marcie Mersky - EUA e Howard Vaney - África do Sul; 4) do Ministério Público Federal: André Casagrande Raupp (PR/PA), André de Carvalho Ramos (PR/SP), Andrey Borges de Mendonça (PR/SP), Anna Paula Coutinho de Barcelos Moreira (PR/DF), Carolina Bonfadini de Sá (PR/TO), Carolina Martins Miranda de Oliveira (PR/DF), Deborah Duprat de Britto Pereira (Subprocuradora-Geral da República - PGR), Douglas Fisher (PRR 43ª Região), Ercias Rodrigues de Sousa (PR/RO), Eugênia Augusta Gonzaga (PR/SP), Eugênio Aragão (Subprocurador-Geral da República - PGR), Gilda Pereira de Carvalho (Subprocuradora-Geral da República - PGR), Goethe Odilon Freitas de Abreu (PR/GO), Inês Virgínia Prado Soares (PR/SP), Júlio Carlos Schwonke de Castro Jr. (PR/RS), Lívia Tinoco (PR/SE), Luiza Cristina Fonseca Frisheisen (PRR 33ª Região), Marcelo da Mota (PR/SC), Márcio Andrade Torres (PR/CE), Maria Iraneide Facchini (PRR 33ª Região), Marlon Alberto Weichert (PRR 33ª Região), Mauricio Pessutto (PR/SC), Mônica Nicida Garcia (PRR 33ª Região), Paulo Gustavo Guedes Fontes (PR/SE), Paulo Roberto de Alencar Araripe Furtado (PRR 13ª Região), Raquel Elias Ferreira Dodge (Subprocuradora-Geral da República - PGR), Sabrina Menegario (PR/GO), Sandra Akemi Shimada Kishi (PR/IS), Sérgio Gardenghi Suiama (PR/SP), Tiago Modesto Rabelo (PR/PA).

3 A comissão designada para redigir a minuta do documento e submetê-lo à 23ª Câmara é integrada pelo Procurador Regional da República André de Carvalho Ramos (Procuradoria Regional da República da 33ª (Região), pelo Procurador da República André Raupp (Procuradoria da República no Município de Marabá).

II - A SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

06. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) condenou o Brasil, no *Caso Gomes Lund*, em obrigações de fazer que se referem à atribuição dos três Poderes da República e também do Ministério Público Federal.

07. A Corte decidiu, em decorrência de violações a direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, nos vários episódios conhecidos como *Guerrilha do Araguaia*, que *"as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e a sanção por graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos e não podem ser obstáculo para a investigação dos fatos referentes ao caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto em outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil"* (parágrafo 171 e ponto resolutivo 3 da sentença).

08. A sentença da Corte afirma a responsabilidade do Brasil pelo desaparecimento forçado de sessenta pessoas porque, até novembro de 2010, o país não havia oferecido à Corte Interamericana uma resposta sobre o destino e atual localização delas.

09. A Corte afirmou que o desaparecimento forçado de pessoas é crime permanente, enquanto não se conhece o paradeiro da vítima, viva ou morta. A Corte também reconheceu a responsabilidade do Brasil pela violação dos deveres de investigação e de persecução criminal dos responsáveis pela execução extrajudicial da sra. Maria Lucia Petit.

10. Segundo a sentença da Corte, cabe ao Brasil investigar e *"determinar os autores materiais e intelectuais do desaparecimento forçado das vítimas e da execução extrajudicial. Ademais, por se tratar de violações graves de direitos humanos, e considerando a natureza dos fatos e o caráter continuado ou permanente do desaparecimento forçado, o Estado não poderá aplicar a Lei da Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, ne bis in idem ou qualquer excludente de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a 179 da Sentença."* (parágrafo 256, em especial alínea b).

11. A Corte também determinou que o Brasil repare a violação do direito das vítimas. A obrigação de indenizar a vítima pelo dano causado pelo crime é, segundo o Código Penal brasileiro (artigo 91-1), um efeito da condenação penal.

12. Na parte relativa às atribuições criminais do Ministério Público Federal, a Corte determinou ao Brasil que conduza eficazmente a *investigação penal* para esclarecer os fatos, para definir as correspondentes responsabilidades penais e para impor efetivamente as sanções penais cabíveis. Esta obrigação criminal deve ser cumprida pelo Brasil em um prazo razoável, e as autoridades brasileiras devem adotar os seguintes critérios⁴ :

