

Lei de Anistia

Comentários à sentença do Supremo Tribunal Federal no caso da ADPF 153

Jorge Barrientos-Parra e Jorge Luís Mialhe

Sumário

1. A Lei de Anistia. 1.1. Os fatos que lhe deram origem. 1.2. A mobilização pela anistia. 1.3. Características e consequências. 2. A validade da Lei de Anistia de acordo com o Supremo Tribunal Federal. 2.1. O momento histórico como chave para a sua interpretação. 2.2. O significado da expressão *crimes conexos* na Lei de Anistia. 2.3. Interpretação e revisão da Lei de Anistia. 2.4. A reafirmação da Lei de Anistia pela Emenda Constitucional nº 26/85. 2.5. Os obstáculos ao exercício do direito fundamental à informação. 3. As razões dos votos vencidos. 3.1. O voto do Ministro Lewandowski. 3.2. O voto do Ministro Ayres Brito. 4. Conclusões.

“Les hommes du droit ont des scrupules et ne peuvent sans mauvaise conscience éliminer la justice du droit. Ils ne peuvent pas davantage la conserver à cause du trouble que cette idée apporte, de son incertitude et de son imprévisibilité. La technique juridique pour être précise suppose que l’on ne s’encombre plus de la justice [...] l’idée d’ordre et de sécurité se substitue comme but et fondement du droit à celle de justice lorsque la technique juridique est assez développée”.

(Jacques Ellul)

Jorge Barrientos-Parra é mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Doutor pela *Université Catholique de Louvain*. Professor de Direito Constitucional da UNESP Campus de Araraquara-SP e do Programa de Mestrado em Direito da UNESP, Campus de Franca-SP.

Jorge Luís Mialhe é doutor, mestre e bacharel pela USP. Pós-doutorado na *Université de Paris III, Sorbonne-Nouvelle* e na *Univeristé de Limoges*. Professor da UNESP, Campus de Rio Claro-SP e do Programa de Mestrado em Direito da UNIMEP, Piracicaba-SP.

1. A Lei de Anistia

1.1. Os fatos que lhe deram origem

Analistas entendem que a renúncia de Jânio Quadros, em 25 de agosto de 1961, após governar o Brasil apenas sete meses,

sedimentou o caminho para o golpe de Estado de 1º de abril de 1964¹. Nesse dia as Forças Armadas destituíram o Presidente João Goulart de acordo com a lógica da Guerra Fria, isto é, os Estados Unidos não tolerariam insurgências que desafiassem a sua hegemonia na região como tinha acontecido com Cuba que se aliou à União Soviética. Lembremos que João Goulart procurou estreitar os vínculos com o movimento sindical e com setores reformistas. Entre outros fatos, o seu Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social, no qual se propunha levar a cabo as denominadas Reformas de Base, acabou assustando a burguesia nacional e o governo dos Estados Unidos.

O regime militar, como outros na América Latina, baseou as suas ações na Doutrina da Segurança Nacional, que estabelecia como inimigos internos os partidos, sindicatos e movimentos políticos de inspiração marxista ou que favorecessem de alguma forma mudanças de cunho revolucionário ou socializante.

No plano jurídico o governo militar baixou vários Decretos-leis, o nº 314 em 1967, o nº 510 e o nº 898, em 1969) e vários Atos Institucionais disciplinando a segurança nacional. Essas normas “funcionaram como pretenso marco legal para dar cobertura jurídica à escalada repressiva” (BRASIL, 2007, p. 19). Esse período foi caracterizado “pela instalação de um aparelho de repressão que assumiu características de verdadeiro poder paralelo ao Estado” (BRASIL, 2007, p. 22), chegando ao ápice com a promulgação do Ato Institucional nº 5 em dezembro de

1968, que foi considerado “um golpe dentro do golpe”².

Durante o período ditatorial, o Congresso Nacional foi fechado, foi instaurada a censura da imprensa, a suspensão dos direitos e garantias fundamentais, inclusive o *habeas corpus*, dos direitos políticos, da liberdade de expressão e da liberdade de reunião. Além disso, a competência da Justiça Militar foi ampliada e a Lei de Segurança Nacional (Decreto-lei nº 898, de 29 de setembro de 1969) introduziu no ordenamento jurídico as penas perpétua e de morte.

Entre 1969 e 1974, produziu-se “num clima de verdadeiro ‘terror de Estado’ uma ofensiva fulminante sobre os grupos armados de oposição” (BRASIL, 2007, p. 27). O mandato do Presidente Médici [1969-1974], de acordo com a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, caracterizou-se por ser “a fase da repressão mais extremada em todo o ciclo de 21 anos do regime militar” (BRASIL, 2007, p. 26).

Ernesto Geisel governou de 15 de março de 1974 a 15 de março de 1979. Durante os três primeiros anos do seu governo “o desaparecimento de presos políticos, que antes era apenas uma parcela das mortes ocorridas, torna-se a regra predominante para que não ficasse estampada a contradição entre discurso de abertura e repetição sistemática das velhas notas oficiais simulando atropelamentos, tentativas de fuga e falsos suicídios” (BRASIL, 2007, p. 27). Em consequência dessa política, a partir de 1974, “oficialmente não houve mortes nas prisões, todos os políticos mortos ‘desapareceram’ e o regime passou a não mais assumir o assassinato dos opositores” (CORTE..., 2010). Numa conversa com o tenente-coronel Germano Pedrozo, em 18 de janeiro de 1974, o Presidente Geisel afirmou: “É, o que tem

¹ Nesse sentido Maria Victória Benevides afirma que “o império da vassoura preparou o caminho para o domínio da espada” e conclui: “O personalismo autoritário de Jânio, o seu bonapartismo, o moralismo que retoma o tema do golpismo, atenuado durante a segunda metade do governo JK, contribuíram para o golpe” (apud HAAG, 2011, p. 82). De acordo com Maria Teresa Sadek a obscuridade da renúncia sempre interessou ao próprio Jânio, para avivar a flama do “homem justo é inflexível que prometia voltar um dia ao combate contra os poderosos” (apud HAAG, 2011, p. 80).

² “Consolidou-se, com o AI-5, uma dinâmica de radicalização... O general Costa e Silva assumiu a presidência, em 1967, como representante da chamada Linha Dura, vale dizer, setores das três Armas que rejeitavam qualquer moderação ou tolerância quanto às oposições” (BRASIL, 2007, p. 26).

que fazer é que nessa hora agir com muita inteligência, para não ficar vestígio nessa coisa” (GASPARI, 2003, p. 387).

