

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Jessica Palma Petry

A LEI DE ANISTIA E O CASO BRASILEIRO: UMA DISCUSSÃO
SOBRE A (IM) POSSIBILIDADE DA PERSECUÇÃO PENAL DOS
AGENTES DA REPRESSÃO

Passo Fundo
2013

Jessica Palma Petry

A LEI DE ANISTIA E O CASO BRASILEIRO: UMA DISCUSSÃO
SOBRE A (IM) POSSIBILIDADE DA PERSECUÇÃO PENAL DOS
AGENTES DA REPRESSÃO

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Faculdade de Direito da Universidade de Passo
Fundo, como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais,
sob orientação do Professor Me. Orlando Faccini
Neto.

Passo Fundo
2013

Depois de atravessar muitos caminhos
Um homem chegou a uma estrada clara e extensa
Cheia de calma e luz.
O homem caminhou pela estrada afora
Ouvindo a voz dos pássaros e recebendo a luz forte do sol
Com o peito cheio de cantos e a boca farta de risos.
O homem caminhou dias e dias pela estrada longa
Que se perdia na planície uniforme.
Caminhou dias e dias...
Os únicos pássaros voaram
Só o sol ficava
O sol forte que lhe queimava a fronte pálida.
Depois de muito tempo ele se lembrou de procurar uma fonte
Mas o sol tinha secado todas as fontes.
Ele perscrutou o horizonte
E viu que a estrada ia além, muito além de todas as coisas.
Ele perscrutou o céu
E não viu nenhuma nuvem.

E o homem se lembrou dos outros caminhos.
Eram difíceis, mas a água cantava em todas as fontes
Eram íngremes, mas as flores embalsamavam o ar puro
Os pés sangravam na pedra, mas a árvore amiga velava o sono.
Lá havia tempestade e havia bonança
Havia sombra e havia luz.

O homem olhou por um momento a estrada clara e deserta
Olhou longamente para dentro de si
E voltou.
Velha história, Vinicius de Moraes.

RESUMO

A presente pesquisa destina-se a analisar a derrocada do regime ditatorial brasileiro, bem como as medidas implantadas à época pelo governo brasileiro para promoção do retorno *lento e gradual* à democracia. Dentre as medidas observadas, encontra-se a promulgação da lei nº. 6.683/79, a qual, pela concessão do direito de graça, beneficiou todos aqueles que praticaram crimes políticos ou crimes conexos politicamente motivados. Destarte, o tema da presente pesquisa adquiriu, nos últimos anos, intenso tom diante do cenário acadêmico em razão da sentença prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou a República Federativa do Brasil a investigar e promover as medidas necessárias para responsabilização penal daqueles que cometeram crimes durante a Guerrilha do Araguaia. Ademais, diante dos reflexos provocados pela referida sentença, em 2008, fora ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (n. 153), perante o Supremo Tribunal Federal, visando ver declarada a inconstitucionalidade da lei de anistia – e sua posterior revogação. Por conseguinte, em face da indignação incitada pela decisão da Suprema corte brasileira que julgou improcedente a referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, examina-se o período no qual a Lei de Anistia fora elaborada e as consequências dela derivadas, a fim de concluir se, no presente momento, é possível ou não a punição dos agentes da repressão pelos crimes praticados durante o regime de exceção.

Palavras-chave: Ditadura militar. Lei de Anistia (n. 6.683/79). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Persecução penal dos militares. Princípios Constitucionais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO	8
1.1 A derrocada ditatorial	8
1.2 Reivindicação da anistia	16
2 LEIS DE ANISTIA LATINO-AMERICANAS E O CASO SUL-AFRICANO: COMPATIBILIDADES E CONTRADIÇÕES.....	23
2.1 Anistias latino-americanas: conformidades e incompatibilidades.....	24
2.2 O caso sul-africano e o modelo brasileiro: semelhanças e divergências.....	34
3 O CASO BRASILEIRO.....	42
3.1 A análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153: o voto de Eros Grau.....	43
3.2 A análise das consequências da (hipotética) revogação da lei de anistia	59
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS.....	81

INTRODUÇÃO

Os 21 anos de ditadura militar (1964-1985) no Brasil, do mesmo modo que em qualquer regime de exceção, transmitiu como legado as chagas da violência, as quais, no período de transição para o regresso à democracia, se pretendeu cicatrizar com a adoção de algumas medidas, tais como: *a)* concessão de anistia a todos os envolvidos em crimes políticos; *b)* distensão lenta e gradual para evitar crises financeiras e a produção de novas ondas de violência pela drástica ruptura; *c)* promulgação de nova Constituição Federal que protegesse a todos de eventual futura tentativa de retorno ao estado de exceção; *e)* pacificação nacional.

Entretanto, após quase três décadas do retorno ao governo democrático, os debates acerca do caminho trilhado anos atrás principiaram a desmontar, incitando a todos a repensar o período transicional brasileiro através da denúncia da República Federativa do Brasil à Corte Interamericana pelos atos praticados na Guerrilha do Araguaia, bem como através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que reclamava a revogação da Lei de Anistia.

Assim, diante desse contexto de agitação jurídica, se desenvolve a presente pesquisa com o intuito de analisar se a punição dos agentes estatais, tão requerida pelas instituições protetoras dos direitos humanos, é possível, bem como com o escopo de identificar quais seriam as implicações e consequências de eventual persecução penal dos militares ao ordenamento jurídico brasileiro. Por conseguinte, se intenta analisar, também, os períodos transicionais de outros países que, igualmente ao Brasil, enfrentaram regimes de exceção nas décadas de 1960 a 1980. Pretende-se, desse modo, examinar as semelhanças e divergências entre os sistemas de transição desenvolvidos nesses países e o modelo adotado pelo Brasil, visando encontrar o modo de ação mais adequado à realidade sociocultural brasileira.

Destaca-se que a intenção da pesquisa é a análise da possibilidade de punição dos agentes da repressão perante o exame histórico do período de transição – bem como da própria ditadura – e as implicações e consequências de eventual persecução penal para o ordenamento jurídico brasileiro. Não se pleiteia, portanto, analisar o problema pela ótica do direito internacional ou das organizações internacionais. Destarte, não se examinarão eventuais consequências ou sanções que o Estado brasileiro por ventura poderá sofrer na

hipótese de descumprimento da sentença prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund *versus* Brasil.

Analisar-se-á, portanto, se a persecução penal dos agentes estatais que cometeram *delitos* durante a ditadura militar seria coerente perante a adoção, pela República Federativa do Brasil, de um sistema transicional minimalista através das já mencionadas medidas perfilhadas pelo governo – democrático – quando do retorno ao Estado Democrático de Direito.

É relevante sublinhar, neste ponto, que a discussão promovida nesta pesquisa insurge-se perante dois grandes argumentos, quais sejam: *a)* a necessidade de punição dos agentes da ditadura a fim de possibilitar o acerto histórico e proporcionar o direito à memória e à verdade, assertiva amplamente defendida pelas organizações em prol dos direitos humanos; e *b)* a impossibilidade de punição dos agentes da repressão em razão dos princípios que regem e estruturam o ordenamento jurídico brasileiro, defendida por juristas como Lauro Joppert Swensson Junior e Dimitri Dimoulis.

Logo, a relevância de tal debate reside, indubitavelmente, no encontro entre direito e a história, apreendendo-se como são intrínsecos, bem como o quanto *a política* está presente na mediação desse jogo. Ademais, já é tempo de o Brasil assumir sua responsabilidade histórica perante as vítimas desta. Todavia, ressalva-se, aqui, que existem variadas formas de responsabilização, assim, resta examinar a feição que mais se ajusta ao sistema brasileiro, tendo em vista sua cultura histórico-social, não sendo *responsabilidade* sinônima de persecução penal.

Significativa é, por conseguinte, a análise dos argumentos que permeiam o presente tema e lhe conferem certa carga de subjetividade, afinal, é certo que quando a história e o direito colidem, surge a necessidade da oitiva das vozes que os constituíram, fugindo da análise jurídica, para o exame do momento histórico, o qual permite sua aceitação, bem como a construção de um futuro mais democrático e com direitos fundamentais mais arraigados e protegidos.

Para tanto, a pesquisa teórica que se desenvolverá terá como metodologia o levantamento bibliográfico por meio de doutrinas, livros, artigos científicos, dentre outros, sendo suas principais referências teóricas as obras de Lúcia Helena Arantes Ferreira e Dimitri Dimoulis.

Ressalta-se, por oportuno, que como suporte de pesquisa serão utilizados os sítios eletrônicos do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ademais, visando a melhor exposição dos ideários controvertidos, utilizar-se-á como metodologia de abordagem o método hipotético-dedutivo, que parte de premissas gerais para buscar conclusões específicas.

Por derradeiro, através do estudo histórico, da análise dos sistemas de transição de regime adotados em alguns países da América Latina, bem como daquele implantado na África do Sul, se pretende encontrar o caminho mais adequado a ser trilhado pelo Brasil. Para tanto, se perpassará, não só por debates de ordem histórica no que tange à variação dos acontecimentos e eventos, mas pela análise dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito e como tais serão aplicados, respeitados ou violados através da persecução penal dos agentes de repressão.

Instiga-se o debate acerca do mais nebuloso período histórico brasileiro, visando compreendê-lo e, ao mesmo tempo, desvendá-lo, com intuito de entender quais as consequências que ele gerou para apreender a forma mais adequada de lidar com as mazelas por ele deixadas, ou seja, se pretende analisar se as medidas adotadas pelo governo brasileiro foram suficientes, da mesma forma que se intenta compreender se a punição aos militares é necessária.

Requer-se, por fim, apreender não a estória do período ditatorial, mas como todo o arraigado histórico encaminhou a sociedade brasileira para o momento atual, avaliando as teses e consequências que entornam o debate acerca da instituição ou não da persecução penal dos agentes estatais.

1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

Para o desenvolvimento da presente pesquisa se faz pertinente discorrer algumas linhas acerca do contexto histórico que envolve a ditadura militar no Brasil, isto é, o período compreendido entre 1964 a 1985, no qual os militares ascenderam ao poder através de um golpe de Estado, instaurando um regime de governo autocrático, caracterizado pela absorção do Poder Legislativo pelo Poder Executivo. Assim, este capítulo pretende desenvolver a contextualização histórica do tema abordado nesta pesquisa, analisando, ainda, a evolução da reivindicação pela anistia (que dará origem à lei n.º. 6.683/79) durante o regime de exceção.

1.1 A derrocada ditatorial

[...]
E continuamos. É tempo de muletas.
Tempo de mortos faladores
e velhas paráliticas, nostálgicas de bailado,
mas ainda é tempo de viver e contar.
Certas histórias não se perderam.
[...]
Tempos Modernos, Carlos Drummond de Andrade.

O período histórico entre 1960 e 1985 marcou o cenário político latino americano¹ pela ruptura na ordem constitucional configurada na instalação do sistema ditatorial de governo através de intensos golpes militares. Dessarte, em meio ao desordenado contexto histórico do pós-segunda guerra mundial – que culminou na divisão do mundo em dois grandes blocos, compostos de um lado pela União Soviética representando a ideologia comunista e por outro pelos Estados Unidos e sua defesa ao capitalismo –, desenvolveu-se a Guerra Fria. E, há que se ponderar que, em uma guerra, é necessário escolher a quem se aliar.

Assim, se salienta que desde a era Vargas o Brasil contou com o apoio não apenas financeiro, mas militar advindo dos Estados Unidos. Destaca-se, nesse ponto, que em 1933, 1937 e 1939, o ministro das Relações Exteriores do governo de Vargas, Oswaldo Aranha, assinou importantes acordos comerciais entre o Brasil e os Estados Unidos. Já, em 1940, o presidente norte-americano Franklin D. Roosevelt concedeu ao país um vantajoso empréstimo

¹ Argentina entre 1966 e 1973 e após em 1976 até 1983. Uruguai desde 1973 até 1985. Chile, com Pinochet, entre 1973 até 1988.

e apoio técnico para construção da Companhia Siderúrgica Nacional, sendo que, para tanto, o governo brasileiro permitiu que tropas norte-americanas se instalassem no Nordeste. Logo, torna-se evidente sob qual influência o país avançaria nessas décadas. Nesse sentido²:

[...] os governantes buscam estreitar, no plano econômico, a associação com seus antigos aliados do capital externo, sob tutela militar nacional, e incorporaram plenamente a estratégia norte-americana de contenção do comunismo, resumida pela Doutrina da Segurança Nacional.

Destarte, a cooperação entre as nações não residia somente no apoio operacional, mas no auxílio militar e financeiro e na unidade de doutrinas – através da estreita identidade ideológica –, as quais embasaram as sucessivas leis de segurança nacional, que, na forma de Decretos-Leis³, representam conjecturado marco legal que outorgava fundamentação jurídica ao aumento progressivo da repressão. Desse modo, com o apoio, envasado na doutrina da segurança nacional e com suporte legal, começou no Brasil o período denominado ditadura militar, que duraria 21 anos e cujo início sobreveio através do golpe militar em 1964, que empossou o marechal Humberto de Alencar Castelo Branco (26º Presidente da República), provocando a fuga e posterior exílio do ex-presidente João Belchior Marques Goulart.

Porém, em outubro de 1965, frente à constante ação da oposição e à acentuada crise do regime militar, o presidente Castelo Branco determinou a publicação no Diário Oficial do Ato Institucional nº 02, estabelecendo, em definitivo, que as eleições presidenciais seriam realizadas no Congresso Nacional em sessão pública – diante de votação nominal por maioria absoluta – e, assim, representando a ultradireita do partido, elegeu-se o 27º presidente do Brasil, Marechal Artur da Costa e Silva⁴.

Percebe-se, por conseguinte, que Costa e Silva não fora consagrado presidente por simples arranjo político – afinal, não se elege o ministro da guerra e marechal do exército brasileiro por nada. Denota-se, desse modo, que a postura linha-dura acrescida à sua defesa do estado de exceção comungava com a ideologia do regime, bem como com a doutrina de proteção à segurança nacional iniciada com o golpe de 1964.

² SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos: contexto histórico. BRASÍLIA: SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS, 2007. p. 19.

³ Vide os Decretos-Leis n. 314/67, 510/69 e 898/69.

⁴ SILVA, Francisco Carlos Teixeira. *Crise da ditadura militar e o processo de abertura política no Brasil, 1974-1985*. In: Coleção Brasil Republicano.

Assim, na presidência da república e perante uma ampla cultura de resistência – manifestada no teatro, literatura, música popular – a qual se inclinava para a luta armada, bem como diante da inesperada decisão do Congresso, que se negou a suspender a imunidade dos parlamentares, não permitindo a abertura de um processo criminal no Supremo Tribunal Federal contra Maurício Moreira Alves (político do MDB) - que, com seus discursos, incitara a população a não comparecer na parada militar de 7 de setembro -, Costa e Silva decretou o Ato Institucional nº 05 (AI-5), símbolo da repressão, que marca o início do período denominado “anos de chumbo”.

É mister referir, nesse hiato, que entre as medidas consagradas pelo AI-5⁵ se encontra, além da supressão do *habeas corpus*, o empoderamento do Executivo, o qual poderia declarar o Congresso em recesso, cassar mandatos, demitir ou aposentar funcionários a seu critério e privar cidadãos de seus direitos políticos.

Destarte, embora curto, o intervalo de tempo em que Costa e Silva governou o país (1967⁶-1969), assinalou a complexidade da política nacional ao por fim à ilusão de alguns militares e civis, denominados *castelistas* ou de *convenção facilitadora*, os quais acreditavam na breve intervenção militar na política que, após combater o inimigo público, retornaria aos quartéis com todas as glorificações, para, então, ocorrer a gradual abertura política.