- a) levar em conta o padrão de violações de direitos humanos existente na época, a complexidade dos fatos apurados e o contexto em que os fatos ocorreram;
- b) evitar omissões no recolhimento da prova e seguir todas as linhas lógicas de investigação;
- c) identificar os agentes materiais e intelectuais do desaparecimento forçado e da execução extrajudicial de pessoas.
- d) não aplicar a Lei de Anistia aos agentes de crimes;
- e) não aplicar prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade criminal para eximir-se do cumprimento da obrigação determinada pela Corte;
- f) garantir que as autoridades competentes realizem, ex officio, as investigações criminais correspondentes à obrigação determinada pela Corte e responsabilizem os agentes culpados. Para este efeito, devem ter a seu alcance e utilizar todos os recursos logísticos e científicos necessários para recolher e processar as provas; devem ter acesso garantido à documentação e informação necessárias para elucidar os fatos e concluir, com presteza, as investigações e ações criminais que esclareçam o que ocorreu à pessoa morta e às vítimas de desaparecimento forçado;
- g) garantir a segurança das pessoas que participem da investigação, tais como os familiares das vítimas, as testemunhas e os operadores de justiça;
- h) assegurar a não realização de atos que impliquem obstrução ao andamento do processo investigativo.

4 Parágrafo 256 da Sentença da Corte.

13. A sentença acrescenta que o Brasil deve assegurar o pleno acesso dos familiares das vítimas a todas as etapas da investigação e do julgamento dos responsáveis, de acordo com a lei brasileira e as normas da Convenção Americana. Além disso, os resultados dos respectivos processos deverão ser publicamente divulgados, para que a sociedade brasileira conheça os fatos e seus perpetradores.

14. Finalmente, a sentença determina que o Brasil garanta que as ações penais movidas contra quem é ou tenha sido funcionário militar seja processada e julgada na jurisdição ordinária, e não no foro militar.

III- A CONCILIAÇÃO DA DECISÃO DO STF NA ADPF Nº 513 E A SENTENÇA DA CORTE NO CASO *GOMES LUND VERSUS BRASIL*

15. No Documento nº 1, a 2ª Câmara firmou o entendimento, em decisão unânime, de que a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, expressa nos votos da maioria vencedora, e a manifestação do Procurador-Geral da República naquele caso não colidem integralmente com a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

IV - DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS PELA CORTE AO BRASIL QUE SÃO DE ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

16. Estas considerações conduziram à conclusão de ser necessário expressar que o Brasil deverá dar cumprimento à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

17. O Ministério Público Federal deve promover atos e diligências para dar cumprimento à decisão da Corte Interamericana, pois tem o dever constitucional de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, segundo o artigo 127 da

Constituição. Para tanto, deverá dar início à investigação criminal para responsabilizar os agentes das condutas violadoras de direitos humanos em episódios abrangidos pela decisão da Corte, e para identificar as vítimas.

18. Em síntese, o Ministério Público Federal, no exercício de sua atribuição constitucional de promover a persecução penal e de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos aos direitos humanos assegurados na Constituição, inclusive os que constam da Convenção Americana de Direitos Humanos e que decorram de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, está vinculado ao cumprimento da decisão da Corte, enquanto permanecer válido e não for declarado inconstitucional o reconhecimento da jurisdição da Corte.

IV -A ATUAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

19. O *I Workshop Internacional sobre Justiça de Transição* dá continuidade aos estudos feitos na Reunião de Trabalho de 28 de fevereiro de 2011 e registrados no Documento nº 1.

20. A análise dos efeitos penais da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Gomes Lund* e os meios para sua implementação doméstica pelo Ministério Público Federal foram temas do *I Workshop*, inclusive em uma perspectiva de direito comparado.

21. A 23ª Câmara, no exercício da função de coordenar a atuação dos membros do Ministério Público Federal em matéria criminal, e o Ministério da Justiça estimularam o debate, inclusive com palestrantes estrangeiros, que compartilharam a experiência de seus países em situação semelhante. Também promoveram a análise das alternativas para o cumprimento da decisão da Corte Interamericana, sobretudo no intuito de permitir aos Procuradores da República com atribuição natural que tomem decisões informadas.

22. Ao final dos debates, decidiu-se firmar este documento, submetido à homologação da 23ª Câmara, com o sumário das principais questões discutidas e das conclusões dos participantes, visando orientar a atuação do Ministério Público no cumprimento da decisão da Corte e, em especial, permitindo a tomada de decisões institucionais sobre o tema.

23. Reafirmou-se o conteúdo do Documento nº 1, de 21 de março de 2011, já homologado pela 23ª Câmara.

24. Em razão do caráter vinculante da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Gomes Lund*, há necessidade de dar-lhe cumprimento na parte que cabe ao Ministério Público Federal, notadamente em relação aos pontos resolutivos 3 e 9 da sentença, que tratam da obrigatoriedade da persecução penal de graves violações de direitos humanos, a fim de elucidá-las e determinar as correspondentes responsabilidades criminais.