De acordo com a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos, “cerca de 50 mil pessoas teriam sido detidas somente nos primeiros meses da ditadura, ao passo que em torno de 10 mil cidadãos teriam vivido no exílio em algum momento do longo ciclo. Ao pesquisar os dados constantes de 707 processos políticos formados pela Justiça Militar entre 1964 e 1979, o projeto Brasil Nunca Mais contou 7.367 acusados judicialmente e 10.034 atingidos na fase de inquérito. Houve quatro condenações à pena de morte, não consumadas; 130 pessoas foram banidas do País; 4.862 tiveram cassados os seus mandatos e direitos políticos; 6.592 militares foram punidos, pelo menos 245 estudantes foram expulsos da universidade” (BRASIL, 2007, p. 30).

De acordo com os documentos que informam o processo no Caso Gomes Lund, cerca de 20 mil presos foram submetidos a torturas, há 354 mortos e desaparecidos e centenas de camponeses foram assassinados (CORTE..., 2010). Além disso, segundo Helio Gaspari (2003, p. 358), “a ditadura brasileira levou para o exílio entre 2.500 e 3.000 brasileiros”.

1.2. A mobilização pela anistia

A Lei de Anistia foi o ápice de um processo de mobilização política que começou em meados dos anos setenta (LIMA; SILVA, 2009), formado por militantes dos Direitos Humanos, ex-presos políticos, exilados, cassados, militantes de partidos democráticos, do movimento estudantil, etc., os quais se organizaram em movimentos sociais e associações civis destacando-se o Movimento Feminino pela Anistia (MFPA) e o Comitê Brasileiro pela Anistia, com várias unidades estaduais, os quais foram ganhando apoio de diversas entidades da sociedade civil organizada. Nessa luta se destacaram figuras como Terezinha Zerbin, Mila Cauduro, Eny Raimundo Moreira,

Madre Cristina Sodré Dória, Iramaya Benjamin, Helena Greco, Lícia Peres, Teotônio Vilela, Paulo Fonteles e muitos outros.

O movimento pela anistia no Brasil pode ser dividido em três fases; a primeira começa em 1975 com denúncias cautelosas e dispersas dos abusos da ditadura como torturas, assassinatos e desaparecimentos de presos pelos órgãos repressivos do Estado. Essas denúncias foram feitas pelos familiares de mortos e desaparecidos políticos e impulsionadas por D. Paulo Evaristo Arns a partir da Cúria Metropolitana de São Paulo. Nessa fase surge também o Movimento Feminino pela Anistia e o jornal Brasil Mulher, que pretende “ser uma espécie de porta voz do movimento da anistia” de acordo com Leite (2009, p. 118). Na segunda fase, que começa em 1977, o movimento ultrapassa o marco de uma luta local de mulheres e da Igreja Católica, alcançando expressão nacional com a organização dos Comitês Brasileiros pela Anistia (CBAs). Do ponto de vista qualitativo, o movimento transformou-se numa “imensa frente ampla de luta pelas liberdades democráticas, agregando no seu interior forças políticas com princípios políticos, ideológicos e filosóficos conflitantes” (LEITE, 2009, p. 119). A terceira fase, de acordo com a mesma autora, inicia-se com a promulgação da Lei de Anistia em agosto de 1979 e abrange polêmicas em torno da reparação indenizatória, reivindicada por acusados de tortura; a discussão sobre a lei do sigilo, que impede a abertura dos arquivos da ditadura até hoje, e a discussão em torno à anistia por crimes conexos (aos crimes políticos anistiados) praticados por autoridades ou representantes do Estado brasileiro contra perseguidos políticos (LEITE, 2009, p. 118-119).

1.3. Características e consequências

Em 28 de agosto de 1979, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 6.683/79 que concedeu Anistia nestes termos:

“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 efeitos deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.”

Embora considerada restrita por setores da opinião pública porque excluiu muitos dos presos políticos existentes na época, “a Lei de Anistia teve papel positivo na criação do clima de abertura que se consolidaria no País no transcurso da década de 1980” (BRASIL, 2007, p. 30). Com efeito, ela permitiu a milhares de brasileiros voltar, entre outros: o ex-governador do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro, Leonel Brizola, (em 6 de outubro); o ex-governador de Pernambuco Miguel Arraes, o ex-deputado federal Márcio Moreira Alves (em 15 de outubro); os dirigentes comunistas Luis Tenório de Lima (em 29 de setembro), Gregório Bezerra (em 29 de outubro) e Luiz Carlos Prestes (em 9 de dezembro).

Para o MDB, o (único) partido de oposição (tolerado) na época da ditadura, a anistia significava esquecimento e reconciliação. Com efeito, no documento desse partido intitulado “Constituinte com Anistia” lemos: “Anistia é como amnésia, palavra da mesma origem, quer dizer esquecimento, não se lembrar, como se coisas que aconteceram realmente não existiram. É um atributo exclusivo do homem, na sua capacidade de julgar e decidir. Este atributo se aperfeiçoa, na escala individual, pela educação e, na escala política e social, pela

cultura e pela civilização”. Mais adiante no mesmo documento, igualava a anistia à paz nestes termos: “A Anistia é a pacificação da família brasileira, para que não haja vencidos nem vencedores, para que a fraternidade una todos os brasileiros. A Anistia é grande conquista do Estado de Direito. Anistia é a Paz”. E conclui enfaticamente com uma citação do Programa do MDB: “O Movimento Democrático Brasileiro prosseguirá na sua luta pela Anistia ampla e total a favor de todos os civis e militares atingidos pelos atos de exceção e pelo arbítrio, praticados a partir de abril de 1964” (MOVIMENTO..., 1978, p. 26,27).

Concretamente, entretanto, passados mais de trinta anos, ainda não se conhecem os autores materiais nem intelectuais dos desaparecimentos forçados, nem das suas execuções, muito embora a Lei nº 9.140/95 tenha reconhecido como mortas as pessoas desaparecidas no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. O Estado não investigou nem puniu essas graves violações de Direitos Humanos em virtude da aplicação da Lei de Anistia a todos esses casos.

A Lei de Anistia suscita discussões no plano interno, em que o Supremo Tribunal Federal a declarou válida³, e no plano internacional, no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou por unanimidade que essa Lei é incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Qual dessas leituras e interpretações deve prevalecer?