Relevante, então, avançar até o ano de 1969, o qual, diante do afastamento de Costa e Silva por motivos de saúde – e seu posterior falecimento –, ensejou o *golpe branco* ou *golpe dentro do golpe*, onde uma junta militar impediu a posse do vice-presidente Pedro Aleixo. Nesse sentido, a Arquidiocese de São Paulo⁷ relata como o conflito se desenvolvia:

Constata-se um círculo vicioso: a resistência armada intensifica suas ações e parte para os sequestros, exigindo em troca a libertação de presos políticos; a Junta Militar, por sua vez, adota as penas de morte e banimento, tornando mais dura as punições previstas na Lei de Segurança Nacional (Decreto n. 898), além de outorgar uma Constituição mais autoritária, que é batizada de Emenda Constitucional n. 1. O Congresso Nacional é reaberto apenas para referendar o nome do General Emílio Garrastazu Médici, indicado para a presidência da República, após uma luta surda nos quartéis.

⁵ Acerca da repressão provocada pelos atos institucionais vide os filmes “Batismo de sangue” e “O que é isso, companheiro?”.

⁶ É deste ano a música “Alegria, Alegria” de Caetano Veloso, a qual revela, a cada verso, a opressão sofrida pela sociedade à época, se destaca parte da letra: “Por entre fotos e nomes sem livros e sem fuzil/Sem fome sem telefone no coração do Brasil”.

⁷ Arquidiocese de São Paulo. *Brasil: nunca mais*. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

Dessa forma, calcado na Constituição autoritária, o mandato de Médici (1969-1974) fora intensamente repressivo, malgrado seu governo não seja marcado por cassações e detenhas o apoio do Congresso Nacional reaberto pela junta militar, o general conseguiu extinguir os grupos armados urbanos e reprimir o setor adversário ao regime, uma vez que detinha a arma da propaganda. Trata-se, assim, da época dos grandes *slogans*, tais como: “Ninguém segura este país” e “Brasil: ame-o ou deixe-o”. Sublinha-se que por seu governo *democrático*, a Médici foram “dedicadas” inúmeras músicas, dentre elas está “Cálice” e “Jorge Maravilha”⁸ do cantor e compositor Chico Buarque.

Ressalta-se, ainda, que o projeto de crescimento econômico do país, através do “Brasil potência”, atinge seu auge durante o governo Médici, no qual o PIB elevou-se para 11,2% ao ano, contrastando com a média anual da inflação que não passava dos 18%. Criou-se, portanto, o Milagre Brasileiro que, ao lado do investimento de capital estrangeiro no país, a ampliação de crédito ao consumidor e a revisão de normas de produção, atraíram grandes companhias ao Brasil, tais como General Motors e Ford⁹.

Entretanto, esse fenômeno não poderia durar para sempre. Em razão dos empréstimos, a dívida externa do Brasil só aumentava, chegando aos 97 bilhões de dólares em 1972 e, assim, segundo Silva,¹⁰ “a continuidade da política de concentração de renda, a teoria do bolo, o arrocho salarial e sindical e a continuidade do fechamento político acabam acelerando a reação política, com o aprofundamento da guerrilha urbana e rural”.

Todavia, é nesse cenário de otimismo econômico – destaca-se, aqui, a euforia social pela conquista do título de campeão, conquistado pelo Brasil no campeonato mundial de futebol em 1970 –, e intensa manipulação dos meios de comunicação que o governo Médici atingiu grande sucesso e perpetuou a fase mais sangrenta do regime de exceção¹¹, uma vez que, sob o manto legal criado pela Emenda Constitucional n. 01 e pela nova Lei de Segurança Nacional, a ação partidária era controlada, efetuavam-se prisões, cassavam-se mandatos, censurava-se – *previamente* – a imprensa e, pelo combate direto às guerrilhas armadas, aumentava diariamente o número de desaparecidos políticos.

⁸ Na época, a filha do presidente Médici declarara em entrevista à TV que gostava das músicas compostas por Chico Buarque, desse modo, aproveitando-se da declaração, Chico escreveu a música “Jorge Maravilha”, destaca-se parte da letra: “E como já dizia Jorge Maravilha / Prenhe de razão / Mais vale uma filha na mão / Do que dois pais voando / Você não gosta de mim, mas sua filha gosta”.

⁹ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002. p. 485.

¹⁰ SILVA, *Crise da ditadura militar e o processo de abertura política no Brasil, 1974-1985*. p. 259.

¹¹ Nesse sentido as músicas: Apesar de você e Mosca na sopa de Chico Buarque e Raul Seixas, respectivamente.

Sem embargo, o duelo político em torno da sucessão do general Médici conduz à eleição de Ernesto Beckmann Geisel e, desse modo, o primeiro ato de abertura era realizado, conforme relata Silva¹²:

Supera-se no campo oposicionista, mais ou menos a esta altura, a ideia de uma democratização via derrubada da ditadura militar, com a crise dos experimentos militarizados da guerrilha urbana e a paralisia da tentativa de uma guerrilha rural [...], ao mesmo tempo que crescia a compreensão de que o espaço político, mesmo restrito, era, nas condições vigentes, o único caminho da mudança.

Assim, a oposição que apostava na luta armada, após sucessivas derrotas e perda de inúmeros líderes guerrilheiros, compreendeu que para o retorno à democracia era necessário o apoio social – tendo em vista que a luta armada dava-se contra o governo militar repressivo –, e, para tanto, o restrito espaço político adquirido através da eleição de Geisel ensejou nova esperança. Sobre Geisel é interessante destacar o seguinte comentário de Gaspari¹³: “treze anos depois da noite de abril de 1964, aquela em que o general Arthur da Costa e Silva anunciara que “iria assumir essa coisa toda”, Ernesto Geisel restabelecera a autoridade constitucional do presidente da República sobre as Forças Armadas”.

Destarte, a ideologia *castelista*, outrora esquecida, retornou a discussão política com grande ênfase, sendo debatida, inclusive pelos militares, os quais, nas palavras de Silva¹⁴: “deveriam, no período de 1974 a 1979, organizar a constitucionalização do país, tendo como meta a *distensão lenta, gradual e segura*”.

Regressa, desse modo, a intenção dos militares de proceder ao retorno aos quartéis enquanto o regime ainda detinha o prestígio pelo “milagre brasileiro”. Não obstante, vale ressaltar que a própria candidatura de Geisel e a indicação de Ulysses Guimarães¹⁵ e Barbosa Lima Sobrinho como candidatos da oposição, oportunizou a esta percorrer o Brasil em *pseudo*-campanha, a qual visava, na realidade, denunciar as irregularidades do regime militar.

Tal fato, ressalva-se, somente foi possível a partir da Emenda Constitucional n. 01, que, malgrado instituisse uma constituição extremamente autoritária, previu a reabertura do

¹² SILVA, *Crise da ditadura militar e o processo de abertura política no Brasil, 1974-1985*. p. 261.

¹³ GASPARI, ELIO. *A ditadura encurralada: o sacerdote e o feiticeiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 481.

¹⁴ SILVA, op. cit., p. 262.

¹⁵ Acerca da participação de Ulysses Guimarães no projeto de distensão política, afirmara Geisel: “[Ulysses] foi o elemento que mais me prejudicou no problema da abertura [...] O Ulysses nunca quis compreender o problema da abertura. Ele achava, estou fazendo uma ilação agora, que se promovia pessoalmente, teria maior liderança. Isso era um problema pessoal dele, prejudicando possivelmente o problema nacional”. General Ernesto Geisel, entrevista. In: COUTO, Ronaldo Costa, 1999.

Congresso Nacional (artigo 27), bem como a criação de um Colégio Eleitoral – conforme dispõe artigo 74 –, sendo Geisel o primeiro presidente eleito pelo referido Colégio. Destacase, aqui, que as eleições representaram a primeira vitória oposicionista, seguida pela intenção de reabertura econômica lenta e gradual, conforme outrora fora idealizada pelos *castelistas*. Nesse sentido, aduz Silva¹⁶:

A abertura deveria, assim, permanecer sob a tutela militar, limitada e lenta, porém não durante todo o processo. Os principais passos iniciais para sua concretização, ainda sob Geisel, tais como supressão do AI-5 [...], o fim da censura à imprensa e por fim a anistia, esta já no governo do general João Figueiredo, eram provas cabais da iniciativa, e mesmo primazia, do governo numa primeira fase do processo de abertura política, malgrado a presença intensa da oposição, como no caso da anistia.

Faz-se mister ressaltar, porém, que, não obstante a abertura do Colégio Eleitoral, as eleições para o governo Geisel não foram nem justas nem equânimes, afinal, o horário eleitoral era restrito e a oposição limitada, o que garantiu a vitória da Arena sobre o MDB. Ressalta-se, ainda, que para promover a volta à democracia, era necessário abrandar a repressão – o que Geisel fez através da supressão do Ato Institucional n. 05 –, dialogar com a oposição e desenvolver o retorno aos quartéis.

A supressão do AI-5 concedeu certa autonomia à oposição, cujo lento crescimento de sua liberdade converge com a gradual manifestação de apoio social, assim, ameaçado pela linha-dura, Geisel cassou mandatos de políticos da oposição - por seus discursos contra a segurança nacional –, além de continuar com o regime de prisões e torturas.

O governo começou, dessarte, a travar uma luta contra a linha-dura conservadora. Nesse sentido, segundo Fausto¹⁷: “no curso de 1975, Geisel combinou medidas liberalizantes com medidas repressivas. E [...] embora a guerrilha tivesse sido eliminada, os militares linha-dura continuavam a enxergar subversivos por toda parte. Continuava, [...] a prática da tortura”.

Tal prática resultou na morte, no mesmo ano de 1975, de Vladimir Herzog, diretor de jornalismo da TV Cultura. Sua morte fora apresentada como suicídio por enforcamento e essa forma grosseira de encobrir a realidade provocou uma onda de indignação social demonstrada através de intensos protestos, como, por exemplo, a missa celebrada por Dom Evaristo Arns

¹⁶ SILVA, *Crise da ditadura militar e o processo de abertura política no Brasil, 1974-1985*. p. 265.

¹⁷ FAUSTO, *História do Brasil*. p. 492.

em homenagem a Vladimir. Diante desse contexto, Geisel substituiu o comandante do II Exército Ednardo D'Ávila Melo por Dilermando Gomes Monteiro¹⁸.

Nesse ínterim, o avanço da liberdade oposicionista fortalecida pelas cadeiras assumidas na Câmara e no Senado – 160 contra 204 da Arena – por meio das eleições de 1974, anunciava ao governo a possibilidade de sua derrota. Assim, relata Silva¹⁹:

Visando a evitar novas vitórias da oposição, o ministro da Justiça de Geisel, o notório Armando Falcão, elabora uma nova legislação – a Lei Falcão -, feita sob medida para evitar o acesso da oposição aos meios de comunicação [...]. Assim, enquanto a extrema direita militar, *os radicais* [...] avançavam e procuravam limitar ainda mais o projeto inicial de abertura, o próprio governo se esforça para dividir e inviabilizar a vida da oposição.

Entretanto, apesar da Lei Falcão, o MDB conquistou a maioria das Prefeituras. Destarte, as medidas repressivas aumentaram e Geisel introduziu, em 1977, o pacote de abril, o qual criou os senadores biônicos. Segundo Fausto²⁰: “o pacote foi baixado depois de uma crise entre o Executivo e o Congresso, quando o governo não conseguiu a maioria necessária de dois terços para aprovar várias alterações constitucionais”.

Os senadores biônicos eram assim denominados por serem eleitos indiretamente, através de um colégio eleitoral cuja organização dificultava, imensamente, uma vitória oposicionista e, tanto era assim, que nas eleições de 1978 – aquelas que elegeram o general João Baptista de Oliveira Figueiredo como o 30º presidente Brasileiro com um mandato de seis anos fruto das alterações implantadas pelo “pacote de abril” –, a Arena continuou majoritária na Câmara Federal e no Senado, muito embora o MDB tenha obtido 57% dos votos válidos para este (perdeu a maioria da casa em razão dos biônicos e da não proporcionalidade das eleições).

Há que se destacar que essa vitória nas urnas deve-se inclusive à descrença do setor empresarial com o governo, conforme relata Fausto²¹: “As dúvidas de muitos empresários, em especial de São Paulo, sobre os rumos da política econômica, deram origem a uma campanha contra o excessivo intervencionismo do Estado. Um setor dominante tratava assim de intervir

¹⁸ SILVA, *Crise da ditadura militar e o processo de abertura política no Brasil, 1974-1985*, p. 266.

¹⁹ *Ibidem*, p. 263.

²⁰ FAUSTO, *op. cit.*, p. 493.

²¹ FAUSTO, *História do Brasil*. p. 496.

na cena política”. Logo, o milagre mostrava não ser tão *milagroso* a ponto de conter a inflação e a abater a dívida externa.

No que tange ao governo de Figueiredo²², leciona Fausto²³ que:

O período Figueiredo combinou dois traços que muita gente considerava de conveniência impossível: a ampliação da abertura e o aprofundamento da crise econômica. Pensava-se que as dificuldades econômicas estimulariam conflitos e reivindicações sociais, levando à imposição de novos controles autoritários por parte do governo. O equívoco desse raciocínio estava em fazer da política uma simples decorrência da economia. Sem dúvida, os raros momentos de folga na área econômica facilitaram os lances no processo de abertura. Mas, como um todo, a abertura seguiu seu curso, em meio a um quadro econômico muito desfavorável.

O quadro econômico brasileiro era, sim, tão desfavorável que em 1983, com as reservas de dólares esgotadas, o Brasil recorreu ao FMI em troca de uma *modesta* ajuda financeira em desesperada tentativa de restaurar sua credibilidade internacional. Nesse cenário, o dissabor social com o governo era notório e o golpe final em sua derrocada foi dado, pasme-se, pelos próprios militares.

Tal golpe era o “atentado ao Riocentro”. Nas palavras de Silva²⁴:

Na noite de 30 de abril de 1981, no espaço do cento de convenções denominado Riocentro, [...], foram colocadas diversas bombas durante um show [...] em corresponderam aos planos traçados pelos militares que promoveram a ação, pois uma das bombas explodiu no interior do carro onde estavam o sargento Guilherme Pereira Rosário e o capitão Wilson Machado, ambos do Destacamento de Operações de Informação (DOI), órgão do I Exército sediado no Rio de Janeiro. As pressões para apuração severa dos acontecimentos uniram a sociedade civil e provocaram forte conflito no interior do próprio governo.

A falta de esforço e interesse do presidente em apurar o incidente conjuntamente com os sinais de saturação e decrepitude da ditadura conduziram ao crescimento do movimento

²² Destaca-se, nesse período, a música “Vai passar”, composta por Chico Buarque e que enfatiza a levanidade do povo que se revolta com a ditadura, mas ao chegar o carnaval tudo é esquecido, nesse sentido, parte da letra: Seus filhos/Erravam cegos pelo continente/Levavam pedras feito penitentes/Erguendo estranhas catedrais/E um dia, afinal/Tinham direito a uma alegria fugaz/Uma ofegante epidemia/Que se chamava carnaval/O carnaval, o carnaval/(Vai passar).

²³ FAUSTO, p. cit., p. 501.

²⁴ SILVA, *Crise da ditadura militar e o processo de abertura política no Brasil, 1974-1985*, p. 271.

popular que – primeiro lutando pela anistia e após pelo retorno dos exilados – deu origem ao movimento denominado *Diretas Já!*, o qual tomou as ruas em 1983. Através desses, bem como da campanha pró-eleição de Tancredo Neves, emergiu um novo arranjo político que levaria este ao poder. E, em 15 de janeiro de 1985, Tancredo Neves, consagrado pelo Colégio Eleitoral, é eleito - por 4.080 votos contra 180 de Paulo Maluf – 31º Presidente do Brasil.