25. Relembrou-se que o prazo para o Brasil apresentar informações à Corte Interamericana se esgotará em dezembro de 2011, conforme ponto resolutivo nº 21 da sentença, indicando a necessidade de análise imediata do tema.

26. Reiterou-se, ademais, o entendimento unânime de que se deve buscar uma solução conciliatória entre as decisões do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153, e da Corte Interamericana no Caso *Gomes Lund*, conforme já analisado nos itens 11 a 20 do Documento nº 1/2011.

27. Registrou-se, a propósito, que o ponto resolutivo 3 da sentença da Corte declarou expressamente que as normas da Lei de Anistia brasileira "*não podem seguir representando um obstáculo*" para a investigação dos fatos relacionados ao crime permanente de desaparecimento forçado nos episódios da Guerrilha do Araguaia, 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.*"

28. Ressaltou-se a existência de aspectos distintos de competência judicial, com consequências diversas à luz do aspecto constitucional ou convencional analisado, porém sem margem para o descumprimento da decisão da Corte.

29. Reafirmou-se, também, que o cumprimento da decisão da Corte Interamericana e a persecução penal dos responsáveis pelas graves violações aos direitos humanos decorrem de uma visão do Direito Penal como instrumento essencial para a proteção de direitos humanos fundamentais, individual ou coletivamente considerados, conforme vem sendo asseverado constantemente pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão nas mais diversas situações.

30. Ademais, reconheceu-se que o não cumprimento da decisão da Corte estimula uma cultura que é justamente a antítese do Estado de Direito, e que possui inegáveis reflexos no presente, especialmente nos repetidos atos de violência cometidos por agentes estatais. Deve-se, assim, desencorajar a cultura de impunidade por intermédio da persecução penal das graves violações aos direitos humanos, como fator de promoção do Estado Democrático de Direito.

31. Essa persecução penal, como definido na Constituição brasileira, é da incumbência do Ministério Público Federal, não apenas por ser o titular exclusivo da ação penal pública, mas em razão de sua conformação constitucional, que lhe impõe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e, também, dos direitos fundamentais (art. 127- *caput* e art. 129-I da Constituição). A Corte Interamericana afirmou, na referida sentença, a importância do Ministério Público Federal e seu papel fundamental no cumprimento da decisão.

32. Ressaltou-se que a análise do tema da persecução penal envolve não somente questões e obstáculos de natureza jurídica, mas também visões políticas que influenciam a interpretação jurídica, merecendo análise detida e consideração. Compreendeu-se que, em decorrência de o Brasil ser signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, de ter-se obrigado a cumpri-la e de ter-se voluntariamente submetido à jurisdição da Corte, segundo determina nossa própria Constituição, não há como negar a importância jurídica, social e política do cumprimento da sentença da Corte Interamericana pelo Brasil. Juízes e tribunais devem ser demandados a decidir sobre a matéria referida na sentença da Corte que estabelece obrigações específicas para o Brasil em relação ao período de legados autoritários. Deve-se evitar a impunidade que ainda exerce efeitos nefastos diretos sobre vítimas, sobre a sociedade e para a democracia brasileira atual. Ademais, é importante analisar o contexto jurídico em que ocorreu a repressão, a realidade de então e, inclusive, a legislação da época para apreender e compreender melhor as obrigações estabelecidas pela Corte para serem cumpridas pelo Brasil.

33. Para a eficácia da investigação e da persecução penal das graves violações de direitos humanos, em cumprimento à decisão da Corte Interamericana, concluiu-se que é necessário estabelecer um plano de atuação criminal, que defina as atividades e o trabalho a ser feito. Este plano de atuação deverá ser coordenado, no âmbito do Ministério Público Federal, pela 23ª Câmara de Coordenação e Revisão, sem olvidar, em momento algum, a inabalável independência funcional dos Procuradores da República com atribuição natural para atuar em cada caso. A importância do estabelecimento de metas coordenadas servirá de auxílio aos Procuradores naturais no cumprimento da decisão da Corte e, ainda, na tomada das decisões em cada caso examinado. Em vista da importância do tema e da unidade institucional do Ministério Público Federal, devem ser evitadas decisões sem o amadurecimento do debate institucional interno. O intuito é o de buscar que as decisões e as respectivas responsabilidades sejam institucionalizadas, dentro da ideia de compartilhar institucionalmente as decisões mais relevantes dos Procuradores da República, segundo o princípio constitucional da unidade, que rege o Ministério Público Federal.

34. A propósito, houve aprofundada análise sobre a natureza jurídica permanente de condutas ilícitas referidas na sentença da Corte, e sobre óbices jurídicos e a escassez de meios enfrentadas

em outros países para promover a responsabilidade criminal em situações semelhantes, bem como os instrumentos utilizados alhures para superá-los.