2. A validade da Lei de Anistia de acordo com o Supremo Tribunal Federal

Em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal declarou improcedente,

³ Em 29 de Abril de 2010, ao julgar a Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) nº 153, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que pretendia excluir da Lei o perdão outorgado aos agentes do Estado que cometeram crimes contra opositores políticos durante a ditadura militar.

por sete votos a dois⁴, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF - 153) promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Objetivava o arguente a declaração de não recebimento, pela Constituição brasileira de 1988, do disposto no § 1º do artigo 1º da Lei de Anistia (nº 6.683/79). Isto é, declaração de que a anistia concedida por essa lei não se estende aos crimes comuns como tortura, homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor, praticados pelos agentes da repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar.

2.1. O momento histórico como chave para a sua interpretação

A linha mestra do voto do Relator Ministro Eros Grau é o contexto histórico em que a lei surgiu. Nesse diapasão citou o Min. Orosimbo Nonato (*Habeas Corpus* nº 29.151, Relator Ministro Laudo de Camargo, setembro de 1945): “[c]abe ao intérprete, na aplicação da lei, verificar-lhe a finalidade, a *mens legis* atendendo ao momento histórico em que ela surgiu, e ao escopo a que visa, sem se deixar agridir demasiadamente à sua literalidade”⁵. Por isso, destaca o contexto econômico e a situação política brasileira no final dos anos setenta que explicam o acordo político que gerou a Lei de Anistia:

“Toda a gente que conhece a nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei n. 6.683/79 (...) A inflexão do regime, [a ruptura da aliança entre os militares e a burguesia] deu-se com a crise do petróleo de 1974, mas a formidável luta pela anistia – luta que, com o

respaldo da opinião pública internacional, uniu os ‘culpados de sempre’ a todos os que eram capazes de sentir e pensar as liberdades e a democracia e revelou figuras notáveis como a do bravo senador Teotônio Vilela; a luta encetada inicialmente por oito mulheres reunidas em torno de Terezinha Zerbini, o que resultou no CBA (Comitê Brasileiro pela Anistia); pelos autênticos do MDB, pela própria OAB, pela ABI (à frente Barbosa Lima Sobrinho), pelo IAB, pelos sindicatos e confederações de trabalhadores e até por alguns dos que apoiaram o movimento militar como o general Peri Bevilacqua – é expressiva da página mais vibrante de resistência e atividade democrática da nossa História.”⁶

A seguir, no seu voto, o Ministro Eros Grau cita o jurista Dalmo Dallari, paladino da restauração democrática que afirma:

“Nós sabíamos que seria inevitável aceitar limitações e admitir que criminosos participantes do governo ou protegidos por ele escapassem da punição que mereciam por justiça, mas considerávamos conveniente aceitar essa distorção, pelo benefício que resultaria aos perseguidos e às suas famílias (...) De início, procurou-se limitar a anistia aos perseguidos políticos, dizendo-se que não deveriam ser anistiados os que tivessem cometido ‘crimes de sangue’. Isso foi, afinal, sintetizado numa enumeração de crimes que não seriam anistiados, compreendendo, segundo a lei da anistia, os que tivessem sido condenados ‘pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal’. Em sentido oposto, beneficiando os que abusando de uma função pública tivessem cometi-

⁴ Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, que lhe dava parcial provimento nos termos de seu voto, e Ayres Britto, que a julgava parcialmente procedente para excluir da anistia os crimes previstos no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição.

⁵ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafo 36.

⁶ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafo 21.

do crimes. Foram abrangidos os que tivessem cometido crimes políticos ou ‘conexos’ com esses. Assim, aquele que matou alguém numa sessão de tortura estaria anistiado porque seu principal objetivo era combater um adversário político. O homicídio seria apenas conexo de outro crime, a ação arbitrária por motivos políticos, que seria o principal. Assim se chegou à Lei da Anistia” (DALLARI, 2006).

2.2 O significado da expressão crimes conexos na Lei de Anistia

Dessa forma o Ministro Eros Grau interpreta a Lei de Anistia, principalmente o parágrafo primeiro do art. 1º que se refere aos *crimes conexos* a *crimes políticos* no contexto histórico da discussão, formulação, aprovação e sanção da lei. Nas suas palavras: “A chamada *Lei de anistia* diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia”⁷. Dessa maneira, para ele, a Lei de Anistia foi bilateral favorecendo de um lado as pessoas que cometeram crimes políticos e de outro aos agentes do Estado que cometeram crimes ditos conexos, isto é, crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. Citando vários julgados do Supremo Tribunal Federal, ressaltou o caráter amplo das anistias concedidas no Brasil desde 1900 até hoje. Nesse sentido argumenta: “em tema de anistia, a interpretação tem de ser ampla e generosa, sob pena de frustrar seus propósitos político-jurídicos”⁸.

Seguindo essa linha de pensamento, o Ministro sublinha:

“É a realidade social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979 que há de ser ponderada para que pos-

⁷ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafo 28.

⁸ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafo 32.

samos discernir o significado da expressão *crimes conexos* na Lei nº 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada.”⁹

Na sua linha argumentativa afirma que a Lei de Anistia é uma lei-medida (*massnahmegesetze*), não uma regra para o futuro, dotada de generalidade e abstração, mas um comando concreto (ato administrativo) trazendo em si mesmo o resultado específico pretendido. Esse tipo de lei “há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. Para quem não viveu as jornadas que a antecederam ou, não as tendo vivido, não conhece a História (...) a Lei nº 6.683/79 é como se não fosse, como se não houvesse sido”¹⁰.

2.3 Interpretação e revisão da Lei da Anistia

Frustrando as esperanças dos signatários da petição inicial, o Ministro Eros Grau, justificando o seu voto, afirmou que o “Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação diversa da nele contemplada, a texto normativo”¹¹.

Não se pedia na inicial que o Supremo Tribunal Federal adotasse as prerrogativas do Legislativo, muito embora de modo próprio em outras ocasiões o tenha feito¹².

⁹ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafo 39.

¹⁰ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafo 39.

¹¹ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafo 44.

¹² Por exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão que suscitou a questão da união de pessoas do mesmo sexo, muito embora o Poder Constituinte não lhe tenha outorgado tal competência (vide o art. 103, § 2º, da Constituição Federal), os Ministros do Supremo agasalharam um tipo de união não previsto na Constituição brasileira. Agiram como Poder Legislativo, deixaram de ser guardiões da Constituição e se transformaram em Poder Constituinte derivado. Outro exemplo é a recente decisão do STF de que fixará as regras sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço prestado pelo trabalhador, uma vez que o inciso XXI do art. 7º da Constituição ainda não foi regulamentado pelo Legislativo.