Destarte, nas palavras de Silva²⁵: “a ditadura iniciada 21 anos antes, com um golpe contra a República constitucional chegava ao fim. O último general presidente não passaria a faixa ao seu sucessor, retirando-se do Palácio do Planalto pela porta dos fundos. Começava a Nova República”.

1.2 Reivindicação da anistia

Eu te peço, tira teus dedos da minha garganta;
 Pois embora eu não seja raivoso ou violento,
 Tenho em mim alguma coisa perigosa,
 Que tua sabedoria fará bem em respeitar.

Hamlet, Shakespeare.

Em nome do pai, punido,
 Mas que a brasa da esperança
 No seu peito injustiçado
 Entre as cinzas resguardou;
 Em nome do filho - a quem
 Tu vais em breve entregar
 O que o arbítrio lhe negou;
 E em nome do grande espírito
 De liberdade que acende
 A consciência mais fria
 Eu te batizo: anistia.

Uma questão de amor, Thiago de Mello.

Inicialmente é relevante aferir que a anistia é um instituto do direito penal, um direito de graça, caracterizado pelo seu caráter amplo, sendo sua concessão causa de extinção da punibilidade (artigo 107, inciso II, Código Penal), assim, a anistia proíbe a persecução criminal e apaga as condenações anteriormente impostas, bem como todas as características delituosas²⁶. Destaca-se, ainda, que a anistia pode ser concedida a qualquer tempo, desaparecendo todas as consequências penais do crime anistiado, isto é, a anistia importa o esquecimento do fato e do autor, logo, quem a recebeu, caso venha a cometer outro delito, não pode ser considerado reincidente.

²⁵ SILVA, *Crise da ditadura militar e o processo de abertura política no Brasil, 1974-1985*, p. 274.

²⁶ BASTOS, Lúcia Elena Arantes Ferreira. *Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009.

Dito isso, no Brasil, o reclame pela concessão da anistia surge durante o regime militar após a decretação dos atos institucionais n. 01 e 02, em face às inúmeras prisões, cassações e indiciamentos provocados por estes, posto que, entretanto, se calcula que apenas o Ato Institucional nº 01 cassou um total de 2.985 cidadãos brasileiros²⁷.

Acerca do Ato institucional n. 02 assevera Martins²⁸:

O AI-2 avançou bem mais que o primeiro, muito embora, como aquele, tivesse duração limitada, vigorando até março 15 de março de 1967. Reformou a Constituição em vários pontos, inclusive para tornar competência da Justiça Militar o julgamento de civis por “crimes contra a segurança nacional”. Desta feita, além de suspender as garantias constitucionais de vitaliciedade e estabilidade, susteve também a de inamovibilidade bem como a de “exercício das funções por tempo certo”. E não mais seria preciso a “investigação sumária” para demitir ou reformar.

Ademais, o Ato Institucional nº 02 reabriu a *temporada* de suspensão de direitos políticos e a cassação de mandatos iniciada pelo Ato Institucional n. 01, considerando, entretanto, os cargos que estavam vagos como extintos. Malgrado, os atos institucionais, consoante se assevera acima, tenham principiado as intensas ondas punitivas e repressivas do regime de exceção, sua recepção social não foi pacífica, sendo reivindicada a anistia.

Nesse sentido são as palavras do jornalista Carlos Heitor Cony²⁹:

É preciso que a palavra cresça: invada os muros e as consciências. Desde 1º de abril que o governo tem diante de si um dilema incontornável: ou processa e condena *regularmente* os milhares de acusados em todo o país ou concede anistia. A primeira opção caiu por terra: os processos, em sua maioria, não foram feitos e os poucos que estão em curso pejaram-se de irregularidades [...] resta a segunda opinião: a anistia. Que o Congresso vote a anistia. [...] Ninguém está pedindo perdão a este governo. Tal pedido implicaria o reconhecimento de culpa [...] por não ter o Executivo capacidade de presidir a processos regulares.

Destaca-se que o apelo pela concessão de anistia obteve o apoio de alguns militares, dentre eles os de índole *castelista*. Todavia, a anistia não fora concedida e, nesse intermédio

²⁷ FIGUEIREDO, Marcos. *Legitimidade e coação no Brasil pós-64*. Tese apresentada no Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUERJ.

²⁸ MARTINS, Roberto Ribeiro. *Anistia ontem e hoje*. São Paulo: Brasiliense, 2010. p. 148.

²⁹ CONY, Carlos Heitor. *Anistia*. Revista Civilização Brasileira. V. 1, março de 1965. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965. p. 15.

de tempo, elegeu-se Costa e Silva, o qual decretou apenas um indulto. Adentra-se, então, num dos períodos mais conturbados do regime. Sobre o ano de 1968, destaca Martins³⁰ que:

O regime instituído em março de 1964 enfrentava seus momentos mais críticos, com imensas camadas populares ganhando as ruas e exigindo liberdade. Gritava-se “abaixo a ditadura”. Principal artífice dessas manifestações, o movimento estudantil vinha se rearticulando desde 1966. Com a morte [...] do secundarista Edson Luís, [...] as manifestações de rua tomam corpo e caráter nacional. [...] o ponto alto é a *Passeata dos 100 mil* [...] entre as reivindicações, os estudantes apontavam [...] a *anistia* para professores e alunos punidos.

Diante desse contexto, foi apresentado perante o Congresso Nacional um projeto de Lei de autoria do deputado Paulo Marcarini, o qual objetivava a concessão de anistia a todos aqueles – estudantes, trabalhadores, operários – punidos por atos realizados durante as manifestações populares desde março de 1968. O projeto, em decorrência da pressão militar, foi rejeitado, obtendo 145 votos favoráveis e 198 contrários³¹.

O ano de 1968 é marcado, ainda, pela decretação, em 13 de dezembro, do Ato Institucional n. 05, inaugurando, desse modo, os anos de chumbo. Com as medidas advindas do referido ato, quais sejam: suspensão da atividade política, censura à imprensa e o emprego de tortura como tratamento aos presos políticos; a oposição recorreu às armas e, de 1969 até 1973, o Brasil é tatuado com as guerrilhas rurais.

Ressalva-se que o ano de 1969 é marcado, ainda, pela Emenda Constitucional n. 01, que outorgou uma nova Constituição, a qual previa a prisão perpétua, a pena de morte e perda da capacidade de exercício de qualquer cargo político para todos aqueles que tiveram seus mandatos cassados independentemente da data da cassação. Salientar-se, entretanto, que a iniciativa de lei para concessão de anistia passou, na Constituição de 1969, a ser de competência exclusiva do Presidente da República, conforme seu artigo 57, inciso VI.

É mister ressaltar que em 1969 iniciou o mandato do Presidente Emílio Garrastazu Médici, o qual, conforme referido na primeira parte deste capítulo, se caracterizou pelo milagre econômico, cujo projeto provocou a ascensão do governo – apoio – e os resultados a sua ruína. No que tange à busca pela anistia nesse período, leciona Martins³²:

³⁰ MARTINS, *Anistia ontem e hoje*. p. 152.

³¹ *Ibidem*, p. 153.

³² MARTINS, *Anistia ontem e hoje*, p. 33.

A anistia agora se torna uma necessidade ainda mais imperiosa, muito embora não encontre, inicialmente, meios de ser reivindicada. [...] Nessa empreitada, destaca-se o papel da Igreja [...]. Em 1974, os estudantes paulistas uniram-se a advogados e familiares de presos formando o Comitê de Defesa dos Presos Políticos – CDPP. No parlamento, destaca-se um grupo de combativos deputados, os autênticos do MDB que haviam sido eleitos nas cerceadas eleições de 1970, oportunidade em que muitos deles postularam anistia, eleições diretas, fim do arbítrio e respeito aos direitos humanos. Com o tempo, muitos de seus principais líderes serão ceifados pelas cassações. [...] Apesar de tudo, a anistia continua a ser reivindicada por vozes esparsas, mas que aos poucos vão se somando.

Assim, as eleições de 1970 representaram a vitória *simbólica* do MDB sobre a Arena, a qual, porém, fora forçada a instituir cargos biônicos para manter a maioria de representantes nas casas. Tais funcionários adquiriram este nome – biônicos - vez que eram eleitos indiretamente e assumiam seus mandatos através da sanção dos militares que lá os dispunham. Entretanto, malgrado a presença desses tenha retirado as cadeiras daqueles eleitos por sufrágio universal, os políticos de oposição que, após anos de ditadura, conseguiram finalmente se eleger, representaram a mudança que estava a se desenvolver no contexto histórico e social brasileiro, o qual clamava, ainda que aos sussurros, a volta à democracia.

Nesse sentido, acerca dos senadores biônicos, destaca-se a crônica publicada no Jornal do Brasil, em 14 de abril de 1977, na qual Carlos Drummond de Andrade³³ afirma, ironicamente, qual seria o mandato ideal, em manifesta oposição ao regime:

Os mandatos teriam a duração exemplar de 24 horas, o que eliminaria angústias e infartos, e poderiam ser, não digo cassados, pois julgo a expressão extremamente antipática, mas revogados, caso no fluir dos minutos o eleitor achasse que fizera má escolha. Já sei que impugnariam o meu projeto, apontando-lhe mil inconvenientes, entre os quais o de provocar a anarquia governamental e legislativa, pois não haveria um só presidente, e sim talvez milhões, dada a tendência de muito eleitor a votar em si mesmo, o que se repetiria para a eleição para governadores, senadores, deputados, prefeitos e vereadores. Podendo até dar-se o caso de um mesmo indivíduo eleger-se simultaneamente para todas essas funções. Como governar, como elaborar leis desta maneira?

O governo de Geisel, dessa forma, já se iniciou com a promessa de distensão realizada pelo general. Requereu-se o retorno a democracia, através da distensão política. Entretanto, no

³³ Disponível em: <http://www.jb.com.br/especial-drummond/noticias/2012/07/02/cronica-no-jornal-do-brasil-em-abril-de-1977-se-eu-fosse-consultado-2/>.

seu discurso, em primeiro de agosto, Geisel³⁴ esclareceu: “o governo não abrirá mão dos poderes excepcionais de que dispõe, nem admite, [...], pressões [...] ou grupos de interesse visando, [...], a queimar etapas no processo de desenvolvimento político – que se requer, ao contrário, lento, mediato e progressivo para que seja duradouro”. Percebe-se, assim, que a clamada revogação do Ato Institucional nº 05 e a concessão de anistia não integravam os planos governamentais.

Todavia é neste mesmo ano, 1975, que a luta pela anistia passa de simples reivindicação para se tornar um movimento organizado. Ressalta-se, aqui, a nacionalização do Movimento Feminista pela Anistia e as atuações da Associação Brasileira de Imprensa e do jornal “Brasil Mulher”. Sobre o período afirma Swensson Junior³⁵:

Importantes nesse processo reivindicatório pela anistia, [...], foram os protestos por ocasião da morte, nos órgãos de repressão política da ditadura, do jornalista e teatrólogo Wladimir Herzog, bem como do metalúrgico Manoel Fiel Filho. [...] Uma semana depois do comovente enterro no cemitério judaico, a Polícia fechou todas as grandes avenidas da capital paulista para que o povo não pudesse comparecer à cerimônia ecumênica na Catedral da Sé. Mesmo assim, milhares de pessoas lotaram a igreja. A morte de Manoel Fiel Filho, por sua vez, obrigou o governo a substituir o comandante do segundo Exército, general Ednardo D’Ávila Melo.

Torna-se importante, agora, avançar até o ano de 1977, uma vez que é nele que a reivindicação pela anistia atinge às ruas, liderada pelos movimentos estudantis, sendo que a primeira manifestação pública, que a pleiteia, ocorreu em Porto Alegre em abril do referido ano. Nesse hiato, aduz Martins³⁶ que: “depois da prisão, em São Paulo, de estudantes e operários que distribuía panfletos comemorativos do 1º de maio, o movimento pela anistia se expande nacionalmente”.

Destaca-se que 1977 é, ainda, o ano do *pacote de abril* e da campanha pela convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. Nesse contexto, destaca-se o seguinte extrato do discurso do deputado Ulisses Guimarães³⁷:

³⁴ Discurso disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/ex-presidentes/ernesto-geisel/discursos-1/1975/27.pdf/download>.

³⁵ SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Anistia penal: problemas de validade da lei de Anistia Brasileira (Lei n. 6.683/79)*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 178.

³⁶ MARTINS, *Anistia ontem e hoje*, p. 162.

³⁷ Discurso proferido em 13 de maio de 1978, em Salvador. Disponível em: <http://www.almanaquebrasil.com.br/politica/9325-discurso-de-ulysses-guimaraes.html>

Mesmo que tenhamos divergências naturais, é preciso que nos unamos numa trincheira comum. Há um inimigo comum [...]. São aqueles que se apropriaram do poder e só através de nossa união é que poderemos reconciliar esta nação. A data de 13 de maio é a data limpa, asseada, decente e branca da liberdade neste país. [...] Mas, meus amigos, aguardamos e lutamos por outra Lei Áurea, por outro 13 de maio: pela libertação. Esta libertação será no dia que está próximo e que tem este nome: Assembleia Nacional Constituinte. E a Assembleia Nacional Constituinte só pode ser feita na base da honra, da dignidade, do dever de reparação àqueles que tomaram no sangue e no sacrifício. A base para isso é esse nome de paz e de esperança para o Brasil e seus filhos: Anistia.

Diante das manifestações em prol da constituinte, a qual é condição prévia para a concessão da anistia, o governo estimulou reformas políticas, bem como decidiu lembrar à nação as vítimas do terrorismo em face às manifestações em reverência aos 10 anos da morte do estudante Edson Luís. Assim, diante da resposta estatal, as manifestações se transformaram em grande reivindicação nacional pela anistia³⁸.

Nesse ponto, com as reformas políticas amplamente criticadas, se ressaltam as palavras do advogado Sobral Pinto apud Martins³⁹: “Que autoridade tem o presidente da República e políticos da Arena que não receberam poder do povo brasileiro, como constituintes, para modificar a Constituição?”. Destaca-se, em nome do pleito pela anistia, o apoio a ela concedido pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, bem como a repercussão da greve de fome de 84 presos políticos iniciada em 1978 no presídio de Itamaracá em Pernambuco e que recebeu adesão nacional de encarcerados políticos em inúmeros presídios do país.

Assim, assevera Martins⁴⁰:

Presente a todos o recente exemplo da Bolívia, em que por meio de greves de fome e manifestações populares foi conquistada uma anistia geral, a luta transformou-se numa vigorosa manifestação pela anistia. Quando uma lei draconiana determina tratamento tão desumano a pessoas condenadas a passar o resto da vida encarceradas, só uma reivindicação coloca-se como necessária e urgente para o povo brasileiro: *anistia geral!*

³⁸ MARTINS, op. cit., p. 165.

³⁹ MARTINS, *Anistia ontem e hoje*, p. 168.

⁴⁰ MARTINS, *Anistia ontem e hoje*, p. 170.

Desse modo, após ampla reivindicação, abarcando todos os setores sociais, bem como depois de extensa negociação entre as instituições reivindicantes e o governo, o então presidente da República João Baptista Figueiredo assinou o projeto que deu origem à lei nº 6.683/79 e o encaminhou ao Congresso Nacional para votação. Deve-se destacar que tal ato cumpriu com as exigências legais da época, posto que, conforme outrora referido, a iniciativa para lei de anistia era de competência exclusiva do Presidente da República.

Encaminhado para a casa civil, o projeto passou pelas comissões legislativas, sendo propostas 305 emendas e nove projetos substitutos ao original para análise. Acerca do tema, afirma Swensson Junior ⁴¹:

O grande número de emendas e substitutos apresentados à comissão mostra-nos a insatisfação dos parlamentares com o Projeto de Lei do Presidente Figueiredo. [...] Diante de tantas críticas, o relator Ernani Satyro apresentou um substituto ao projeto do governo, para posterior deliberação do plenário. Em suma, o substituto diferenciava-se do Projeto de Lei do governo por: a) conceder anistia para crimes eleitorais [...]; c) estender o prazo para concessão da anistia [...]; g) possibilitar que os anistiados inscritos em partidos políticos legalmente constituídos votem e sejam votados nas convenções partidárias.