35. O planejamento da persecução penal deve-se valer da jurisprudência internacional e comparada, especialmente referida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Na medida do possível e atentas às particularidades de cada país, devem ser consideradas as soluções jurídico-penais adotadas por outros países latino americanos ou de semelhante tradição continental, que enfrentaram problemas similares, como por exemplo, o procedimento de dupla subsunção dos fatos aos tipos penais nacionais vigentes à época dos fatos e às normas escritas ou costumeiras do direito penal internacional.

36. Ressaltou-se que, para fins penais, independentemente do que se entenda por "*graves violações de direitos humanos*", a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos estabelece parâmetros suficientes para o enquadramento penal das condutas à luz do Direito Penal Internacional, cabendo ao Ministério Público Federal fazer a opção correta para sustentar perante o Judiciário brasileiro.

37. Para tornar eficiente a persecução penal, deve ser facultada a participação direta das vítimas e de seus familiares na elucidação dos fatos e acompanhamento do processo penal, nos termos da decisão da Corte Interamericana e da jurisprudência internacional. Com esta finalidade, deve-se buscar a identificação e aproximação dos familiares e das vítimas, indicando que a atuação do Ministério Público Federal se dará em prol das vítimas e de seus familiares, bem como em favor do resgate da verdade e da responsabilização dos autores das graves violações aos direitos humanos abrangidas pela sentença da Corte.

38. Nos moldes do asseverado no Documento nº 1/2011, deve-se assegurar o pleno acesso dos familiares e das vítimas a todas as etapas da investigação e do julgamento dos responsáveis, de acordo com a lei brasileira e com as normas da Convenção Americana, enfatizando o relevante papel que as vítimas devem ter nesta questão.

39. Neste passo, a 23ª Câmara de Coordenação e Revisão poderá receber eventuais representações e notícias-crime das vítimas e dos familiares dos mortos e desaparecidos; inclusive em audiência pública ou privada designada para tal fim. Além disso, asseverou-se que, sem prejuízo do sigilo inerente a certas medidas, os resultados das respectivas investigações e persecuções penais deverão ser públicos, como determina a Constituição.

40. O planejamento da atuação do Ministério Público Federal deve abranger, necessariamente, a identificação e análise dos casos que serão imediatamente objeto de persecução penal, sem

prejuízo do progressivo cumprimento da decisão da Corte e da observância do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Este planejamento deverá incluir a identificação dos crimes que já contam com indícios suficientes de materialidade e de autoria para início das apurações, e considerar também o interesse no desenvolvimento de práticas e precedentes jurisprudenciais favoráveis ao cumprimento da decisão da Corte Interamericana.

41. Entendeu-se, ainda, que o planejamento deve considerar a necessidade de fortalecer o Programa Federal de Proteção a Testemunhas e Colaboradores, visando garantir que aqueles que auxiliem nas investigações não se tornem vítimas de novos crimes.

42. Corroborando conclusões do **Documento nº 1**, reiterou-se a necessidade de que, para que seja possível cumprir de maneira eficaz o dever constitucional de persecução penal e a decisão da Corte Interamericana, deve-se assegurar aos membros do Ministério Público Federal, com atribuição em cada caso concreto, apoio material, técnico e operacional, com o fornecimento de recursos logísticos e científicos necessários para recolher e processar as fontes de prova, e para acessar e analisar a documentação e informação existentes.

43. Para tanto, notadamente a partir da solicitação dos Procuradores da República com atribuição para casos concretos (Procuradores naturais) presentes ao *Workshop*, deliberou-se pela criação de Grupo de Trabalho Justiça de Transição no âmbito da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Este Grupo terá sua atuação dedicada aos aspectos criminais relativos ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com o objetivo de fornecer apoio teórico e operacional aos Procuradores da República naturais, na busca da execução do planejamento definido. Este Grupo terá a incumbência de buscar soluções para as dificuldades e obstáculos jurídicos e para a investigação, de modo a tornar possível a persecução penal das graves violações aos direitos humanos abrangidas pela sentença da Corte Interamericana, desenvolvendo um ambiente propício para reflexão em cada caso, e permitindo a tomada de decisões institucionais - e não isoladas - sobre o tema.

44. Registrou-se que a atuação deste Grupo de Trabalho Justiça de Transição não se restringirá ao episódio conhecido como Guerrilha do Araguaia, haja vista que seu objeto, exatamente nos termos da sentença da Corte Interamericana, deve abranger também os "*outros casos de graves violações a direitos humanos*".