Solicitava-se apenas que, de acordo com os princípios da ordem democrática vigente no Brasil, o Supremo Tribunal Federal interpretasse a Lei nº 6.683/79 no sentido de que a anistia não se estendesse aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão durante a ditadura militar. Paradoxalmente, a maioria da Suprema Corte brasileira, presa ao passado, não deu esse passo salutar e condizente com os novos tempos. Fundado nos exemplos da Argentina, do Chile e do Uruguai, o Ministro Eros Grau declarou, no voto vencedor, que a “revisão da lei de anistia, se mudanças de tempo e da sociedade a impuserem, haverá de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário”¹³.

Mais preocupado com a afirmação da governabilidade, estabilidade social, ordem, segurança ou valores semelhantes, de fato, o Supremo Tribunal Federal paradoxalmente abdicou do valor justiça. No voto acolhido pela maioria, o Ministro Eros Grau justifica a sua negativa em dar outra interpretação à Lei de Anistia mencionando votos do ex-Ministro Sepúlveda Pertence¹⁴ “a propósito da não abrangência, pela anistia, dos praças expulsos dos quadros militares por motivação política apenas porque, não sendo titulares de estabilidade, a punição não precisava fundar-se em atos de exceção; bastava, para tanto, a legislação disciplinar, a iniquidade patente, jamais foi corrigida”¹⁵. Ora em lugar de denunciar essas iniquidades para superá-las ou corrigi-las a partir de uma nova leitura das normas em questão porque “as normas resultam da interpretação e podemos dizer que elas, enquanto textos, enunciados, disposições, não dizem nada: elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem”

¹³ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafo 47.

¹⁴ No RE nº 125.641, Relator Min. Celso de Mello, em 1991 e na Ação Originária nº 13, Relator Ministro Marco Aurélio, em 1992.

¹⁵ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafo 44.

(GRAU, 2009, p. 86) os insignes intérpretes utilizam a iniquidade “patente” e “jamais corrigida” para servir de fundamento a outra iniquidade maior.

Esses fatos nos colocam frente à perturbadora constatação do jurista francês Jacques Ellul (1990) de que o valor justiça na nossa sociedade técnica é concebida não mais como uma exigência premente de nosso dia a dia aplicável aos problemas individuais, mas ela se transformou apenas em uma ideia, uma noção abstrata da qual é mais fácil se desfazer, nas suas próprias palavras:

“Cependant les hommes du droit ont des scrupules et ne peuvent sans mauvaise conscience éliminer la justice du droit. Ils ne peuvent pas davantage la conserver à cause du trouble que cette idée apporte, de son incertitude et de son imprévisibilité. La technique juridique pour être précise suppose que l'on ne s'encombre plus de la justice [...] l'idée d'ordre et de sécurité se substitue comme but et fondement du droit à celle de justice lorsque la technique juridique est assez développée” (ELLUL, 1990, p. 267-268).

Ensina Luis Recasens Siches (1970, p. 653) que é tarefa do juiz “anticipar mentalmente los efectos que la aplicación de una norma jurídica produciría”. Salta aos olhos que, no caso em tela, do ponto de vista axiológico, as consequências da aplicação do parágrafo em questão da Lei de Anistia não se coadunam com os valores do Estado Democrático de Direito vigente no Brasil:

Primeiro porque acobertam-se crimes comuns como tortura, estupro, sequestro e desaparecimento forçado de pessoas;

Segundo porque a Constituição de 88 declara que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Terceiro porque a Constituição de 88, muito embora a pretendida recepção da Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) pela EC nº

26/85, considera a prática de tortura crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia por ela respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (art. 5º, XLIII);

Quarto porque a impunidade desses crimes comuns ofende um dos fundamentos do Estado Democrático que é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), sinalizando para a sociedade que os Direitos Humanos podem ser violados pelos agentes estatais sem nenhuma consequência para os transgressores nem no âmbito civil, nem na esfera administrativa e, menos ainda, no âmbito penal; viola ademais o direito fundamental dos parentes e famílias das pessoas desaparecidas à informação (verdade do acontecido) e à memória (saberem onde se encontram os restos e o direito de recobrá-los para dar-lhes humana sepultura de acordo com as suas crenças); e

Quinto porque a validade do art. 1º, § 1º, da Lei de Anistia é incompatível com os compromissos assumidos pelo Brasil em tratados internacionais, como veremos mais adiante.

2.4. A reafirmação da Lei da Anistia pela Emenda Constitucional nº 26/85

Com base na Emenda Constitucional nº 26 de 27 de novembro de 1985, o Ministro Eros Grau legitima a Lei de Anistia porque essa emenda inauguraria um novo sistema normativo, e, seguindo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, estabelece uma ponte com base no Direito Positivo entre o regime político de exceção que morre e o democrático que nasce nos seguintes termos: "(...) quando o Congresso Nacional promulga uma emenda (nº 26) conforme os artigos 47 e 48 da Constituição 67/69, emenda que altera os próprios artigos, não é a norma dos artigos 47 e 48 que está sendo utilizada, mas uma outra, pois o poder constituído já assumiu o papel de constituinte".

De sorte que, para o eminente ministro, a Emenda Constitucional nº 26/85 inaugura a nova ordem constitucional, "consubs-

tancia a ruptura da ordem constitucional que decairá plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988. Consubstancia, nesse sentido, a *revolução branca* que a esta confere legitimidade. Daí que a reafirmação da anistia da lei de 1979 já não pertence à ordem decaída. Está integrada à nova ordem. Compõe-se na origem da nova norma fundamental"¹⁶.

Entretanto, como é sobejamente conhecido no Brasil, houve uma transição negociada à democracia e nesses processos há sempre, por parte dos integrantes do antigo regime, enormes esforços para garantir a impunidade de seus agentes e, nesse sentido, deve ser lida a inclusão no bojo da Emenda Constitucional nº 26/85 de um assunto que nada tinha a ver com a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, que era o objetivo principal dessa emenda.