Nos dias 21 e 22 de agosto de 1978, realizaram-se sessões conjuntas entre o Senado e a Câmara dos Deputados no Congresso Nacional visando discutir e votar, em turno único, o Projeto de Lei nº 14, bem como o substituto - Projeto de Lei nº. 78 - apresentado por Ernani Satyro, o qual foi aprovado com a maioria absoluta dos membros das casas legislativas e maioria simples dos votos – lei ordinária⁴².

Após a votação, o projeto aprovado fora encaminhado ao Presidente da República e deste obteve sanção, assim, recebendo o número 6.683, a lei fora promulgada em 28 de agosto de 1979. Ressalta-se, porém, que o presidente João Figueiredo vetou parcialmente o artigo 1º da referida lei, a fim de excluir a expressão “e outros diplomas legais”.

A lei de anistia promulgada em 1979 representou, por conseguinte, o marco transitorial entre o regime ditatorial e o retorno à democracia, pois através dela e da supressão do Ato Institucional nº 05 a *distensão lenta e gradual* rumou para as eleições de 1985. Destaca-se que o processo de transição brasileiro, isto é, o processo de retorno à democracia foi lento, gradual e negociado, tanto é assim, que o vice-presidente eleito em 1985, José

⁴¹ SWENSSON JUNIOR, *Anistia penal...*, p. 183.

⁴² *Ibidem*, p. 185.

Sarney, o qual em face da morte de Tancredo Neves assumiu a presidência da República e cujo governo representa a volta ao estado democrático, iniciou sua carreira no partido militar, ou seja, na Arena.

Por derradeiro, é necessário ressaltar que após a promulgação da referida lei nº 6.683, pouquíssimo ou quase nada se debateu acerca da concessão de anistia no Brasil. É fato, porém, que algumas poucas famílias ajuizaram demandas jurídicas objetivando receber indenizações do Estado e provocar a punição dos agentes anistiados, malgrado não tenham obtido sucesso. Tendo em vista essas demandas, em 1995, o Presidente Fernando Henrique Cardoso promulgou a lei nº. 9.140, conhecida como lei dos desaparecidos, a qual indenizou inúmeras famílias sobre os danos sofridos durante o regime de exceção, bem como reconheceu⁴³ como mortos os desaparecidos entre dois de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988⁴⁴.

Assim, a lei de anistia só voltou a ser objeto de debate em 2009, quando, inconformados com a lentidão da justiça e a sua ineficácia, parentes de desaparecidos na guerrilha do Araguaia submeteram o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁴⁵, cuja condenação⁴⁶ pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴⁷, em 2010, reacendeu o debate no Brasil e deu origem às comissões da verdade.

2 LEIS DE ANISTIA LATINO-AMERICANAS E O CASO SUL-AFRICANO: COMPATIBILIDADES E CONTRADIÇÕES

Para o correto desenvolvimento da presente pesquisa é apropriado, além da contextualização do período ditatorial brasileiro, examinar a conjuntura na qual foram elaboradas as leis de anistia nos países latino-americanos da cercania, bem como observar como fora desenvolvida a justiça de transição em países que sofreram regimes de exceção de forma semelhante ou não com a ditadura brasileira, visando, através das compatibilidades e

⁴³ Artigo 2º da Lei 9.140/95, alterado pela Lei 10.536 de 14 de agosto de 2002.

⁴⁴ SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Punição para crimes da ditadura militar: contornos em debate*. In: Justiça de Transição no Brasil. Dimoulis, Dimitri (Org.). São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31.

⁴⁵ Decisão disponível em: <http://www.cidh.oas.org/demandas/11.552%20Guerrilha%20do%20Araguaia%20Brasil%2026mar09%20PORT.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2013.

⁴⁶ Caso Gomes Lund, sentença disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 16 jul. 2013.

⁴⁷ A decisão da corte interamericana será analisada no terceiro capítulo desta pesquisa.

contradições entre os regimes, apreender e compreender melhor a história brasileira a fim de promover o correto desenrolar do tema.

2.1 Anistias latino-americanas: conformidades e incompatibilidades

Como dois e dois são quatro
 sei que a vida vale a pena
 embora o pão seja caro
 e a liberdade pequena
 Como teus olhos são claros
 e a tua pele, morena
 como é azul o oceano
 e a lagoa, serena
 Como um tempo de alegria
 por trás do terror me acena
 e a noite carrega o dia
 no seu colo de açucena
 - sei que dois e dois são quatro
 sei que a vida vale a pena
 mesmo que o pão seja caro
 e a liberdade, pequena.
Dois e dois: quatro, Ferreira Gullar⁴⁸.

Como outrora já mencionado, as décadas de 1970 e 1980 abalaram a estrutura político-social latino-americana pela introdução das ditaduras militares. No Brasil, o regime de exceção se estendeu por 21 anos, entretanto, o lapso temporal não denota o rigor e a aspereza da ditadura se comparada ao ocorrido em outros países da América do Sul. Nesse sentido, pode-se citar, a título exemplificativo, a ditadura argentina, que, embora tenha durado apenas sete anos (1976 e 1983), conta com cerca de 30 mil mortos e desaparecidos⁴⁹.

Deveras, o regime de exceção iniciou-se na Argentina em 24 de março de 1976, através do golpe militar que destituiu do poder a então presidente Isabel Perón – a qual foi presa e movida à cidade Neuquén – assumindo o governo, desse modo, uma junta militar comandada pelo general Videla, logo após, proclamado presidente, inaugurando o regime

⁴⁸ That' the question
 Dois e dois são quatro.
 Nasci cresci
 para me converter em retrato?
 em fonema? em morfema?
 Aceito
 ou detono o poema?

⁴⁹ Vide a música 'Desapariciones' do compositor e cantor Rubens Blades.

denominado por seus líderes de "Proceso de reorganização nacional". Nesse sentido, disserta Yacobucci⁵⁰:

Dentro de esos mecanismos que se desarrollaron en el periodo democrático se incluyeron formaciones especiales que enfrentaban de manera violenta a los grupos subversivos. [...] En ese contexto de violencia urbana y rural, que incluye acciones guerrilleras extendidas en provincias con la pretensión de ocupar y dominar parcialmente su territorio - [...] - se produce el golpe de estado de los años setenta por parte de las Fuerzas Armadas, que instalan una dictadura militar; proscribiendo los partidos políticos, deteniendo a la presidenta Isabel Martínez de Perón, confiscando bienes, disolviendo el Congreso a nivel federal y provincial y dominando todas las estructuras del poder, incluso interviniendo en los sindicatos.

Assim, a violência é característica intrínseca ao regime de exceção argentino. Obviamente, não se está a referir, aqui, apenas a agressão física, posto que a violência do regime se destaca em inúmeras das medidas adotadas pelo governo, tais como: suspensão de direitos trabalhistas, intervenção em sindicatos, dissolução da Corte Suprema de Justicia, queima de milhares de livros e revistas classificados como subversivos, etc.⁵¹

Outrossim, é importante ressaltar, entre todos os atos praticados pela “política do terror”, aquele que pode ser considerado, talvez, como o de mais pura crueldade, se trata, pois, do desaparecimento de centenas de crianças, nascidas dentro dos campos de retenção argentinos e encaminhadas – muitas vezes mediante pagamento –, para famílias adotivas⁵², ou seja, se está a aludir à verdadeiro tráfico “institucional” de crianças⁵³.

Fazendo uso da concepção cíclica da história, após a derrota na guerra pelas Ilhas Malvinas, é iminente a derrocada do regime instalado pela junta militar. Sobre esse período histórico, afirma King⁵⁴:

Forçado a renunciar após a derrota, o governo cessante promulgou uma lei de anistia em branco antes de deixar o cargo. Como escrito, a Lei de Pacificação Nacional

⁵⁰ YACOBUCCI, Guillermo J. *El juzgamiento de las graves violaciones de los derechos humanos en la Argentina*. In: Crimes da ditadura militar. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 24.

⁵¹ Ministério da Educação do governo argentino, Disponível em: <http://www.me.gov.ar/efeme/24demarzo/dictadura.html>. Acesso em: 20 ago. 2013.

⁵² Destaca-se aqui o 'neto 109', menino desaparecido e encontrado, este ano, pelo avó biológica após ser adotado por família chilena.

⁵³ Nesse sentido, vide o filme "La história oficial", bem como os vídeos sobre a história das madres de la Plaza de Mayo' disponíveis em: http://www.youtube.com/watch?v=GtI_IBMrjNY.

⁵⁴ KING, Elizabeth. *Amesties in a time of transition*. George Washington International Law Review, v. 41, n. 3, p. 584, 2011.

imunizou, previamente, os militares de todos os crimes cometidos por seus membros. A anistia, no entanto, foi de curta duração, o recém-eleito presidente, Raúl Alfonsín, revogou a anistia ao assumir o cargo e colocou os nove líderes da junta em julgamento, juntamente com muitos outros membros das forças armadas. (tradução nossa)

A princípio, destaca-se que entre os nove líderes da junta militar que foram processados, se encontram os ex-presidentes general Jorge Videla e general Roberto Viola. Ressalta-se que lei de anistia, ou lei de pacificação nacional como fora denominada, transparece, em sua redação, a influência da doutrina de segurança nacional, desse modo, pode-se concluir que seu verdadeiro intuito era a autoanistia, uma vez que aqueles contrários ao regime são denominados no texto como "os subversivos"⁵⁵.

A lei de pacificação nacional se distingue, ainda, da lei de anistia brasileira por seu curto período de duração, tendo em vista que foi revogada pelo Congresso Nacional, que a considerou inconstitucional, apenas três meses após sua promulgação. Assim sendo, se conclui que a lei de anistia argentina não partiu de um diálogo entre governo e oposição, nem o processo de transição foi gradual e lento como o brasileiro, pois, tanto é assim, que ao assumir o governo o presidente Alfonsín revogou a lei de anistia, processou os antigos governantes e instituiu as Comissões da Verdade⁵⁶.

Já no Brasil, o povo clamou pelas Diretas já!, elegendo Tancredo Neves, candidato do MDB, e seu vice José Sarney, candidato da Arena (embora tenha concorrido à vice-presidência pelo PDS partido sucessor da Arena), que, com a morte de Tancredo, assumiu a presidência da República. Desse modo, o retorno à democracia ocorreu através de um presidente da direita e, conforme queriam os militares, por meio de distensão lenta e gradual. Sublinha-se, por derradeiro, que a lei nº 6.683/79, que vigora no Brasil, só possuiu sua constitucionalidade debatida em 2008 – através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 –, ou seja, 29 anos após sua promulgação.

Dessarte, após a revogação da lei de pacificação social, a Corte federal de apelação de Buenos Aires analisou a conduta dos comandantes da Junta Militar, tais como Jorge Rafael

⁵⁵ A influência doutrina de segurança nacional é nítida em todo texto da Lei de Pacificação Nacional (n. 22.924/83). Destaca-se seu artigo 1º, *ipsis litteris*: Decláranse extinguidas las acciones penales emergentes de los delitos cometidos con motivación o finalidad terrorista o subversiva, desde el 25 de mayo de 1973 hasta el 17 de junio de 1982. Los beneficios otorgados por esta ley se extienden, asimismo, a todos los hechos de naturaleza penal realizados en ocasión o con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir, conjurar o poner fin a las referidas actividades terroristas o subversivas, cualquiera hubiere sido su naturaleza o el bien jurídico lesionado. Los efectos de esta ley alcanzan a los autores, partícipes, instigadores, cómplices o encubridores y comprende a los delitos comunes conexos y a los delitos militares conexos.

⁵⁶ YACOBUCCI, *El juzgamiento de las graves violaciones de los derechos humanos en la Argentina*, p. 26.

Videla (exército), Emilio Eduardo Massera⁵⁷ (marinha) e Orlando Ramón Agosti (aeronáutica), sendo os dois primeiros condenados à prisão perpétua culminado com a perda da patente e Agosti a três anos e nove meses de prisão⁵⁸. Entretanto, aduz Yacobuci⁵⁹:

Al mismo tiempo progresaban las investigaciones y procesos contra los distintos niveles de ejecución de esos crímenes, llevando a las instancias judiciales a numerosos miembros de las fuerzas armadas y de seguridad de distinta jerarquía. [...] Motivó la reacción de otros integrantes de las fuerzas que obligaron al gobierno democrático a una negociación. Por lo demás, algunos sectores políticos reclamaban cerrar el capítulo de juzgamiento, asumiendo un límite temporal y un “corte” en la cadena de mandos en cuanto a quienes debían responder penalmente.

Com efeito, o início da investigação e o ajuizamento de ações contra oficiais de baixa hierarquia – suboficiais, polícia pessoal – deu causa à insurgência dos integrantes das forças armadas e, em consequência, o Congresso – vale destacar: democrático, representativo e conforme as formalidades constitucionais – promulgou as leis do Ponto Final (nº 23.492) e da Obediência Devida (nº 23.521) com o objetivo de conceder anistia aos potenciais acusados. Nesse sentido, se sobressai o afirmado por Bastos⁶⁰:

Por meio da limitação do prazo de 60 dias, a contar da promulgação da primeira lei [Ponto Final], para que fossem iniciados os processos penais por crimes cometidos durante a ditadura, a consequência foi a criação de um limite temporal para qualquer punição. O propósito da segunda lei [obediência devida] foi de adotar uma presunção irrefutável de que qualquer membro a serviço do Estado, com exceção dos altos comandantes, tinha atuado sob ordens e não era responsável pelos atos cometidos.

É importante salientar que a legitimidade dessas leis foi verificada e aceita pelas Câmaras Federais e pela Corte Suprema de Justiça Nacional. Seguindo esse viés, durante o governo de Carlos Saúl Menem (1989-1999 – dois mandatos), surge a necessidade de concluir esse capítulo da história, promovendo a pacificação da sociedade argentina. Para tanto, Menem concedeu indulto àqueles que haviam sido condenados por crimes cometidos durante o regime de exceção, assim, dentre outros, foram beneficiados com o indulto Videla e Massera.

⁵⁷ Destaca-se que Massera coordenou a Escola Superior de Mecânica da Armada, centro de detenção clandestino onde foram assassinadas mais de cinco mil pessoas.

⁵⁸ Ressalta-se que outros três membros da junta foram condenados à penas de dezesseis, oito e quatro anos, sendo absolvidas quatro pessoas.

⁵⁹ YACOBUCI, op. cit., p. 27.

⁶⁰ BASTOS, *Anistia...*, p. 129.

Durante o período de vigência das referidas leis e dos indultos, inúmeras ações foram propostas com o intuito de ver respeitado seu direito de saber a verdade. Não se tratava de persecução penal, apenas do direito dos familiares, ora vítimas, à verdade sobre o que aconteceu a seus filhos, netos etc., desaparecidos. Como exemplo, encontra-se a ação proposta pelos advogados do *Centro de Estudios Legales y Sociales*, em favor de Emilio Mignone, na qual se solicitava conhecer o destino de sua filha Mônica, desaparecida em 14 de maio de 1976.

Acerca da decisão judicial desse processo, destaca Abregú⁶¹:

En los considerandos de los votos de la mayoría y la minoría, quedó claramente establecido que la discusión jurídica giraba en torno a la protección del derecho a la verdad, mientras que la de las cuestiones de hecho se refería a la posibilidad o no de continuar con las investigaciones. Ya no existía la posibilidad de dar una respuesta de carácter meramente humanitario. Más allá de las diligencias concretas a realizar lo que ahora sí había quedado expresamente establecido era que la Justicia debía resolver si estaba dispuesta a tutelar el derecho de los familiares y la sociedad en su conjunto a conocer el paradero final de los desaparecidos.