45. As atribuições deste Grupo de Trabalho deverão, ainda, incluir a definição de um plano inicial para a persecução penal, o estabelecimento dos casos mais representativos da controvérsia, a forma da imputação e tipificação, a identificação dos crimes que serão imputados - sempre respeitando o princípio da legalidade - e, ainda, em qual juízo federal serão propostas as ações

penais, de acordo com a Constituição, as normas internacionais e a lei penal. O Grupo de Trabalho deverá ser composto por Procuradores que sejam especialistas neste tema e pelos que tenham experiência criminal prática, notadamente na elaboração de denúncias.

46. Deliberou-se que o enfoque do Grupo de Trabalho Justiça de Transição deverá abranger, também, a investigação de crimes de quadrilha, uma vez que muitos vínculos criminosos estabelecidos durante a ditadura militar permanecem estabelecidos até a presente data. Ademais, em razão do vínculo ilícito estável entre tais agentes, eles continuam a praticar crimes atualmente, em especial com o intuito de impedir quaisquer medidas tendentes à aplicação da lei penal àqueles episódios e ao alcance da verdade e da justiça.

47. Como consequência, será necessário investigar crimes atuais, notadamente quando envolvam atos ilícitos de ameaça, por parte dos grupos investigados, e ocultação de provas, que impeçam a busca da verdade e da justiça.

48. Entendeu-se que a iniciativa e a atuação do Ministério Público Federal devem dar-se sem prejuízo do estabelecimento de planejamento comum com a Polícia, potencializando, assim, os resultados das investigações e permitindo ao Estado o cumprimento integral da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

49. Deliberou-se, ainda, que a 23ª Câmara de Coordenação e Revisão analisará e emitirá nota técnica sobre o projeto de Lei do Senado nº 245, de 2011, de autoria do Senador Pedro Taques, que visa tipificar a conduta do crime de desaparecimento forçado de pessoas de acordo com os parâmetros internacionais, em cumprimento ao determinado na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (item 287 e item resolutivo nº 15).

50. Por fim, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão manifestou disposição para continuar os estudos e trabalhos neste tema.

Brasília, 13 de setembro de 2011.

André de Carvalho Ramos
Procurador Regional da
República

André Raupp
Procurador da República

Andrey Borges de Mendonça
Procurador da República



Documento nº 212011 - Homologado pela 2ª Câmara em sessão de 03.10.2011.