Por outro lado, muito embora houvesse esforços para trazer a anistia ao manto protetor da Constituição cidadã de 1988, isso está longe de ficar demonstrado, porque a citação do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior no voto vencedor está fora de contexto. Com efeito, o afamado jurista da Universidade de São Paulo coloca a Emenda Constitucional nº 26/85 como um exemplo de troca de funcionamento do sistema, não está analisando (e seria injusto induzir ou deduzir de suas palavras o que ele não disse) a questão da anistia, muito menos a de que crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, na ditadura militar, coadunam-se com o espírito da Constituição de 1988 (FERRAZ JÚNIOR, 1996, p. 193-196). O que Ferraz Júnior (1996, p. 193) está discutindo é a questão das mudanças de padrão de funcionamento de um dado ordenamento jurídico, "essa mudança de padrão é dinâmica: o sistema vai de um padrão a outro, volta ao padrão anterior, adquire um novo, num processo de câmbios estruturais, cuja velocidade

¹⁶ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafo 55.

depende da flexibilidade de suas regras de calibração". No caso em tela, a mudança havida do regime ditatorial para o regime democrático, vista do ângulo pragmático analisado por Ferraz Júnior (1996, p. 196), implica que "a revolução só ocorre se, com a mudança da constituição, mudar também a calibração do sistema". Ora, é inegável que, no caso brasileiro, o sistema normativo jurídico mudou inúmeras regras de calibração a começar pela incorporação do princípio da dignidade da pessoa humana, pela instituição do Estado Democrático e pela supressão dos valores da Doutrina da Segurança Nacional e da Política de Segurança Nacional e de todo o denominado "entulho autoritário".

Assim sendo, houve revolução porque houve a mudança do padrão do regime de exceção por um outro, a saber: o regime democrático de direito. Nas palavras de Miguel Reale ao falar sobre a revolução: "não há revolução propriamente dita sem alteração no sistema de Direito Público sem a instauração de uma ordem nova *com mudança correspondente na atitude espiritual do povo*" (REALE, 1972, p. 137, grifo nosso).

De qualquer forma, já foi dito pelos antigos que "a letra mata e o espírito vivifica"¹⁷. Cabia então ao Supremo Tribunal Federal insuflar novo espírito à Lei de Anistia (principalmente ao art. 1º, §1º, da Lei nº 6.683/79), deixando de lado ou fora dela aspectos ranços, já superados, que tinham justificativa na vigência do regime ditatorial (porém não agora) ou dar-lhe interpretação conforme a Constituição cidadã. O Supremo Tribunal Federal não o fez, perdendo essa oportunidade histórica.

2.5. Os obstáculos ao exercício do direito fundamental à informação

Por último, nas observações finais do voto vencedor¹⁸, há duas declarações louváveis, porém incoerentes com o julga-

mento final de improcedência da ação, a saber: o reconhecimento da necessidade do "desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento de quanto ocorreu entre nós durante as décadas sombrias" e uma condenação de "todas as formas de tortura, de ontem e de hoje, civis e militares, policiais ou delinqüentes". Dá a impressão de que, depois de fazer um fantástico esforço em lógica argumentativa em prol da afirmação de razões de Estado, o eminente Ministro admitisse que no fundo: a humanidade do pedido que ele vem rejeitar e a justiça da causa pleiteada historicamente acabarão se impondo. Assim as observações finais acabam sendo como o final de uma sentença procedente ainda não escrita ou um convite a que os familiares das vítimas e a própria sociedade civil continuem a buscar a justiça ora denegada.

Há também um excerto de um poema do insigne poeta uruguaio Mario Benedetti. Não fica claro qual o objetivo do Ministro Eros Grau ao citar esse poema, mas há uma completa falta de coerência entre os seus pensamentos que afirmam a improcedência da ação e os seus solidários sentimentos com o sofrimento das vítimas que exige por justiça o deferimento da petição, uma vez que as feridas da tortura e o suplício que denuncia o homem preso e que fazem chorar seu filho implicam a existência de um torturador que continua impune [talvez em virtude de alguma lei de anistia] para vergonha dos intérpretes da lei.

Eis aqui o inteiro teor do poema citado:

"Hombre preso que mira a su hijo
Cuando era como vos me enseñaron los viejos
y también las maestras bondadosas y miopes
que libertad o muerte era una redundancia
a quién se le ocurría en un país
donde los presidentes andaban sin capangas
que la patria o la tumba era otro pleonasma
ya que la patria funcionaba bien
en las canchas y en los pastoreos

realmente botija no sabian un corno
pobrecitos creían que libertad
era tan sólo una palabra aguda

¹⁷ Epístola de S. Paulo aos Coríntios 3:6.

¹⁸ Voto do Ministro Eros Grau na ADPF 153, parágrafos 59 e 60.

que muerte era tan sólo grave o llana
y cárceles por suerte una palabra esdrújula

olvidaban poner el acento en el hombre

la culpa no era exactamente de ellos
sino de otros más duros y siniestros
y éstos sí

cómo nos ensartaron
con la limpia república verbal
cómo idealizaron
la vidurria de vacas y estancieros

y cómo nos vendieron un ejército
que tomaba su mate en los cuarteles

uno no siempre hace lo que quiere
uno no siempre puede
por eso estoy aquí
mirándote y echándote
de menos

por eso es que no puedo despeinarte el jopo
ni ayudarte con la tabla del nueve
ni acribillarte a pelotazos

vos sabés que tuve que elegir otros juegos
y que los jugué en serio

y jugué por ejemplo a los ladrones
y los ladrones eran policías

y jugué por ejemplo a la escondida
y si te descubrían te mataban
y jugué a la mancha
y era de sangre

botija aunque tengas pocos años
creo que hay que decirte la verdad
para que no la olvides

por eso no te oculto que me dieron picana
que casi me revientan los riñones

todas estas llagas hinchazones y heridas
que tus ojos redondos
miran hipnotizados
son durísimos golpes
son botas en la cara
demasiado dolor para que te lo oculte
demasiado suplicio para que se me borre

pero también es bueno que conozcas

que tu viejo calló
o puteó como un loco
que es una linda forma de callar

que tu viejo olvidó todos los números
(por eso no podría ayudarte en las tablas)
y por lo tanto olvidé todos los teléfonos

y las calles y el color de los ojos
y los cabellos y las cicatrices
y en qué esquina
en qué bar
en qué parada
en qué casa
y acordarme de ti
de tu carita
lo ayudaba a callar
una cosa es morirse de dolor
y otra cosa es morirse de vergüenza

por eso ahora
me podés preguntar
y sobre todo
puedo yo responder

uno no siempre hace lo que quiere
pero tiene el derecho de no hacer
lo que no quiere

llorá nomás botija
son macanas
que los hombres no lloran
aquí lloramos todos

gritamos berreamos moqueamos chillamos
maldecimos
porque es mejor llorar que traicionar
porque es mejor llorar que traicionarse

llorá
pero no olvides."