A referida decisão assinalou que o direito à verdade constituía um dos fins imediatos do processo penal e serviu como grande precedente para novas demandas, as quais, por sua vez, consolidaram a jurisprudência. Desse modo, diante da pressão da Corte, as Forças armadas, que até então não haviam contestado os pedidos de informações solicitados pela justiça argentina, responderam a ela afirmando apenas que não detinham nem as informações acerca do destino dos desaparecidos nem meios de reconstruir os arquivos perdidos. Assim, após essas respostas, a corte expediu uma resolução que significou o encerramento das investigações, arquivando os processos.

Contudo, no ano de 2003, o Congresso Argentino revogou as leis do ponto final e da obediência devida, seguido, em 2005, pela Suprema Corte da Argentina que as declarou inconstitucionais, provocando a reabertura dos processos e reinício dos julgamentos, os quais se fundamentaram na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para condenar, por exemplo, Julio Hector Simón e Miguel Osvaldo Etchecolatz. Ressalta-se que tais sentenças promoveram a volta de Videla ao cárcere, movida pela compreensão de que os

⁶¹ ABREGÚ, Martín. La tutela judicial del derecho a la verdad en la Argentina. *Revista IDH*. Ed. 24, 1996, p. 29.

crimes por ele cometidos eram de lesa humanidade, implicando, assim, a sua condenação à prisão perpétua.

Merece destaque, nesse ponto, a sucessão de atos articulados do Congresso, Cortes, sociedade e organizações, cuja ação teve como intuito, desde o início, a perseguição penal dos agentes estatais da repressão. Não há, portanto, na Argentina, o que no Brasil de fato ocorreu, ou seja, a pacificação nacional.

Distingue-se, todavia, do processo de transição argentino, aqueles que se sucederam, por exemplo, no Peru e no Uruguai. Com efeito, o Peru, muito embora concorra com a Argentina quanto à violência de seu regime (estima-se em 13 mil o número de mortos e desaparecidos), sofreu duas ações na Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo analisada, inclusive, sua lei de anistia. Entretanto, faz-se relevante observar o contexto histórico desse país, sobre o qual aduz Arroyo⁶²:

Con el restablecimiento del Estado democrático constitucional en 1980, paradójicamente Sendero Luminoso dio inicio a sus acciones terroristas contra dicho modo de unidad política y ordenamiento social. Poco tiempo después se inicia la legítima defensa del Estado mediante la reacción legal, pero también ilegal, de la policía y sobretodo de las Fuerzas Armadas en la represión del terrorismo, básicamente hasta la captura de Abimael Guzmán y de otros líderes terroristas en 1992. Sin embargo, estuvieron en medio del fuego y del juego político y militar, tanto en Sendero Luminoso como de las fuerzas del orden, al margen del Estado de Derecho. En ese escenario de enfrentamiento militar de suma cero, [...] prácticamente no existió un combate convencional directo- entre dichas fuerzas, sino la indirecta o encubierta acción terrorista y en consecuencia la torpe reacción de las fuerzas represivas del Estado, [...].

Dessarte, a ditadura peruana iniciou com o golpe militar em 1968 e terminou em 1980 com a “restauração da democracia”, entre outras coisas, pelo simples fato de que, tão logo ocorreu à queda do regime de exceção, iniciaram as ações de grupos guerrilheiros, tal como Sendero Luminoso⁶³, o qual, faz-se mister ressaltar, é uma organização terrorista que visava promover a revolução comunista no Peru – seguindo influências maoístas – através da luta armada.

Em resposta às ações terroristas, o governo peruano iniciou, conforme Bastos⁶⁴, “a denominada “legítima defesa” do Estado contra os ataques, mediante não só uma reação de

⁶² ARROYO, César Landa. Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana. *Revista IDH*, ed. 24, 1996, p. 63-132.

⁶³ Conforme o documentário “The Fall of Fujimori”, o objetivo da propaganda do *Sendero Luminoso* era santificar seu líder a ponto de este ser venerado como Deus. Destaca-se que o principal rival do *Sendero Luminoso* era o Movimento Revolucionário Tupac Amaru.

⁶⁴ BASTOS, *Anistia...*, p. 135.

acordo com os instrumentos legais, mas também com práticas condenáveis, que apresentam uma roupagem legal das Forças armadas na repressão ao terrorismo”.

Logo, o período de 1980 até metade da década de 1990 é marcado pela hostilidade dos grupos terroristas, bem como pela repressão a estes através do poderio militar, tendo em vista que, em 1983, o governo peruano transferiu a competência para planejamento e ações contra os ataques terroristas ao âmbito das operações militares. Tais atos resultaram em um número elevadíssimo de mortes, estimado em mais de 30 mil pessoas, sendo 11 mil vítimas civis⁶⁵.

Nesse hiato, percebe-se que, por sua história, as quase quatro décadas de repressão vivenciadas no Peru se distinguem do regime de exceção brasileiro, não só pela extrema violência que caracteriza seu período histórico, mas pelas guerrilhas que imputaram o terrorismo sobre seu território, as quais, não fossem a necessidade de luta armada direta e o caráter, essencialmente, civil, caracterizariam verdadeira guerra “civil” no Estado peruano.

É importante sublinhar, nesse ponto, que o terrorismo atinge seus níveis máximos, numa escala sem precedentes, no governo de Alberto Fujimori (1990-2000)⁶⁶, o qual, muito embora tenha restaurado a estabilidade econômica do país, voltou ao regime autoritário⁶⁷ a partir do autogolpe de Estado, sustentado pelas forças armadas, em 1992⁶⁸.

Nesse ponto, realizada a contextualização histórica, faz-se necessário analisar as leis de anistia peruanas. *A priori*, em 14 de julho de 1995, o Congresso peruano promulgou a lei nº 26.479, a qual entrou em vigor no dia seguinte. Deve-se ressaltar, nesse hiato, que a referida lei foi elaborada em pleno regime de exceção, fruto do golpe de Estado, executado pelo presidente Fujimori apenas 12 anos após o retorno à democracia (1980). Destaca-se, ainda, que a lei peruana concedia anistia, inclusive, para os crimes de estupro, homicídio, roubo e fraude.

Outrossim, a legitimidade da lei nº 26.479/95 foi muito debatida por não haver, à época, nenhum tribunal constitucional apto a analisar o seu conteúdo, tendo em vista que anos antes o presidente Fujimori, além de dissolver o Congresso, reformulou o poder Judiciário,

⁶⁵ Vide a música ‘los niños de la guerra’ da banda peruana G3.

⁶⁶ Acerca da corrupção do governo Fujimori, vide o filme “La mariposa negra”. Baseado no livro “Grandes Miradas” de Alonso Cueto, o filme, dirigido por Francisco J. Lombardi, demonstra a corrupção e violência no governo de Fujimori. Ver também o filme “Ojos que no ven”, do mesmo diretor.

⁶⁷ Para fugir à repressão, se inicia no Peru um movimento denominado ‘rock subterrâneo’, face à proibição desse estilo musical. O movimento visava denunciar a violência e o caos social vivenciado no período. Nesse sentido, vide as composições das bandas: Leusemia, Guerrilha urbana e Autopisia.

⁶⁸ BASTOS, op. cit., p. 136.

transferindo o julgamento de civis acusados de terrorismo – ou traição à pátria – para a justiça militar, na qual não havia a identificação dos juízes no processo^{69 70}.

Todavia, em razão dos processos que continuaram a tramitar na justiça militar, mesmo após a emissão da anistia, o Peru foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual submeteu os casos à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 8 de julho de 2000 e 14 de fevereiro de 2006. Trata-se dos casos *Barrios Altos et al versus Peru* e *La Cantuta versus Peru*, respectivamente. O primeiro processo fora assim denominado, pois o evento que lhe deu origem ocorreu na região “barrios altos”, na capital, Lima.

Com efeito, em 1991, seis cidadãos entraram, armados e com as faces cobertas, na sala de um prédio localizado na Rua Jirón Huanta, onde se realizava uma reunião de moradores. Esses *jovens cidadãos* assassinaram, em aproximadamente dois minutos, 15 moradores e deixaram quatro gravemente feridos.

De acordo com Bastos⁷¹:

Os envolvidos no ato criminoso trabalhavam para o serviço de inteligência militar do Peru e estavam agindo sob conta e ordem de um esquadrão da morte conhecido como *Colina Group*. [...] aquele ato havia sido executado em represália aos membros do grupo guerrilheiro *Sendero Luminoso*. [...] Uma semana após o ataque, o parlamentar Javier Diez Canseco apresentou à imprensa peruana um documento chamado “Plano Ambulante” [...] e, de acordo com esse relatório, os guerrilheiros do *Sendero Luminoso* estavam infiltrados no local onde o assassinato havia ocorrido desde janeiro de 1989 [...]. Em 14.11.1991 alguns senadores [...] requisitaram que fossem tomadas providências para o esclarecimento do crime [...], de tal forma que, [...], o Senado constituiu um Comitê de Investigação [...]. Esse Comitê, porém, não chegou a concluir seus trabalhos porque o Governo Nacional da Reconstrução, [...], dissolveu o Congresso.

Malgrado o caso tenha sido levado à Corte pela falta de investigação acerca das circunstâncias e responsáveis pelo crime, vale lembrar que na época em que o fato ocorreu os peruanos enfrentavam inúmeros atos terroristas, os quais são responsáveis por aproximadamente 35 mil⁷² vítimas. Sublinha-se, ainda, que os militares que cometeram o fato delituoso eram membros do grupo terrorista *Colina Group*. Além disso, não houve, se ressaltar, luta armada direta nesse período, ou seja, as facções lutavam *revolucionariamente* através de *atentados terroristas* – como o ocorrido em *barrios altos* – visando ascender ao governo e mudar o que este estava a fazer, a fim de cuidar dos direitos das minorias – pela

⁶⁹ Trata-se dos juízes “sem rosto”, denominação criada pelo fato dos magistrados usarem máscaras pretas para cobrir à face, impossibilitando sua identificação.

⁷⁰ ARROYO, Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana, p. 65.

⁷¹ BASTOS, *Anistia...*, p. 252.

⁷² Estatística do documentário *The Fall of Fujimori*.

instauração de um regime comunista de influência maoísta –, assassinando, para tanto, milhares de minorias.

De fato, embora promotores e juristas tenham tentado investigar e punir os responsáveis pelo crime ocorrido nos *barrios altos*, com o advento da lei nº 26.479, todos os envolvidos restaram abrangidos pelo o manto da anistia, bem como, com a reorganização do Poder Judiciário realizada pelo presidente Fujimori em 1992, o fato só poderia ser processo no âmbito da justiça militar. Apesar disso, aduz Bastos⁷³:

A juíza Antonia Saquicuray decidiu que o art. 1 da Lei de Anistia peruana não era aplicável aos processos criminais pendentes em sua jurisdição contra os cinco membros do Serviço de Inteligência Nacional, pois a anistia concedida a eles violava as garantias constitucionais e as obrigações internacionais assumidas diante da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse ponto, vale ressaltar que o Peru é Estado-parte da Convenção Americana de Direitos Humanos desde 28 de julho de 1978 e que o país reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 21 de janeiro de 1981, dez anos antes de ocorrer o evento, “carinhosamente” denominado pela imprensa como “Massacre de Barrios Altos”. É digna de destaque, nesse lapso, a distinção entre o caso peruano Barrios Altos e o caso Gomes Lund *versus* Brasil, no qual o Estado brasileiro fora julgado acerca dos crimes que ocorreram durante a guerrilha do Araguaia, sendo que só reconheceu a competência contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998, aproximadamente 23 anos após a data dos eventos.

Feita a breve ressalva, há que ser analisada as consequências da decisão da juíza peruana. Destarte, tendo em vista o controle difuso de constitucionalidade realizado pela magistrada, os advogados dos acusados apelaram para Suprema Corte Peruana e, antes dessa decidir, o Congresso promulgou a lei nº. 26.492 – ou seja, a segunda lei de anistia peruana –, a qual declarava que a anistia concedida pela lei nº 26.479 não poderia ser revisada em nenhuma instância judicial, possuindo aplicação imediata e obrigatória. Em face do ocorrido, o processo foi arquivado no Peru, mas denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, logo após, submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos⁷⁴.

Acerca do procedimento da Corte Interamericana, disserta Bastos⁷⁵:

⁷³ BASTOS, *Anistia...*, p. 253.

⁷⁴ ARROYO, César Landa. *Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana*, p. 67.

⁷⁵ BASTOS, *Anistia...*, p. 258.

[...] o Peru foi notificado do caso no dia 14.08.2000. [...] um representante da Embaixada peruana na Costa Rica apresentou uma notificação à Corte informando que, por meio de uma resolução legislativa, o Congresso peruano havia voltado atrás e teria recusado o reconhecimento da competência jurisdicional da Corte [...]. Após muita pressão internacional, [...], o Peru aceitou oficialmente a sua responsabilidade internacional no caso Barrios Altos e propôs uma solução amigável à questão. [...] Nesse acordo, o Peru oficialmente reconheceria a sua responsabilidade internacional em relação aos artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos e assumia a violação do art. 4 (direito à vida), pela morte de 15 pessoas, do art. 5 (direito a um tratamento humano), a respeito dos graves ferimentos causados em outras 4 vítimas, dos arts. 8 (direito a um julgamento justo) e 25 (direito à proteção judicial), pois havia sido negado às vítimas o direito a um julgamento e às garantias processuais penais, uma vez que as leis de anistia suspenderam as investigações e impediram a punição dos responsáveis.

Ao propor o acordo, o Peru se reconciliava com a comunidade internacional, além de conseguir certo prestígio pela atitude. Após estabelecerem as reparações e o Peru se comprometer, através do acordo, a investigar e punir os responsáveis, a Corte Interamericana considerou encerrada a disputa, mas antes, porém, reconheceu como admissíveis os fatos e confirmou, na sua decisão, a violação do Peru aos artigos acima mencionados.

Com relação às leis de anistia, a Corte⁷⁶ afirmou que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos”.

Destarte, para a Corte Interamericana, as leis de anistia representaram um empecilho às famílias e às próprias vítimas na busca pelo direito à verdade, bem como, conforme afirmado em sentença, eram incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos e, portanto, careciam de efeitos jurídicos, sendo um obstáculo para investigação do crime.

Apesar do acordo, em 2006, o Peru foi novamente submetido à Corte, desta vez pelo caso La Cantuta, no qual era acusado do desaparecimento forçado e execução sumária de nove estudantes e um professor da Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle - localizada em La Cantuta, na capital do país, a cidade de Lima -, bem como da posterior ausência de investigação e impunidade em face às leis de anistia⁷⁷.

⁷⁶ Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf.>

⁷⁷ BASTOS, *Anistia...*, p. 262.

Ao sentenciar o referido caso, a Corte Interamericana fundamentou seu julgamento em casos anteriores - casos *Barrios Altos versus Peru* e *Almonacid Arellano versus Chile* – e considerou que as leis de anistia peruanas não tinham efeitos legais por contrariar a Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo assim, sua promulgação gerava a responsabilização do Estado, que deveria investigar, identificar e punir os responsáveis pelos homicídios e desaparecimento dos corpos.

Conclui-se, por conseguinte, que do mesmo modo que na Argentina, no Peru há um conjunto de atos articulados – organizações, familiares, juristas –, num lapso não muito grande, que levaram ao julgamento e a condenação dos responsáveis por crimes cometidos durante os períodos de exceção. É claro que o Peru pode contar, para efeito de distingui-lo, com dois regimes ditatoriais, bem como com inúmeros atos terroristas entre e durante estes períodos, somando assim, uma estimativa de mais de 35 mil mortos. Soma-se a isso, a tendência punitiva-retributiva do país, que durante o governo de Fujimori, instaurou inúmeros processos visando à condenação dos terroristas e o dismantelar de suas organizações.