Raquel Elias Ferreira Dodge

Subprocuradora-Geral da República

Coordenadora

Julieta Elizabeth Fajardo Cavalcanti de Albuquerque

Subprocuradora-Geral da República

Membro

Alexandre Espinosa Bravo Barbosa

Procurador Regional da República

Membro

Mônica Nicida Garcia

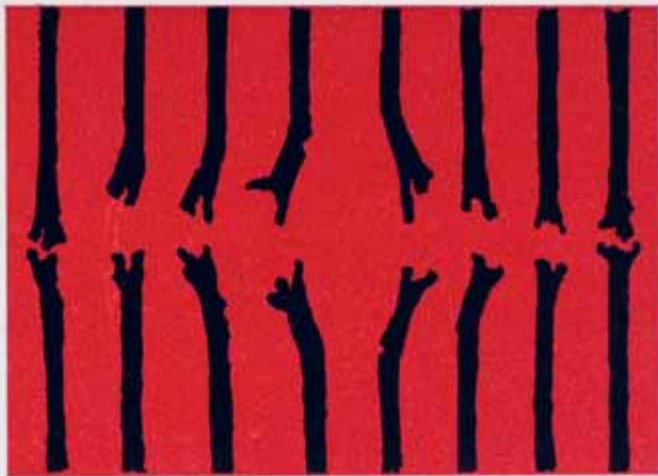
Procuradora Regional da República

Membro

Douglas Fischer

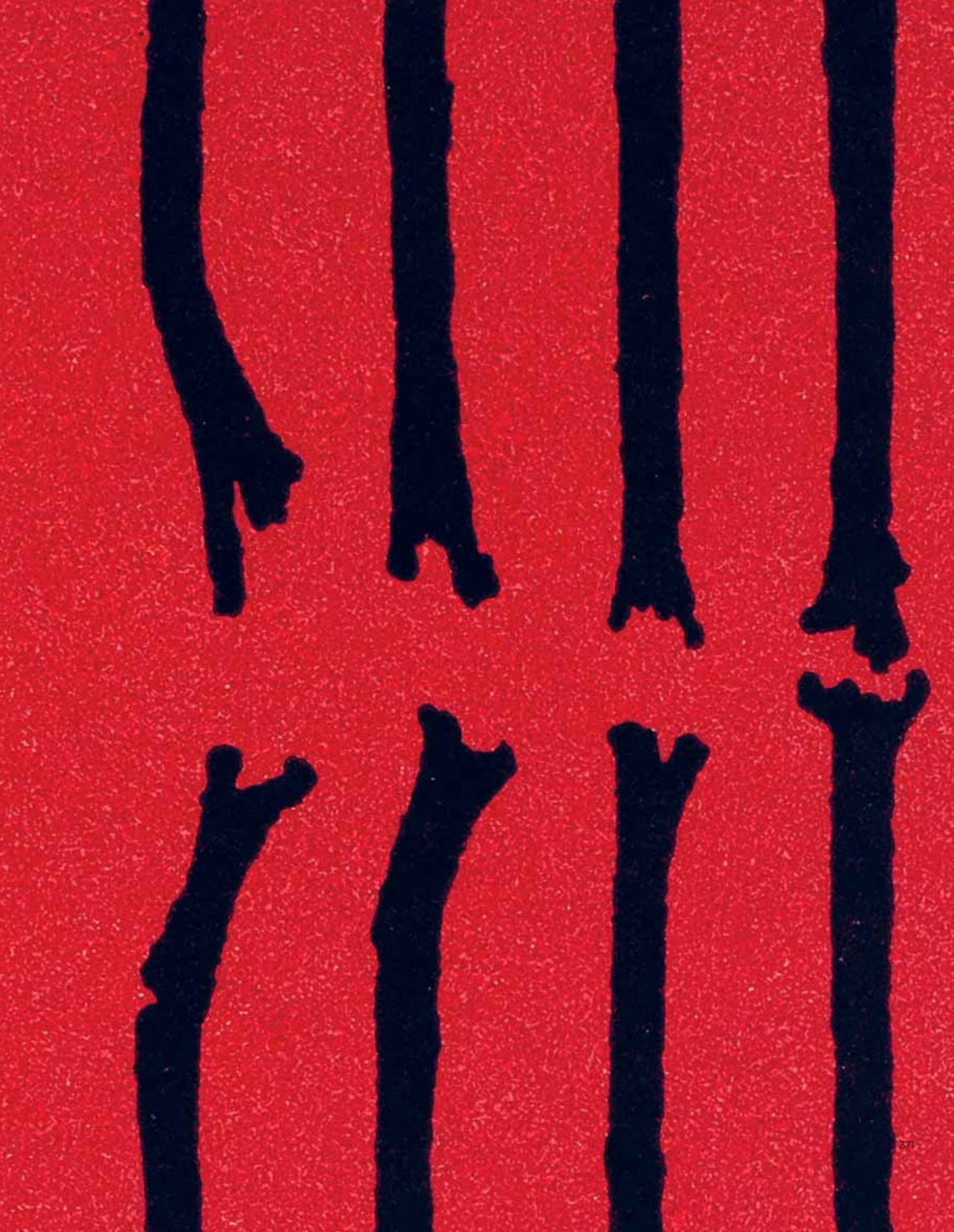
Procurador Regional da República

Membro



por um brasil livre e democratico

FONTE: CEDEMUNESP



REVISTA DA ANISTIA

NORMAS EDITORIAIS

Art. 1º A Comissão de Anistia do Ministério da Justiça receberá textos de todas as áreas das Ciências Humanas e Sociais, em formato de artigo acadêmico, para publicação na Revista Anistia Política e Justiça de Transição.

Art. 2º Os trabalhos serão recebidos no correio eletrônico revistaanistia@mj.gov.br.

Art. 3º Os artigos a serem publicados na Revista da Anistia Política no Brasil, independente da área, deverão versar sobre a Anistia Política e/ou a Justiça de Transição, no Brasil e no exterior.

Parágrafo Único: Serão aceitos até dois trabalhos de Iniciação Científica por edição, devendo tal condição ser expressamente informada na folha de rosto.

Art. 4º Os textos recebidos em conformidade com estas normas serão encaminhados ao Conselho Editorial da Revista, de forma não identificada, para avaliação e aprovação para publicação.

Art. 5º Os textos aprovados pelo Conselho Editorial serão publicados na Revista da Anistia Política no Brasil, em ordem a ser

definida pela Coordenação-Executiva, em um dos três números subsequentes à aprovação.

Parágrafo Único: Havendo número de textos aprovados para além da capacidade de publicação da Revista, os mesmos serão devolvidos aos autores, acompanhados de carta de aprovação.

Art. 6º Serão aceitos para publicação textos em português, espanhol e inglês.

Parágrafo Único: Textos em outras línguas poderão ser aceitos, após solicitação ao Conselho Editorial, restando ao Presidente do Conselho a opção de publicá-los na língua original ou em versão traduzida.