3. *As razões dos votos vencidos*

A Coordenação Geral de Direito Internacional da Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores emitiu uma nota técnica¹⁹ na qual destaca a existência de duas correntes de doutrinadores opinan-

¹⁹ Nota técnica CONJUR/CGDI/2008, de autoria de Álvaro Chagas Castelo Branco, Advogado Geral da União, datada de 10/11/2008.

do sobre a conveniência ou não de julgar os responsáveis pelas violações de Direitos Humanos na fase de transição ou de consolidação do Estado Democrático de Direito, na história dos países que vivenciaram o debate sobre a anistia por crimes políticos.

O referido documento indica que “há quem coloque o dilema entre ‘processar e punir’ *versus* ‘perdoar e esquecer’”. Os primeiros são denominados “puristas” e os segundos, “pragmáticos”. Para os “puristas”, “a estabilidade e a reconciliação são uma *conseqüência* do estabelecimento da justiça e do primado da lei”. Para os “pragmáticos”, “a estabilidade e a reconciliação são uma *condição* da restauração do primado da lei.”²⁰

No mesmo sentido, são apresentados outros argumentos favoráveis e contra os julgamentos daqueles indiciados por violações contra os Direitos Humanos. Por um lado, os “puristas” defendem que se trata de “uma obrigação devida às vítimas” e que “deve ser feita para prevenir futuras violações” exercendo, nesse sentido, a função “pedagógica” de “prestação pública de contas, que constitui um elemento-chave das sociedades democráticas”. Por outro lado, os “pragmáticos” alegam que “as divisões do passado devem acabar, a compreensão entre grupos diferentes é importante para a democracia” e, ainda, que “os crimes do anterior poder tinham apoio público, ou foram realizados por razões superiores para limitar males maiores”²¹

A nota técnica argumenta que “o perdão não constitui um ato gratuito e isolado, mas antes parte de um processo de restauração de uma ordem moral em que o acusado admita os seus atos, que a verdade seja revelada, que foi errado o que fez, que não voltará a fazê-lo, compensando os prejuízos que provocou.”²²

²⁰ Nota técnica CONJUR/CGDI/2008, p. 210, parágrafos 16 e 17.

²¹ Nota técnica CONJUR/CGDI/2008, p. 210, parágrafos 18 e 19.

²² Nota técnica CONJUR/CGDI/2008, p. 211, parágrafo 21.

Todavia, pela experiência histórica, observa-se exatamente o oposto: os acusados por práticas de crimes contra os Direitos Humanos, normalmente, não se arrependem do que fizeram. Ao contrário, jactam-se de que todos os seus atos, muitos dos quais tipificados como crimes contra a humanidade²³, simplesmente foram realizados para o bem do país.

Ao analisar, por exemplo, a legislação de anistia do Chile, particularmente o Decreto Lei nº 2.191/1978, a nota técnica da Coordenação Geral de Direito Internacional da Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores observa que o referido

²³ De acordo com o artigo 7º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, os crimes contra a humanidade são “qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) *Homicídio*; b) *Extermínio*; c) *Escravidão*; d) *Deportação ou transferência forçada de uma população*; e) *Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional*; f) *Tortura*; g) *Agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável*; h) *Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido nesse parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal*; i) *Desaparecimento forçado de pessoas*; j) *Crime de apartheid*; k) *Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental*”. Para o mesmo Estatuto, por “‘tortura’ entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; esse termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas”; por “‘desaparecimento forçado’ de pessoas entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância desses, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo” (grifo nosso).

Decreto Ley “foi duramente criticado pela doutrina e pelos tribunais chilenos” e destaca a posição do jurista Humberto Nogueira Alcalá (2005), que defende a interpretação daquele diploma legal em harmonia com o Direito Internacional:

“(…) su interpretación debe realizarse excluyendo los delitos de lesa humanidad y las graves violaciones del derecho internacional imperativo ya que es dable presumir que el legislador no ha intentado derogar el derecho internacional consuetudinario y soslayar el derecho internacional imperativo. En situación de eventual conflicto entre dicho decreto ley y las normas de *ius cogens* y derecho consuetudinario internacional y derecho convencional de los derechos humanos, deben aplicarse preferentemente estas ultimas; por tanto, el decreto ley no es aplicable a los casos de tortura (apremios ilegítimos), desapariciones forzadas (secuestro), ejecuciones sumarias u otros delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad” (NOGUEIRA ALCALÁ, 2005, p. 130).

Nesse sentido, conclui o professor chileno que:

“(…) el Decreto Ley 2.191 de Amnistia fue establecido com deliberada mala fe y la voluntad de incumplir las obligaciones internacionales del Estado de Chile, vale decir, com la voluntad de producir una autoamnistía de quienes dentro de una política estatal represiva del régimen militar habían desarrollado sistémicamente crímenes contra la humanidad o delitos de lesa humanidad, como son las desapariciones forzadas (secuetros), la tortura (apremios ilegítimos), las ejecuciones sumarias, entre otros. En tal caso, el Decreto Ley 2.191 está viciado de nulidad absoluta con efecto retroactivo (*ex tunc*) o es, utilizando una expresión castiza, ‘inezequible’, vale decir, inejecutable, y no pue-

de producir efectos en el derecho chileno, en la medida que vulnera abiertamente los artículos 2.1 y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos, ya ratificado em 1972 y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, articulo 18, además del derecho internacional consuetudinario y los principios de *ius cogens*, que consideraban como delitos de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad las desapariciones forzadas practicadas como métodos represivos, las cuales ya estaban prohibidas al momento en que se dictó el Decreto Ley 2.191, lo cual tiene mayor fuerza aún en el presente, producto de la doctrina emanada de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en aplicación de los artículos 8 y 25 en armonía con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en especial atendiendo a que los secuetros (desapariciones forzadas) constituyen delitos permanentes” (NOGUEIRA ALCALÁ, 2005, p. 130).