Assim, o fato de não haver a participação da sociedade – que, no Brasil, com efeito, saiu às ruas e clamou pela anistia – na elaboração das leis, bem como a existência de um período de tempo muito grande (aproximadamente 30 anos) sem que haja, de fato, inquietação e mobilização social para responsabilização dos agentes que cometeram tão vis atrocidades, é que distingue o período transicional do Brasil daquele ocorrido nos outros países da América latina.

2.2 O caso sul-africano e o modelo brasileiro: semelhanças e divergências

Cada um lê com os olhos que tem.
E interpreta a partir de onde os pés pisam.
Todo ponto de vista é a vista de um ponto.
[...] Para compreender, é essencial conhecer o lugar social de quem olha.
Leonardo Boff.

Consoante já fora observado, os modelos de transição latino-americanos em muito se distinguem do processo transicional adotado pelo Brasil, seja pelo acordo político firmado com a sociedade à época ou pela pacificação social. Desse modo, é fato que o sistema mais

próximo do brasileiro se encontra em outro continente. Trata-se, pois, do exemplo sul-africano.

Não há como olvidar, todavia, que ao referir a história da África do Sul, se faz alusão ao regime de segregação racial – no africâner “apartheid” – implantado no país em 1948, quando o partido Nacional (National Party) assumiu o poder e adotou um conjunto de leis que visava reforçar e ampliar os programas de racismo social então existentes (leis discriminatórias). No que tange ao período de exceção brasileiro, porém, não há discriminação racial, mas ideológica.

Ao longo dos anos, as manifestações e protestos contrários ao regime discriminatório aumentaram progressivamente, levando o governo a elevar a rigidez de suas leis a ponto de conceder amplos poderes às forças de segurança a fim de que estas realizassem a prisão dos opositores políticos sem a necessidade de julgamento - não era, pois, observada a garantia do devido processo legal.

Tal sistema resultou no banimento das principais organizações contrárias ao regime, como, por exemplo, o Congresso Nacional Africano cujo presidente era Nelson Rolihlahla Mandela⁷⁸. Popular líder da resistência ao *apartheid*, Mandela fora condenado pelo regime à prisão perpétua por ato de clemência do Juiz Quartus de Wet, tendo em vista que seus crimes eram puníveis com pena de morte, libertando-se do cárcere 26 anos depois, para ser eleito o primeiro presidente negro da África do Sul e, junto com Frédérique de Klerk, receber o prêmio Nobel da Paz.

Volvendo à história sul-africana, percebe-se que com seus líderes presos ou fora do país, o único caminho para as organizações de resistência ao regime era o da clandestinidade. Destarte, a situação política manteve-se relativamente inalterada até 1976, conforme aduz Bastos⁷⁹:

[...] quando ocorreu a revolta de Soweto, ocasionada pelo disparo das forças africanas contra estudantes que protestavam em prol do uso dos dialetos africanos nas escolas. Foram meses de efervescência por todo o Estado, durante os quais o governo aumentou a brutalidade de suas leis a fim de que fosse alcançada uma relativa “tranquilidade”. Em 1983, a onda de protestos foi reiniciada com a formação da organização *anti-apartheid* chama Frente Democrática Unida (*United Democratic Front/UDF*). A partir da metade dos anos 80, a África do Sul passou a ser governada sob o estado de exceção, acompanhada por uma legislação bastante

⁷⁸ Sobre a história de vida de Nelson Mandela durante os anos em que estava preso, vide o filme “Goodbye Bafana”.

⁷⁹ BASTOS, *Anistia...*, p. 157-158.

severa e uma proliferação de alegações de tortura, o que levou à suspeita de que o governo e seus agentes estavam conduzindo uma campanha de terror não-oficial.

A excessiva reação das forças africanas ao levante de Soweto provocou a morte de quatro estudantes, dentre os quais Hector Pieterse, de 13 anos de idade, e, assim, a brutalidade do regime atraiu a atenção da comunidade internacional que, através da pressão exercida por suas organizações e pela imprescindível atuação do presidente Frédéric de Klerk, eleito no final de 1989, promoveu o início do processo de negociação para transição de regime.

Destaca-se que o tema central da negociação versava sobre o destino daqueles – fossem civis ou integrantes do governo – que haviam cometido a mais variada gama de atos delituosos, tais como: tortura, assassinato e racismo. Conforme afirma Bastos,⁸⁰ “tratava-se da questão de como e em qual extensão dever-se-ia lidar com o passado”.

Nesse lapso, o presidente Klerk desenvolveu inúmeras medidas necessárias para a transição, ressalta-se: a suspensão do banimento das organizações de resistência ao regime de segregação racial, a libertação de prisioneiros políticos e a imposição do limite de seis meses de detenção sem julgamento, bem como o encerramento do estado de exceção.⁸¹

Os obstáculos enfrentados por aqueles que fomentavam a ampla negociação podem ser representados pelo dilema, que é o diálogo entre, opressor e oprimido. Diálogos, nos quais ambos os lados possuíam a genuína intenção de promover a democracia e buscar o bem comum através da reconciliação sem desviar-se, por óbvio, de seus interesses. O grande desafio era, portanto, desenvolver um sistema de reconciliação aceitável e uniforme a fim de lidar da melhor maneira com o passado e impedir a guerra civil, que, com o aumento da violência no país, ameaça se instalar⁸².

Assim, as negociações deveriam evitar a alienação política e social daqueles que amparavam o antigo regime, uma vez que nenhum outro sistema poderia se constituir de fato e provocar uma inversão dos valores arraigados ao *apartheid*, selecionando um grupo

⁸⁰ Ibidem, p. 158.

⁸¹ Ibidem, p. 158-167.

⁸² MCGREGOR, Lorna. *Individual accountability in South Africa: cultural optimum or political façade?* In: *American Journal of International Law*, v. 95, n. 1, p. 33, 2001.

diferente para excluir da sociedade⁸³. Era necessária, por conseguinte, a participação e assistência da comunidade africâner para promover a reconciliação.⁸⁴

Acerca das negociações, assevera King⁸⁵:

Durante as negociações para encerrar o regime do apartheid, o Congresso Nacional Africano, principal opositor do partido político, recusou-se a aceitar qualquer proposta que forneceria uma anistia em branco à indivíduos que cometeram crimes por motivação política. Longe disso, a constituição interina 1993 deu o parlamento sul-africano o poder de decidir se e como anistias devem ser aplicadas. Diante desta autoridade, foi estabelecida a Comissão de Verdade e Reconciliação (CVR) em julho de 1995, sendo incluída a decretação das anistias como parte integrante do processo de contar a verdade. A CVR foi autorizada a conceder anistia às pessoas que se candidatassem para recebê-la apenas se estas fizessem um relato completo acerca dos fatos relevantes perante a Comissão de Anistia e fossem capazes de provar que suas ações foram politicamente motivadas. Se aquele que buscava a anistia não cumprisse com esse fardo, poderia, então, ser submetido à perseguição penal. [tradução nossa]

Destarte, a anistia sul-africana é reconhecida por sua legitimidade e imunidade parcial. Além disso, o projeto então empreendido pela Comissão de Verdade e Reconciliação⁸⁶ – cujo mandato compreendia o período de 01.03.1960 até 06.12.1993 – era totalmente inovador no que se refere ao tratamento dispensado à anistia e à perseguição criminal, tendo em vista que a anistia era amplamente incentivada a fim de (re)escrever a história a partir da verdade e relevância de seus acontecimentos.

Ressalta-se que a Comissão era um órgão quase-judicial e independente, constituído por um governo eleito democraticamente e instituído pela Lei de Reconciliação da África do Sul (Promotional of National Unity and Reconciliation Act n. 34/95). Gozava, assim, de autoridade nacional e detinha o apoio do povo, bem como das organizações sociais. Sobre seus objetivos, disserta Bastos⁸⁷:

A Comissão de Verdade e Reconciliação teve um propósito delimitado para aplicação da anistia, e, por isso, o Ato de Reconciliação que criou a Comissão concedeu-lhe funções que incluíam: (i) a facilitação do inquérito das graves

⁸³ A ideia das negociações era, justamente, a reconciliação para que todos, após esta, conseguissem viver em sociedade.

⁸⁴ MCGREGOR, op. cit., p. 34.

⁸⁵ KING, *Amesties in a time of transition*, p. 589-590.

⁸⁶ Acerca do trabalho desenvolvido na Comissão de Verdade e Reconciliação sul-africana, vide o filme *In my Country*, vencedor do prêmio “Diamond cinema for Peace Award”- no Festival de Berlim, em 2004 -, o qual retrata alguns dos depoimentos ouvidos pela comissão.

⁸⁷ BASTOS, *Anistia...*, p. 160.

violações dos direitos humanos, (ii) a identificação das pessoas envolvidas em tais violações e (iii) a responsabilização por tais atos. [...] Nos casos em que a anistia fosse concedida, tanto a responsabilidade civil quanto criminal do perpetrador e do Estado seriam extintas. Entretanto, as vítimas poderiam ainda solicitar uma reparação ao Comitê de Reparação e Reabilitação. O objetivo dessa reparação não seria impor a sanção penal nem providenciar compensação econômica para a vítima, mas, sim, restaurar sua dignidade civil e humana.

Expressivo no processo de transição africano é o requerimento da confissão obrigatória, posto que o objetivo de tal demanda era assegurar a memória acerca das atrocidades outrora cometidas. Destaca-se que a concessão de anistia para crimes relacionados a graves violações de direitos humanos era possível desde que politicamente motivado, muito embora houvesse a exclusão da anistia para crimes comuns e pessoais.

O exemplo africano reflete, assim, um processo moderno de democratização, no qual a comunidade representa fator essencial para a promoção da reconciliação e cura social, cuja origem era o ato de arrependimento⁸⁸.

Efetivamente, o louvor do sistema desenvolvido na África do Sul está no reconhecimento de que a persecução criminal não garante àqueles que sofreram violações a sua dignidade o retorno ao *status quo ante* e, muito menos, na frieza da sala de audiência, desenvolve o entendimento acerca do passado a ponto de gerar o remorso e o arrependimento e, a partir deste, o perdão e a reconciliação⁸⁹.

Ao fugir da esfera da vingança estatal, o modelo sul-africano promoveu a participação de toda extensão social, uma vez que se aqueles que cometeram os delitos acreditassem que poderiam ser objeto de persecução criminal com certeza não participariam do processo.

Destarte, com a participação de todos, inclusive de partidos políticos e organizações sociais, o exemplo sul-africano reside na perspectiva de se fazer justiça para mudar e transformar o Estado e a reconciliação visa, assim, o acerto com o passado para produção do futuro democrático.

É digno de destaque, nesse hiato, o lembrete de que os crimes cometidos na África do Sul não se fundamentavam na contrariedade de ideologia política apenas – como ocorreu no Brasil, isto é, a resistência ao regime pretendia a mudança da forma de governo –, pois, intrínseco aos delitos está o racismo, isto é, a defesa da superioridade de um grupo étnico

⁸⁸ Destaca-se que a concessão de anistia na África do Sul, bem como a Comissão de Verdade e Reconciliação se fundamentavam na palavra “*ubuntu*”, que compreende a ideia de confraria, comunidade, coidadania, e, que, nos termos da função da Comissão, traduzia a ideia de reconciliação.

⁸⁹ MCGREGOR, *Individual accountability in South Africa...*, 2001. p. 33.

sobre outro. Está presente, assim, a descaracterização do humano para se tornar *apenas* uma etnia *indigna*.

Desse modo, sobre o modelo sul-africano, conclui Bastos⁹⁰:

O modelo de anistia criado na África do Sul é louvável na sua tentativa de incorporar os interesses de todos os lados e de tratar a situação de maneira real. Uma transição perfeita é impraticável, por nenhum processo irá satisfazer absolutamente todas as pessoas, e a missão sul-africana era desenvolver um sistema que pudesse satisfazer o maior número de pessoas possível. E o modelo certamente alcançou o seu objetivo ao aceitar a realidade da transição política, ao mesmo tempo em que buscava maximizar a oportunidade para a facilitação da reconciliação nacional e da cicatrização e levando em consideração os valores culturais da sociedade sul-africana.

Consequentemente, a glória do modelo sul-africano está na proposta de “compreender e não vingar”, a qual foge do modelo retributivo para promover a reconciliação que somente é possível por meio da lógica de autorresponsabilização (confissão) para através do arrependimento e perdão, obter o acerto histórico.

No Brasil, de fato, o sistema de transição se utilizou do acordo social feito para promulgação da lei de anistia visando promover a volta à democracia pela distensão lenta e gradual. Não houve, assim, nenhum modelo de e para responsabilização daqueles que outrora governavam.

Ao contrário dos processos latino-americanos – que utilizaram como forma de resposta o modelo retributivo de justiça, pelo qual o Estado democrático, isto é, aqueles que ascenderam ao poder e governo com índole democrática após um período ditatorial, iniciam a persecução criminal aos perpetradores acreditando que a adoção do julgamento faria avançar a reconstrução de uma ordem social justa –, o retorno à democracia, no Brasil, se deu pela adoção de uma nova Constituição Federal, na qual foram observados os atos cometidos no estado de exceção a fim de proteger o país de futuros golpes, se está a referir às cláusulas pétreas dispostas no artigo 60, §4^a e incisos da Constituição Federal de 1988.

A lei de anistia, por outro lado, foi o acordo histórico que possibilitou esse retorno gradativo. Porém, é digno de menção que o Estado brasileiro, apesar de não ter aberto processos para persecução penal dos agentes que cometeram delitos – sejam eles militares ou

⁹⁰ BASTOS, *Anistia...*, p. 166.

civis, pró ou contra o governo – promulgou, em 1995, a lei nº 9.140, a qual tinha por objetivo obrigar a União a indenizar as vítimas da repressão ou seus familiares, através de uma Comissão Especial. Entende-se, por conseguinte, que as tentativas de sancionar aqueles que praticaram alguma violação à pessoa humana são de caráter civil e administrativo⁹¹.

No que tange à Lei dos Desaparecidos (nº 9.140), segundo seu artigo 4º, as Comissões Especiais possuem as seguintes atribuições: *I-* proceder ao reconhecimento dos “desaparecidos políticos”, *II-* envidar esforços para localização dos seus corpos e *III-* emitir parecer sobre os requerimentos relativos à indenização. Swensson Junior ressalta que “após essa medida, também os Estados federados passaram a pagar indenizações em decorrência dos danos provocados por órgãos públicos estaduais, como as polícias militares, durante a ditadura”⁹².

Nesse ponto, impende sublinhar que a referida lei nº 9.140/95 foi elaborada graças aos estudos de uma comissão instalada na Câmara federal para tratar de questões relativas aos direitos humanos, a qual retomou a análise acerca do tema dos mortos e desaparecidos políticos no país⁹³. Após a promulgação da lei dos desaparecidos, visando regulamentar o artigo 8º⁹⁴ do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 fora promulgada, em 2002, a lei nº 10.559.

Sobre os objetivos dessa lei, assevera Bastos⁹⁵:

Referida lei visa instituir a reparação econômica para os que haviam sido impedidos de exercer suas atividades em razão da discricionariedade do regime militar, criando-se o que foi denominado de “*regime do anistiado político*”, que passou a garantir, dentre outros itens, a reparação econômica, de caráter indenizatório, em prestação única ou mensal, permanente e continuada, e assegurando-se a readmissão ou a promoção na inatividade, a reintegração dos servidores públicos civis e dos empregados públicos punidos, por interrupção de atividade profissional em decorrência de decisão dos trabalhadores, por adesão à greve em serviço público e em atividades essenciais de interesse da segurança nacional por motivo político (art. 1, incisos II e V).