Art. 7º Para que sejam considerados aptos para o envio ao Conselho Editorial, os textos deverão ser inéditos e remetidos em documento aberto de Word 97 (ou inferior), com as seguintes formatações:

- a) Papel A4;
- b) Fontes Times New Roman, tamanho 12;
- c) Espaçamento entre parágrafos 1,5;

d) Total de laudas não inferior a 10 e nem superior a 25, excluída a folha de rosto;

e) Referências e notas de rodapé em formato ABNT Vancouver (SOBRENOME, nome. Título. Cidade: Editora, data, páginas);

f) Folha de rosto contendo: título e subtítulos, dados pessoais dos autores, contato e endereço, formação e atuação profissional, titulação, indicação sobre tratar-se de artigo de iniciação científica ou não, órgãos de fomento, outras informações relevantes.

Parágrafo único: A folha de rosto deverá vir no corpo do próprio texto e ser o único local onde resta identificada a autoria, sob pena de desclassificação.

Art. 8º Todos os trabalhos deverão conter, no corpo do texto, resumo em português e em língua estrangeira (inglês, francês ou espanhol), bem como três palavras-chave nas duas línguas do resumo.

Art. 9º Deve acompanhar o envio do texto e-mail de cessão de direitos autorais para a edição impressa e on-line da Revista da Anistia Política no Brasil, restando liberada a republicação dos textos após a publicação na revista, desde que referida a publicação original.

§ 1º. Caso o enviante não possua e-mail em nome próprio, para que registre-se a cessão de direitos, deverá enviar termo de cessão assinado e escaneado, como anexo.

§ 2º. Os textos publicados dão direito aos autores a receber cinco exemplares da Revista, independente de quantos forem.

Art. 10º É de responsabilidade dos autores o conteúdo dos textos, bem como a veracidade das informações prestadas, inclusive quanto ao ineditismo dos textos.

Parágrafo único: É de responsabilidade dos autores informar à Comissão de Anistia caso o texto previamente aprovado seja publicado em outro veículo, incluindo a internet, antes da publicação oficial da Revista.

Brasília, 13 de fevereiro de 2009.