Portanto, nesses casos é inadmissível a aplicação de autoanistia. Conforme indica a nota técnica da Coordenação Geral de Direito Internacional da Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores, ao manifestar-se nos autos do caso “Barrios Altos” (BARRIENTOS-PARRA, 2011, p. 383-410), do Perú, o então juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e atual membro da Corte Internacional de Justiça, Caçado Trindade, enfatizou no seu voto que:

“(…) a pretendida legalidade no plano do direito interno dessas auto-anistias, ao levarem à impunidade e à injustiça, encontram-se em flagrante incompatibilidade com a normativa de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, acarretando violações *de jure* dos direitos da pessoa humana, em uma afronta

inadmissível à consciência jurídica da humanidade (pars. 5-6 e 26). Ou seja, as leis de auto-anistia estão viciadas de nulidade *ex tunc*, de nulidade *ab initio*, carecendo portanto de todo e qualquer efeito jurídico.”²⁴

No caso da ADPF 153, os dois Ministros do Supremo Tribunal Federal que tiveram seus votos vencidos (Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Brito) argumentaram na mesma linha da doutrina chilena supracitada e mantiveram-se sintonizados com a hermenêutica da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.1. O voto do Ministro Lewandowski

No seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski alerta para o fato de que:

“A ausência de ações penais contra os agentes do Estado pela prática de crimes comuns durante o período estabelecido na Lei 6.683/1979, qual seja, entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, está a revelar que se generalizou a impressão entre os operadores do Direito, de que a anistia teria abrangido todas as condutas delituosas praticadas naquele lapso temporal. Em outras palavras, ela englobaria, genericamente, os vários atores do cenário político de então, de modo a abortar, ainda no nascedouro, qualquer iniciativa de responsabilidade criminal individualizada”.²⁵

Nesse sentido, o Ministro Lewandowski recorda a Extradução 974, cujo acórdão afirma que “o crime de seqüestro, possivelmente seguido de homicídios, tem caráter permanente. Ou seja, o resultado delituoso protrai-se no tempo, enquanto a vítima estiver privada de sua liberdade ou os seus restos mortais não forem encontrados. Isso quer dizer que os respectivos prazos prescricionais somente começam a fluir a partir

²⁴ Nota técnica CONJUR/CGDI/2008, p. 216, parágrafo 44.

²⁵ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 153, página 5.

desses marcos temporais”²⁶. Prossegue o Ministro salientando que “esses seqüestros podem, em tese, ainda, subsistir. Portanto estamos diante de um crime de caráter permanente.”²⁷

O Ministro Lewandowski ratificou, ainda, a manifestação da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, quando afirma que “a Lei da Anistia, deliberadamente, não trouxe a previsão de anistia aos agentes do Estado que praticaram crimes comuns contra os opositores do regime de exceção”²⁸. Na mesma linha, após arrolar os delitos comuns praticados por agentes do Estado, o voto alerta para o fato de que

“a tipificação de tais delitos, na maioria dos casos, também estava reproduzida, inclusive quanto às respectivas penas, nos Códigos Penais Militares de 1944 e 1971, que vigoraram durante todo o regime de exceção, e aos quais se sujeitavam todos os militares e pessoas legalmente assemelhadas a eles. O mesmo se diga quanto ao delito de tortura. Embora este crime tenha sido formalmente tipificado apenas a partir da Lei 9.455/1977, a sua prática, evidentemente, jamais foi tolerada pelo ordenamento jurídico republicano, mesmo aquele vigente no regime de exceção.”²⁹

Além disso, “os agentes estatais estariam obrigados a respeitar os compromissos internacionais concernentes ao direito humanitário, assumidos pelo Brasil desde o início do século passado.”³⁰

Sublinhando a necessidade de o Brasil respeitar os seus compromissos interna-

²⁶ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 153, página 6.

²⁷ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 153, página 7.

²⁸ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 153, página 9.

²⁹ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 153, página 19.

³⁰ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 153, página 20.

cionais, o Ministro Ricardo Lewandowski adverte que:

“(...) a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que os Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – também internalizada pelo Brasil – têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, obrigação que nasce a partir do momento da ratificação de seu texto, conforme estabelece o seu artigo 1.1. A Corte Interamericana acrescentou, ainda, que o descumprimento dessa obrigação configura uma violação à Convenção, gerando a responsabilidade internacional do Estado, em face da ação ou omissão de quaisquer de seus poderes ou órgãos.”³¹

3.2. O voto do Ministro Ayres Brito

Por seu turno, o Ministro Ayres Brito, como de hábito, inicia o seu voto na ADPF 153 com um poema da sua lavra:

“A humanidade não é o homem para se dar a virtude do perdão. A humanidade tem o dever de odiar os seus ofensores, odiar seus ofensores, odiar seus ofensores, porque o perdão coletivo é falta de memória e de vergonha. Convite masoquístico à reincidência.”³²

Em seguida, o Ministro Ayres Brito, ao interpretar a Lei de Anistia, assevera:

“Antigamente se dizia o seguinte: hipocrisia é a homenagem que o vício presta à virtude. O vício tem uma necessidade de se esconder, de se camuflar, e termina rendendo homenagens à virtude. Quem redigiu essa lei não teve coragem – digamos assim – de assumir essa propalada intenção de anistiar torturadores, estupradores, assassinos frios de

prisioneiros já rendidos; pessoas que jogavam de um avião em pleno vôo as suas vítimas; pessoas que ligavam fios desencapados a tomadas elétricas e os prendiam à genitália feminina; pessoas que estupravam mulheres na presença dos pais, dos namorados, dos maridos. Mas o Ministro Ricardo Lewandowski deixou claro que certos crimes são pela sua própria natureza absolutamente incompatíveis com qualquer idéia de criminalidade política pura ou por conexão³³ (...) Essas pessoas de quem estamos a tratar – torturadores *et cetera* – desobedeceram não só à legalidade democrática de 1946, como à própria legalidade autoritária do regime militar. Pessoas que transitaram à margem de qualquer idéia de lei, desonrando as próprias Forças Armadas, que não compactuavam nas suas leis com atos de selvageria, porque torturador não é um ideólogo.”³⁴

Na mesma perspectiva, o Ministro Ayres Brito classifica o delito executado por agente do Estado como crime de lesa-humanidade, “praticado por antipessoa. Antipessoa que é pior do que um animal. Isto é, além de não ser pessoa, é pior do que um animal, porque o animal não tortura. Mas a lei que anistiar um monstro, que assim o diga. E me parece que a lei não o disse”³⁵.

Percebe-se, claramente, o alinhamento dos argumentos elencados nos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Brito na ADPF 153 com a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH no caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, de 24 de novembro de 2010.

³³ Voto do Ministro Ayres Brito na ADPF 153, páginas 4-5.

³⁴ Voto do Ministro Ayres Brito na ADPF 153, página 6.

³⁵ Voto do Ministro Ayres Brito na ADPF 153, página 9.