⁹¹ SWENSSON JUNIOR, *Punição para crimes da ditadura militar...*, p. 31.

⁹² *Ibidem*, p. 31.

⁹³ BASTOS, *Anistia...*, p. 204.

⁹⁴ *Ipsis litteris*: 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, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

⁹⁵ BASTOS, *Anistia...*, p. 205.

Salienta-se que após a edição das referidas leis, começaram a ser ajuizados, no Poder Judiciário, demandas que procuravam averiguar atos específicos realizados por agentes durante o regime ditatorial. O primeiro processo, iniciado em 2005 na comarca de São Paulo e sentenciado em 2008 – primeira instância –, reconheceu a responsabilidade do ex-comandante do Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército pela prática de atos ilícitos contra membros de uma família. Após essa sentença, foram iniciados alguns outros processos em 2008, dentre eles uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, em São Paulo, contra a União e dois ex-comandantes do Destacamento de Operações⁹⁶.

Nesse mesmo ano, a Ordem dos Advogados do Brasil protocolou no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – que recebeu o nº 153 –, a qual será estudada no próximo capítulo. Interessante, nesse ponto, é que em 2009 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou à Corte Interamericana que determinasse a responsabilidade internacional do Brasil perante os fatos relacionados à guerrilha do Araguaia. Trata-se do caso *Gomes Lund versus Brasil*.

Em sua análise, a Corte admitiu a falta de competência temporal, pois entendeu que não competia a ela examinar as violações ocorridas antes do reconhecimento do Estado brasileiro de sua competência contenciosa. Ressalta-se que o Brasil reconheceu a competência da Corte para julgar os fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. Já os desaparecimentos forçados foram julgados por entender se tratar de crimes continuados, argumento que será analisado no próximo capítulo⁹⁷.

Desse modo, em 24 de novembro de 2010, foi publicada a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual condenou o Brasil a “conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso [...], determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja”⁹⁸. Diante de tal dispositivo, o Brasil instaurou a Comissão Nacional da Verdade (lei nº 12.528/11), cujo objetivo é apurar e esclarecer eventuais violações de direitos humanos ocorridos no período ditatorial.

⁹⁶ BASTOS, *Anistia...*, p. 206.

⁹⁷ MENEZES, Luciana Almeida. Valle, Vanice Regina Lírio do (Orient.). Justiça de transição e direitos humanos: dilemas na afirmação de um direito a esquecer. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C*, ano 12, n. 48, p. 133-157, abr./jun. 2012.

⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra a República Federativa do Brasil*. Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>

A justiça de transição brasileira, portanto, fundamentou-se, num primeiro momento, na anistia e na promulgação de uma nova constituição, a ideia era, assim, retornar à democracia e fortalecê-la, esquecendo o passado como forma de sanção social. Conforme aduz Swensson Junior,⁹⁹ “não há nomes de torturados, como o do famoso delegado Sérgio Antônio Paranhos Fleury [...], em nossas praças e ruas. Tampouco alguma estátua com a célebre menção ‘A Pátria Agradecida’”.

Já o segundo momento, está ocorrendo agora, com a instalação das Comissões da Verdade, através das quais os brasileiros estão se reconciliando com o passado que por algum tempo optaram por olvidar. Sublinha-se que a Comissão Nacional da Verdade possui 13 grupos de trabalho que procuram desvendar todo o passado ditatorial do Brasil, inclusive aquele vivido durante o período Vargas¹⁰⁰.

Ademais, a Comissão está percorrendo o país em busca de depoimentos acerca das violações cometidas entre 1946-1985. Com esses testemunhos, o Brasil está a esclarecer e averiguar todos os eventos históricos ocorridos, promovendo o direito à memória através da verdade histórica.

Percebe-se, por conseguinte, que da mesma forma como aconteceu na África do Sul, o Estado brasileiro pretende a reconciliação com o passado por intermédio da justiça restaurativa.

3 O CASO BRASILEIRO

Neste capítulo se pretende analisar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de n. 153, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil com intuito de ter declarada a inconstitucionalidade da lei nº 6.683/79, a partir do voto do relator, Ministro Eros Grau. Desse modo, serão analisados os argumentos aduzidos por esse para julgar improcedente a referida arguição.

Ademais, serão analisadas as consequências que seriam provocadas pela revogação da Lei de Anistia caso o Poder Legislativo decidisse assim proceder. Incumbe destacar que tal

⁹⁹ SWENSSON JUNIOR, *Punição para crimes da ditadura militar...*, p. 30.

¹⁰⁰ Conforme dados do site: <<http://www.cnv.gov.br/>>

análise é de suma importância para a conclusão do problema jurídico enfrentado na presente, posto que, aqui, a legislação confrontará a realidade histórico-social brasileira.

3.1 A análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153: o voto de Eros Grau

Teus poemas, não os dates nunca... Um poema
 Não pertence ao Tempo... Em seu país estranho,
 Se existe hora, é sempre a hora extrema
 Quando o anjo Azrael nos estende ao sedento
 Lábio o cálice inextinguível...
 Um poema é de sempre, Poeta:
 O que tu fazes hoje é o mesmo poema
 Que fizeste em menino,
 É o mesmo que,
 Depois que tu te fores,
 Alguém lerá baixinho e comovidamente,
 A vivê-lo de novo...
 A esse alguém,
 Que talvez ainda nem tenha nascido,
 Dedicar, pois, os teus poemas.
 Não os dates, porém:
 As almas não entendem disso...
Data e dedicatória, Mário Quintana.

 New thoughts and hopes were whirling through my mind,
 and all the colours of my life were changing.
David Copperfield, Charles Dickens.

Em 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil protocolou no Supremo Tribunal Federal uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 153 –, na qual questiona a constitucionalidade da lei nº 6.683/79 e a anistia por ela concedida aos agentes estatais que praticaram atos de tortura durante o regime de exceção. Segundo a petição inicial, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental discute a interpretação dada ao artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei de Anistia que considera conexo aos crimes políticos aqueles de qualquer natureza desde que motivados politicamente¹⁰¹.

Deve-se, aqui, referir que não se está a indagar a validade da anistia concedida a civis que praticaram os mesmos delitos para os quais se pretende obter o esclarecimento – se crimes comuns são conexos aos crimes políticos ou se são anistiados por estar agindo, o agressor, sob motivação política. Assim, o que se intenta através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é a revogação da lei nº 6.683/79, a fim de que a

¹⁰¹ BASTOS, *Anistia...*, p. 207.

punição aos militares que praticaram os referidos delitos seja possível. Não há, como ocorreu na África do Sul, uma tentativa de articulação entre todos aqueles que cometeram qualquer crime por motivação política.

De outra banda, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requer, ainda, a declaração, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de que a Lei de Anistia (1979) não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 visando, novamente, o pronunciamento de que o direito de graça concedido não se aplica aos crimes já referidos.

Na decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Ministro Eros Grau discorre, *a priori*, acerca da obscuridade da norma, que, conforme se alega na exordial, dificultaria a interpretação do parágrafo primeiro do artigo 1º da lei nº 6.683/79, modificando o intuito do que a lei “procurou”. Nesse ponto o Ministro¹⁰² afirmou que:

A interpretação do direito tem caráter constitutivo--- não meramente declaratório, pois --- 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. Interpretar/aplicar é dar concreção [= concretizar] ao direito. Neste sentido, 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: a sua inserção na vida. 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. Se for assim --- e assim de fato é --- todo texto será obscuro até a sua interpretação, isto é, até a sua transformação em norma.

Dessarte, se entende por descabida a assertiva de ser o texto inepto por obscuridade, assim, o que o Ministro está a debater é qual o momento e a realidade a ser utilizada pelo intérprete da lei nº 6.683/79. Nesse ponto, vale mencionar o que aduz Santos¹⁰³ sobre o problema da lei penal “[...] parece ser a inevitabilidade de certo nível de indefinição, as palavras da lei são objeto de interpretações diferentes, porque os juízos de valor não admitem descrições *neutras* – e qualquer tentativa semelhante seria monótona ou ridícula”.

Nesse ponto, é necessária uma pausa para analisar a teoria de Radbruch, defendida por aqueles que pretendem a revogação da Lei de Anistia visando à punição dos delitos cometidos por agentes estatais, a qualquer custo. A fórmula de Radbruch possui posição jus moralista e foi amplamente utilizada na Alemanha para justificar a punição dos nazistas pelos delitos

¹⁰²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sentença ADPF n. 153, p. 15. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/noticiario/anexo/adpf153.pdf>>.

¹⁰³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2006. p. 23.

praticados durante a 2ª Guerra Mundial¹⁰⁴ e dos crimes praticados pela ex-República Democrática Alemã.

Radbruch apud Swensson Junior¹⁰⁵, explica sua fórmula da seguinte maneira:

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica deveria ser resolvido no sentido de que o direito positivo, garantido através da legiferação e do poder, deve prevalecer mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, é injusto e inadequado. A não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça alcance um nível tão insuportável, que a lei, enquanto ‘direito injusto’, deve recuar diante da injustiça. [...] Nos casos em que a justiça não nem mesmo pretendida e a igualdade é negada de forma consciente no ato de criação do direito positivo, em tais casos a lei não constitui somente ‘direito injusto’, mas carece totalmente de natureza jurídica. Isto ocorre porque podemos definir o direito, incluído o direito positivo, somente como ordenamento e legiferação determinados pelo intuito de servir a justiça.

Por conseguinte, não há, para essa fórmula, direito sem considerar a moral e a justiça. Tal teoria surgiu diante do impasse criado no pós-guerra em face do inegável respaldo legal que possuíam os crimes praticados durante o regime nacional-socialista do Terceiro Reich e na mesma proporção o repúdio a estes delitos, que eram, à época da guerra, tipificados pelo direito alemão.

Desse modo, aduz Swensson¹⁰⁶ que a estratégia argumentativa para “condenar os autores dessas barbáries não foi negar que os atos praticados não eram amparados pelas leis vigentes na época, mas negar a validade jurídica dessas leis, por julgarem-nas injustas e contrárias ao sentimento de humanidade”. É nesse contexto histórico que surge o conceito de justiça transicional, posto que fora necessário lidar com a herança deixada pela 2ª Guerra Mundial, a qual se constitui em inúmeros crimes contra a humanidade, como genocídio¹⁰⁷, responsável pela morte de mais de três milhões de pessoas.

Significativa na teoria de Radbruch é a ameaça de punir penalmente todos os detentores do poder político de um Estado autoritário pelos crimes e abusos cometidos, mesmo que inegavelmente amparados pela legislação por ele outorgada. Assim, não

¹⁰⁴ De acordo com AGAMBEN: “[...] logo que tomou o poder [...] Hitler promulgou, no dia 28 de fevereiro, o Decreto para a proteção do povo e do Estado, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais. O decreto nunca foi revogado, de modo que o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou 12 anos”. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 12-13.

¹⁰⁵ SWENSSON JUNIOR, *Punição para crimes da ditadura militar...*, p. 48.

¹⁰⁶ SWENSSON JUNIOR, *Punição para crimes da ditadura militar...*, p. 48-49.

¹⁰⁷ Genocídio é uma expressão criada por Raphael Lamkin - através da conexão do termo grego *génos* (família, raça) com o latim *caedere* (matar) – para tipificar os crimes cometidos durante a 2ª Guerra Mundial pelos nazistas, os quais foram julgados por sua prática no memorável julgamento em Nuremberg. Vide o vídeo: <<http://www.youtube.com/watch?v=uCebMq-GmH4>>, no qual Lamkin explica a expressão.

subsistiria o sentimento de que os ditadores seriam impunes e intangíveis. Todavia, a posição moralista autoriza a desconsideração do Código Penal e da Constituição Federal por serem julgados, por alguém, como injustos.

Nesse ponto, é relevante o argumento utilizado pelo Ministro Eros Grau, no sentido de que a norma depende da interpretação a ela conferida, bem como do contexto histórico-social em que está inserida. Tanto é assim que apenas a Alemanha conseguiu resolver o problema transicional através dessa fórmula e, talvez, a explicação para tanto resida, justamente, em seu contexto histórico e na gravidade dos crimes cometidos, afinal, está a se falar de genocídio¹⁰⁸.

Ademais, acerca dos riscos decorrentes do moralismo da validade, disserta Swensson¹⁰⁹:

[...] podemos citar, a título de exemplo: o fato de não se saber exatamente o que é justiça e qual é o critério do justo, apesar da justiça possuir inegável valor como critério “negativo” de avaliação; a perda da “segurança jurídica”; o risco da manipulação do direito para atender interesses políticos e pessoais, revestidos de morais; maior abertura para o arbítrio daqueles que detêm, na prática, o poder de dizer o que é justo e o que é injusto etc. Importa lembrar que um dos Estados que aboliu o princípio da legalidade em dos critérios morais, cujos resultados são bastante conhecidos, foi a própria Alemanha nazista de Hitler. E que a teoria do direito utilizada para fundamentar e legitimar o regime nacional-socialista não era a kelseniana ou a de outros juspositivistas contemporâneos a Hans Kelsen, como equivocadamente costuma-se dizer, mas as teorias antipositivistas de autores como Carl Schmitt e Otto Koellreutter, que pregavam a ilegalidade governamental e a reinterpretção do direito alemão, em benefício dos “valores” e das “necessidades” do povo alemão.

De fato, com a utilização da fórmula de Radbruch, a Constituição Federal – conhecida como “carta cidadã” –, símbolo do Estado Democrático de Direito, não seria fortalecida, mas desmantelada, ao se permitir que sejam desrespeitados seus preceitos fundamentais, direitos e garantias individuais, para uma sentença – que em muito se aproxima a um tribunal de exceção –, na qual, provavelmente, seria julgado o período histórico e aqueles ainda vivos para tanto que estivessem no banco dos réus seriam *os culpados* por todos os crimes do regime autoritário, não muito longe do julgamento – pautado pelo *absurdo* – do estrangeiro de Camus¹¹⁰.

¹⁰⁸ SWENSSON JUNIOR, op. cit., p. 49.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 50-51.

¹¹⁰ Vide o livro *O Estrangeiro*, do filósofo anarquista Albert Camus.

Feita a ressalva, volvendo à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Ministro Eros Grau passa a analisar se a Constituição Federal de 1988 recepcionou a Lei de Anistia ou não e se esta violaria preceitos fundamentais daquela. Assim sendo, o primeiro preceito analisado, em seu voto, foi o princípio da isonomia em matéria de segurança, uma vez que, segundo a exordial¹¹¹, se alega que a anistia se estenderia a crimes indefinidos, cuja lei denomina como “relacionados”, conceito que ela não elucida e a doutrina desconhece.

Outrossim, se assevera na inicial que a quebra na isonomia reside na desigualdade daqueles que foram anistiados, isto porque uns praticaram crimes políticos definidos em lei e foram processados e condenados. Enquanto outros, por sua vez, cometeram delitos cuja classificação e reconhecimento não foram feitos pelo legislador, mas deixados à discricção do Poder Judiciário, conforme a orientação política de cada magistrado¹¹².

Contudo, tal argumento não prospera pelo simples fato de existir desigualdade entre a prática dos crimes políticos e daqueles conexos a ele. Desse modo, pelo exposto acima, a lei poderia anistiar de forma desigual, tudo depende, pois, da análise do contexto social e político da época na qual fora realizado o acordo pelo direito de graça, o que se fará adiante.

O segundo preceito fundamental analisado pelo Ministro refere-se ao direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo geral, consoante o artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal. Tal violação se fundamenta na alegação de que a lei nº 6.683/79 teria impedido aos familiares e ao povo em geral obter informações acerca da identidade dos responsáveis pelos crimes cometidos no período ditatorial.