Paulo Abrão Pires Junior

Presidente do Conselho Editorial

Marcelo D. Torelly

Coordenador-Geral do Conselho Editorial

ALDO SILVA ARANTES * ALÍPIO CRISTIANO DE FREITAS * AMARO ALEXANDRINO DA ROCHA * AMÉRICO ANTÔNIO FLORES NICOLATTI * ANA
NA WILMA OLIVEIRA MORAES * ANGELA TELMA OLIVEIRA LUCENA * ANTONIA MARA VIEIRA LOGUERCIO * ANTONIO CARLOS FON * ANTONIO
A NETTO * ANTONIO RIBEIRO PENNA * APARECIDA ALVES DOS SANTOS * APOLÔNIO DE CARVALHO * ARI CÂNDIDO FERNANDES * ARMANDO
LIO PERES * BEATRIZ ARRUDA * BELARMINO BARBOSA SIQUEIRA * BENITO PEREIRA DAMASCENO * BERGSON GURJÃO FARIAS * BOLÍVAR
UGUSTO MARIGUELLA * CARLOS EUGÊNIO SARMENTO COELHO DA PAZ * CARLOS GUILHERME DE M. PENAFIEL * CARLOS LAMARCA * CARLOS
FON * CELSO ANTUNES HORTA * CHICO MENDES * CLARA CHARF * CLEY DE BARROS LOYOLA * CRISTINA MARIA BUARQUE * DANIEL AARÃO
RCY RODRIGUES DE FREITAS * DAVID CAPISTRANO * DENISE FRAENKEL KOSE * DENISE OLIVEIRA LUCENA * DENIZE FONTELLA GOULART *
EITAS * DIMAS FLORIANI * DINALVA OLIVEIRA TEIXEIRA * DOM MARCELO PINTO CARVALHEIRA * EDGARD DE ALMEIDA MARTINS * EDSON
RDO DIAS CAMPOS SOBRINHO * ELIA MENEZES ROLA * ELIANA BELLINI ROLEMBERG * ELIESER VAZ COELHO * ELÍRIO BRANCO DE CAMARGO
ZA MONNERAT * EMÍLIO RUBENS CHASSEREUX * EPAMINONDAS JACOME RODRIGUES * ESTRELLA DALVA BOHADANA * EULER FERREIRA DA
DE * FLÁVIO KOUTZII * FRANCISCO DE ASSIS LEMOS * FRANCISCO DERLI * FRANCISCO MARTINELLI * FRANCISCO PINTO MONTENEGRO *
TEN MORRIS * FREI FERNANDO * FREI JOÃO * GEORGE DE BARROS CABRAL * GERMANA CORREA LIMA * GILDO SCALCO * GILNEY
ALUE YA MAGYTI * HAMILTON PEREIRA DA SILVA * HELDER SUAREZ BEDENDO * HELENA SOARES MELO * HELENA SUMIKO HIRATA * HELENITA
MARTINS DE CARVALHO * HUDSON CUNHA * IARA XAVIER * IDIBAL PIVETTA * IGOR GRABOIS OLIMPIO * ILTO VIEIRA * INÁ MEIRELES DE SOUZA
HO * ISOUDE SOMMER * IVAN DE SOUZA ALVES * IVAN SEIXAS * IZABEL MARQUES TAVARES DA CUNHA * JANE VASCONCELOS DANTAS *
S PAREDES SOTO * JOANA D'ARC BIZOTTO LOPES * JOANA D'ARC VIEIRA NETO * JOÃO AMAZONAS * JOÃO ARTHUR VIEIRA * JOÃO BATISTA
LART * JOÃO CARLOS ALMEIDA GRABOIS * JOÃO CHILE * JOÃO LUIZ SILVA FERREIRA * JOÃO MAURO BOSCHIERO * JOÃO RICARDO BESSA
N CRISPIM * JOILSON SANTOS DE CARVALHO * JORGE RAIMUNDO NARRAS * JORGE SALDANHA DE ARAUJO * JOSAIL GABRIEL DE SALES *
JOSÉ CALISTRATO CARDOSO FILHO * JOSÉ CARLOS NOVAIS DA MATTA MACHADO * JOSÉ CELSO MARTINEZ * JOSÉ DALTRO DA SILVA * JOSÉ
OLETO * JOSÉ PORFIRIO DE SOUZA * JOSÉ ROGÉRIO LICKS * JOSÉ SERRA * JOSÉ TADEU CARNEIRO CUNHA * JOSÉ VELOSO * JÚLIO PRATA *
E OLIVEIRA * LANGSTEIN DE ALMEIDA AMORIM * LAURINDO MARTINS JUNQUEIRA FILHO * LENIRA MARIA DE CARVALHO * LEONEL BRIZOLA
LUIZ CARLOS PRESTES * LUIZ DE GONZAGA TRAVASSOS DA ROSA * LUIZ FELIPE RATTON MASCARENHAS * LUIZ GONZAGA TRAVASSOS DA
DEL CYRILLO DE OLIVEIRA NETTO * MANOEL MOSART MACHADO * MANOEL SERAFIM DOS ANJOS * MARCOS JOSÉ BURLE DE AGUIAR * MARIA
* MARIA DAS DORES DA SILVA * MARIA DE FÁTIMA MENDES DA ROCHA * MARIA DO PILAR COSTA SANTOS * MARIA DO SOCORRO DE
IA FAUSTINO DE ALMEIDA AMARAL * MARIA IGNES DA COSTA D. E. BASTOS * MARIA JOSÉ RIOS P. DA S. LINDOSO * MARIA REGINA P. DA
JANE VIEIRA LISBOA * MARILIA DE CARVALHO GUIMARÃES * MARINA VIEIRA * MARIO COVAS * MÁRIO MAGALHÃES LOBO VIANA * MARIO
AURICE POLITI * MIGUEL ARRAES * MIGUEL DARCY DE OLIVEIRA * MIGUEL PRESSBURGER * NANCY MANGABEIRA UNGER * NARCISA BEATRIZ
ZAREH ANTONIA OLIVEIRA * NELSON CORDEIRO * NELSON REMY GILLET * NELSON RODRIGUES * NESTOR PEREIRA DA MOTA * NILMÁRIO DE
MALTA * OLIVIA RANGEL JOFFILY * ORLANDO MARETI SOBRINHO * OSCAVU JOSÉ COELHO * PAULO FRATESCHI * PAULO FREIRE * PAULO

Comissão de
Anistia

Ministério da
Justiça



PERCY VARGAS * PERI DE ARAÚJO COTTA * PERLY CIPRIANO * PETER JOHN MCCARTHY * RAUL JORGE ANGLADA PONT * REGENIS BADING
E * REYNALDO JARDIM SILVEIRA * RICARDO DE MORAES MONTEIRO * ROBERTO FARIA MENDES * ROGÉRIO LUSTOSA * RÔMULO DANIEL
RY NOGUEIRA * RUY FRASÃO SOARES * SEBASTIANA CORREIA BITTENCOURT * SELMA LAIZ VIANA MONTARROYOS * SÉRGIO DE MAGALHÃES
YOS * SINVAL DE ITACARAMBI LEÃO * SOLANGE LOURENÇO GOMES * SONIA HIPÓLITO * SONIA LINS * STUART ANGEL JONES * ULYSSES DE
ITOR BORGES DE MELO * VLADIMIR HERZOG * WALMIR ANDRA DE OLIVEIRA * ZIRALDO ALVES PINTO * ZULEIDE APARECIDA DO NASCIMENTO