³¹ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 153, página 31.

³² Voto do Ministro Ayres Brito na ADPF 153, página 2.

Nesse caso, a CIDH reiterou que

“são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos” (CORTE..., 2010).

Além disso, a Corte

“considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (*supra* pars. 87, 135 e 136) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia, impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana” (CORTE..., 2010).

Assim,

“uma vez ratificada a Convenção Americana, corresponde ao Estado, em conformidade com o artigo 2 desse instrumento, adotar todas as medidas para deixar sem efeito as

disposições legais que poderiam contrariá-lo, como são as que impedem a investigação de graves violações de direitos humanos, uma vez que conduzem à falta de proteção das vítimas e à perpetuação da impunidade, além de impedir que as vítimas e seus familiares conheçam a verdade dos fatos” (CORTE..., 2010).

A sentença da CIDH adverte que, verificada a

“sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil” (CORTE..., 2010).

A sentença da CIDH prossegue:

“Quanto à alegação das partes a respeito de que se tratou de uma anistia, uma auto-anistia ou um ‘acordo político’, a Corte observa, como se depreende do critério reiterado no presente caso (*supra* par. 171), que a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações de Direitos Humanos e não se restringe somente às denominadas ‘autoanistias’. Além disso, como foi destacado anteriormente, o Tribunal, mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se atém à sua *ratio legis*: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar. A incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana nos casos de graves viola-

ções de direitos humanos não deriva de uma questão formal, como sua origem, mas sim do aspecto material na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, em relação com os artigos 1.1. e 2 da Convenção” (CORTE..., 2010).

O Poder Judiciário não está imune à aplicação das normas internacionais. A CIDH

“estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um ‘controle de convencionalidade’ *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana” (CORTE..., 2010).

Finalmente, quanto ao descumprimento, pelo STF, das suas obrigações internacionais, decorrentes da ratificação pelo Brasil de tratados internacionais, a sentença é clara:

“o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade

pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno” (CORTE..., 2010).

Portanto, o Brasil poderá ser responsabilizado internacionalmente pelo descumprimento da sentença da CIDH. Resta, finalmente, saber se o País estará preparado para minimizar os impactos negativos na sua imagem e na sua reputação de potência emergente frente à comunidade internacional. O Brasil terá que avaliar as consequências políticas decorrentes dessa opção de não revogar a sua Lei de Anistia, sobretudo diante dos efeitos colaterais, ou danos, eventualmente produzidos na sua histórica campanha para a obtenção de

um assento permanente no Conselho de Segurança das Nações Unidas.

4. Conclusões

Da análise anterior concluímos que, em função da improcedência por sete votos a dois da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, o Supremo Tribunal Federal perdeu uma oportunidade histórica no sentido de possibilitar o julgamento e a eventual condenação dos agentes do Estado amparados pela Lei de Anistia (Lei 6.683/79). Em consequência disso, todas as pessoas que cometeram crimes comuns relacionados com crimes políticos continuam impunes.

De acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2010) no julgamento do caso Gomes Lund e outros, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana dos Direitos Humanos, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação desses fatos.

Ao confirmar a validade da Lei de anistia sem considerar as obrigações internacionais contraídas derivadas do Direito Internacional, o Brasil emergente confirma estudos do pensador francês Jacques Ellul (1990) de que, nas sociedades que atingiram certo grau de evolução jurídica, a ideia de ordem e de segurança passa a ocupar o lugar da justiça como fim e fundamento do direito.

Referências

ARNS, Paulo Evaristo; WRIGHT, James. *Brasil nunca mais: um relato para a história*. Rio de Janeiro: Vozes, 1985.

BARRIENTOS PARRA, Jorge. Crimes contra a humanidade cometidos pelo Estado ou por indivíduos com a convivência estatal à luz do direito interno e

internacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 903, p. 383-410, jan. 2011.

_____. O caso Fujimori: exemplo de superação da impunidade em América Latina. *Revista Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, v. 14, n. 19, p. 199-213, 2010.

_____. O caso Pinochet e a universalização da luta pelos direitos humanos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 763, p. 425-474, maio 1999.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à memória e à verdade: Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2007.

CARVALHO, André Ricardo; MIALHE, Jorge Luís. Dicotomia entre império da técnica no e sobre o direito e a busca da noção de justo no direito interno e internacional. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, v. 22, p. 11-33, 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs Brasil*: sentença de 24 de Novembro de 2010. San Jose: Corte IDH, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2011.

LEITE, Rosalina de Santa Cruz. Elas se revelam na cena pública e privada: as mulheres na luta pela anistia. In: SILVA, Haiké R. Kleber da. *A luta pela anistia*. São Paulo: Unesp, 2009.

DALLARI, Dalmo. Depoimento prestado à Fundação Perseu Abramo. *Fundação Perseu Abramo*, São Paulo, 23 abr. 2006. Disponível em: <www.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/memoria-e-historia/exposicoes-virtuais/dalmo-dallari>. Acesso em: 26 jan. 2012.

ELLUL, Jacques. *La technique ou l'enjeu du siècle*. Paris: Economica, 1990.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GASPARI, Elio. *A ditadura derrotada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009.

HAAG, Carlos. Fê-lo porque quis o quê? *Revista Pesquisa FAPESP*, Pinheiros, n. 182, abr. 2011. Disponível em: <<http://www.revistapesquisa.fapesp.br/?art=4404&bd=1&pg=1&lg=>>>. Acesso em: 26 jan. 2012.

LIMA, Maria Dutra de; SILVA, Marilza Aparecida da. *A luta pela anistia: 30 anos*. Campinas: Arquivo Edgard

Leuenroth, 2009. Disponível em: <<http://www.ifch.unicamp.br/ael/anistia/index.php>>. Acesso em: 7 jun. 2011.

MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO. *Constituinte com anistia: compromissos políticos, sociais e econômicos do MDB*. Brasília: Diretório Nacional Movimento Democrático Brasileiro, 1978. 15 v. (Coleção Alberto Pasqualini).

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Decreto Ley de Amnistía 2.191 de 1978 y su armonización con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 18, n. 2, p. 130, dic. 2005.

REALE, Miguel. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Saraiva, 1972.

SICHES, Luis Recasens. *Filosofia del Derecho*. México: Porrúa, 1970.

SKIDMORE, Thomas E. *Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco: 1930-1964*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

SILVA, Haiké R. Kleber da. *A luta pela anistia*. São Paulo: Unesp, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.