Esse argumento foi, sobretudo, repudiado no voto de Eros Grau¹¹³ ao considerar que “o quê caracteriza a anistia é a sua objetividade, o que importa em que esteja referida a um ou mais delitos, não a determinadas pessoas. Liga-se a fatos [...]. A anistia é para ser concedida a pessoas indeterminadas”. Pelo contrário, não evidencia, o Ministro, como a Lei possa ser empecilho a impedir o direito a informação, uma vez que reconhecer a legitimidade da lei não significa apagar o passado. Afinal, segundo o Procurador Geral da República^{114,115}:

¹¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sentença ADPF n. 153, p. 17.

¹¹² Ibidem, p. 18.

¹¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sentença ADPF n. 153, p. 20.

¹¹⁴ Ibidem, p. 20.

¹¹⁵ No sentido do relato do Procurador da Geral da República, vide a Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4077.

Nesse sentido, o estado democrático de direito, para além da discussão acerca da punibilidade, precisa posicionar-se sobre a afirmação e concretização do direito fundamental à verdade histórica. Romper com a boa-fé dos atores sociais e os anseios das diversas classes e instituições políticas do final dos anos 70, que em conjunto pugnaram – como já demonstrado – por uma Lei de Anistia ampla, geral e irrestrita, significaria também prejudicar o acesso à verdade histórica. O que se propõe, ao invés, é o desembaraço dos mecanismos existentes que ainda dificultam o conhecimento do ocorrido naquelas décadas.

Já o terceiro preceito fundamental – supostamente violado – analisado por Eros Grau é o princípio democrático e republicano. O argumento da exordial defende que a lei nº 6.683/79 não seria legítima, uma vez que aqueles que a redigiram eram funcionários públicos remunerados pelo povo, entretanto, a lei fora votada por senadores e sancionada pelo Chefe de Estado, eleitos indiretamente. Assim, para ser legítima, a Lei de Anistia deveria ser legitimada pelo órgão legislativo – tão logo esse fosse eleito por votações livres e ocorresse a promulgação da Constituição democrática – ou mediante referendo¹¹⁶.

Entende-se, através desse argumento, que toda lei que não for legitimada pelo órgão legislativo não será recepcionada pela Constituição Federal e, por conseguinte, toda legislação anterior à Carta cidadã de 1988 seria, segundo Eros Grau,¹¹⁷ “exclusivamente por força dela, formalmente inconstitucional”. Esse argumento nega, ainda, a anistia concedida aos acusados de crimes políticos, que agiram contra o regime de exceção e ganharam indenizações do Estado em razão da lei nº 9.140/95.

Nesse passo, incumbe lembrar que no Brasil a Lei de Anistia permaneceu inquestionada por quase 35 anos, ao contrário, como já observado, das Leis de Anistia da Argentina e do Peru, as quais foram revogadas quando da troca de governos. Há, então, vasta movimentação social demonstrando que a lei não foi aceita e, portanto, não é legítima. No Brasil, porém, fora trilhado o caminho inverso, pois toda a sociedade – partido de direita, esquerda ou do meio¹¹⁸ – clamou pela anistia, a qual, após ampla negociação, deu origem a lei nº 6.683/79.

Não há inquietação, nem articulação das organizações em prol dos direitos humanos, tampouco movimentação da sociedade civil. Há, porém, pacificação social. Alega-se que tal passividade se deve ao medo de novas torturas, medo de que a democracia existisse só no papel, entretanto, tal argumento não prospera perante os inúmeros avanços em matéria

¹¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, op. cit., p. 22.

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ Referência aos partidos criados pelo escritor José Saramago na obra “*Ensaio sobre a lucidez*” os quais, de forma concisa, definem o posicionamento de todos os interessados.

constitucional, eleitoral e civil ocorridos no Brasil nesses quase 35 anos. Afinal, houve a criação dos mais variados institutos para proteção das mulheres, crianças, idosos, negros, índios e, inclusive, do voto através das tecnológicas urnas eletrônicas.

Somam-se a isso as palavras de Gaspari¹¹⁹:

A sociedade poderia não estar interessada em sustentar a ditadura militar, mas interessava-se, muito menos pela chegada à ditadura do proletariado ou de qualquer grupo político e social que se auto-intitulasse sua vanguarda. A natureza intrinsecamente revolucionária das organizações armadas retirou-lhes o apoio, ainda que tênue, do grosso das forças que se opunham ao regime. Elas viam na estrutura da Igreja Católica e na militância oposicionista de civis como Tancredo Neves e Ulysses de Guimarães um estorvo no caminho da revolução. Eles, por seu lado, viam na luta armada um estorvo para a redemocratização.

Tal comentário está diretamente ligado ao quarto preceito fundamental – dignidade humana – analisado pelo Ministro Eros Grau, *i*) porque desmistifica aqueles que lutaram nas guerrilhas armadas, pois demonstra que estes não guerreavam a fim de fazer valer a vontade do povo e ascender a um governo justo e democrático, mas, sim, com o intuito de conquistar o poder e instaurar uma nova ditadura: a do proletariado; e *ii*) porque as guerrilhas representaram, de fato, um atraso à transição democrática, tendo em vista que essas legitimavam a luta do governo contra os subversivos (comunistas), bem como sua doutrina de proteção à segurança nacional.

Não se trata, pois, por mais cruel que possa retumbar, de mártires que lutaram pela pátria em prol da vontade popular, nem de pessoas que não sabiam que poderiam vir a falecer devido ao confronto armado, posto que conheciam o seu inimigo e o tamanho das forças armadas deste¹²⁰. Afinal, é mister sublinhar que no momento em que se buscam as armas, as ideologias se esvaem. Desse modo, os verdadeiros mártires brasileiros são aqueles que lutaram contra a censura, que clamaram pela anistia e pelas Diretas já!, bem como aqueles que em prol da defesa de um governo democrático e livre foram torturados, e é a estes que o

¹¹⁹ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 194.

¹²⁰ Tanto é assim, que Carlos Lamarca era Capitão do Exército brasileiro quando percebeu que lutava do lado errado e passou a fazer parte da Vanguarda Popular Revolucionária (VPR), coordenando assaltos a bancos e organizando a guerrilha armada em Vale do Ribeira.

Brasil deve o direito à memória, através do diálogo. Não há, pois, a necessidade de mais um julgamento de Eichmann¹²¹.

A violação do princípio da dignidade da pessoa humana embasa-se na afirmação de que o acordo político realizado para transição de regimes constituiu a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito em grave desrespeito a pessoa humana. Assevera-se, ainda, que a anistia aos responsáveis por delitos de opinião encobriu a concessão de impunidade aos criminosos oficiais.

Acerca da improcedência dessas alegações, discorre Eros Grau¹²²:

A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha. A inflexão do regime deu-se com a crise do petróleo de 1974, mas a formidável luta pela anistia é expressiva da página mais vibrante da resistência e atividade democrática da nossa História. Nos estertores do regime viam-se de um lado os exilados, a Igreja e presos políticos em greve de fome que a votação da anistia salvou da morte certa –[...]– de outro os que, em represália ao acordo que os democratas esboçavam com a ditadura, em torno da lei, responderam com atos terroristas contra a própria OAB [...]. Sem ela não teria sido aberta a porta do Colégio Eleitoral para a eleição do “Dr. Tancredo”, [...]. Essas jornadas inesquecíveis foram heróicas. Não se as pode desprezar. Tem razão a Arguente ao afirmar que a dignidade não tem preço. Estamos, todavia em perigo toda vez que alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor. É que, então, o valor humano assume forma na substância e medida de que o afirme e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure.

Nesse hiato, se deve, novamente, fazer uma breve pausa a fim de serem analisadas as premissas que compõem os argumentos utilizados para fundamentar a revogação da lei de anistia, os quais estão diretamente ligados ao princípio da dignidade humana. Utilizando o silogismo aristotélico, podemos dizer, de forma concisa, que as assertivas se enquadram da seguinte maneira: *a)* premissa maior: o texto da lei nº 6.683 não concede o direito àqueles que praticaram – bem como aos partícipes de – crimes comuns conexos aos crimes políticos ou eleitorais; *b)* premissa menor: os crimes praticados pelos agentes estatais e colaboradores do

¹²¹ Eichmann, tenente-coronel da SS, foi o responsável pela logística de extermínio de milhões de pessoas nos campos de concentração durante a 2ª Guerra Mundial, sobre seu julgamento, em Israel, Hannah Arendt escreveu: “A justiça insiste na importância de Adolf Eichmann, filho de Karl Adolf Eichmann, aquele homem dentro da cabine de vidro construída para sua proteção: altura mediana, magro, meia-idade, quase calvo, dentes tortos e olhos míopes, que ao longo de todo julgamento dica esticando o pescoço para olhar o bando de testemunhas, que tenta desesperadamente, e quase sempre consegue, manter o autocontrole, apesar do tique nervoso que lhe retorce a boca provavelmente desde muito antes deste julgamento. Em juízo estão seus feitos, não o sofrimento dos judeus, nem o povo alemão, nem a humanidade, nem mesmo o antissemitismo e o racismo”. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 15.

¹²² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sentença ADPF n. 153, p. 25.

regime ditatorial são delitos comuns, não conexos aos crimes políticos; c) os agentes e colaboradores do regime de exceção não foram anistiados pela lei nº 6.683/79¹²³.

Parece extremamente lógico e simples, todavia, tal silogismo é controverso, visto que não há como afirmar que todos os delitos cometidos por agentes estatais não são crimes políticos ou não estavam politicamente motivados, tendo em vista que estes seguiam a doutrina da segurança nacional adotada pelo governo. Ademais, aduz Swensson¹²⁴:

Não devemos confundir crimes políticos com crimes praticados por motivação política. Uma coisa é dizer, por exemplo, que a tortura não é crime político. Outra coisa é afirmar que ela não pode ser praticada por motivação política. [...] Preservar o Estado totalitário também é agir motivado politicamente. Por mais reprováveis que sejam as opções políticas e as ações de alguns grupos envolvidos na luta pelo poder, a sua atuação não deixa de ser política. E não há motivos suficientes para sustentar que a lei não abrangeu também esse tipo de motivação. [...] Qualquer nova interpretação do direito vigente no passado, ainda que à luz dos princípios atuais do Estado de Direito ou então dos direitos humanos, incorre, por via de uma manobra interpretativa *a posteriori*, em uma retroatividade.

Destarte, ao analisar toda a construção da democracia brasileira nesses trinta anos, é possível compreender que as lutas para preservação dos fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito, instituído no artigo 1^a, incisos I a V, da Constituição Federal de 1988, são constantes e diárias. E, compreender-se-á, ainda, que os avanços obtidos nessas três décadas são extremamente significativos. Dessa forma, admitir que a lei penal retroaja visando à punição de tipos penais não previstos no ordenamento jurídico brasileiro violaria inúmeros preceitos fundamentais, tais como os princípios da legalidade, da retroatividade e, por óbvio, da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o pleito daqueles que lutavam contra a ditadura era simples: o retorno, ou melhor, a construção de uma democracia, visando à liberdade de expressão, de voto, de interferência através das manifestações populares. Por conseguinte, olvidar o princípio democrático pretendendo que uma lei penal retroaja no tempo *in malam partem* viola a dignidade da pessoa a ser julgada antes mesmo de violar preceitos basilares do ordenamento penal brasileiro – preceitos pelos quais se lutou durante todo o regime militar até os dias atuais – como, à título exemplificativo, o expresso na fórmula *lex praevia, lex scripta, lex stricta, lex certa*.

¹²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sentença ADPF n. 153, p. 37-39.

¹²⁴ SWENSSON JUNIOR, *Punição para crimes da ditadura militar...*, p. 38-39.

Significativo destacar que não se pretende, aqui, depreciar a dor daqueles que sofreram nos porões da ditadura nem de suas famílias, longe disso, o que se está a afirmar é que o objetivo da luta daqueles que se opunham ao regime de exceção poderá ser perdido ao se permitir que seja rompido o Estado Democrático de Direito a fim de possibilitar um julgamento que afrontaria os princípios que sobrelevam nosso ordenamento penalista e pelos quais os juristas se empenham, ainda hoje, em ver respeitado.

Não há como crer, por conseguinte, que as famílias que perderam seus entes queridos acreditem que o julgamento amenizará sua dor ou lhes trará algum conforto, afinal, passaram-se mais de 35 anos, assim, o que se pode supor é a necessidade desses de conhecer o destino ao qual seus afetos foram submetidos. Trata-se da estória que necessita ser contada para se tornar a História, tendo em vista que há a necessidade de alguma forma de responsabilização¹²⁵.

Ressalvado, deve-se regressar a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Assim, após o exame dos preceitos fundamentais, o Ministro Eros Grau passou a discorrer acerca da recepção ou não do disposto no artigo 1º, parágrafo 1º, da lei nº 6.683/79 pela Constituição Federal. Segundo a exordial¹²⁶, a interpretação de que o direito de graça fora concedido aos crimes comuns praticados por agentes públicos durante o regime de exceção é incompatível com a Constituição. Acerca da conexão dos crimes, dispõe Eros Grau¹²⁷:

A conexão criminal implicaria uma identidade ou comunhão de propósitos ou objetivos nos vários crimes praticados. Se o agente é um só, a lei reconhece a ocorrência de concurso material ou formal de crimes (Código Penal, artigos 69 e 70); se os agentes forem vários há, tendo em vista a comunhão de propósitos ou objetivos, co-autoria (Código Penal, artigo 29). E também há conexão criminal quando os agentes criminosos atuaram uns contra os outros, embora aqui se trate de regra de unificação de competência, de modo a evitar julgamentos contraditórios; não há, então, norma de direito material. Por isso os crimes praticados por agentes públicos contra opositores políticos durante o regime militar seriam crimes comuns. [...] A norma veiculada pelo §1º do artigo 1º da Lei n. 6.683/79 tem por objetivo, exclusivamente, os crimes comuns, cometidos pelos mesmo autores dos crimes políticos; não abrange crimes comuns praticados pelos opositores políticos, presos ou não, por agentes políticos durante o regime militar.

¹²⁵ Nesse sentido, vide a reportagem da Agência Brasil disponível no site: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-08-19/parentes-de-vitimas-da-ditadura-militar-pedem-novo-depoimento-de-ustra-cnv>.

¹²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sentença ADPF n. 153, p. 31, parágrafo 25.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 31.

Entretanto, em seu voto, o ministro faz alusão ao parágrafo 1^a¹²⁸ do artigo 1º da Lei de Anistia, referindo que o mesmo define o que são crimes conexos aos crimes políticos para os efeitos desta lei. Por conseguinte, a lei dispõe que os crimes comuns de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política são conexos aos crimes políticos.

Destaca-se que os crimes conexos são compreendidos como delitos vinculados, de modo que exista nexa entre as violações, isto é, um dos crimes é cometido a fim de assegurar, realizar ou ocultar a prática ou outro delito.¹²⁹ Essa dependência pode ser ideológica ou teleológica, para assegurar a execução do crime; consequencial, para ocultar outro delito e ocasional, decorrente da prática do delito¹³⁰.

Desse modo, segundo Bastos¹³¹:

[...] não poderia haver conexidade de crimes que atingem bens jurídicos diversos, pois, no caso concreto não se poderia encontrar equivalência de causas ou motivações entre o ato daquele que afronta o sistema político prevalente e o daquele que o reprime, pois o primeiro anseia por mudanças e atua em consequência de suas expectativas; enquanto que o segundo quer manter o *status quo* e age, portanto, de acordo com os interesses que ele pretende preservar.

Percebe-se que os estudiosos definem como diferenciadas as motivações daqueles que praticaram crimes ao longo da ditadura e, de fato o são, posto que os agentes estatais visavam a manutenção do regime e agiam segundo a doutrina de segurança nacional, combatendo o inimigo público.

Já aqueles que lutavam contra o regime de exceção, possuíam objetivos distintos conforme a organização à qual se filiavam, tendo em vista que aqueloutro que encontrava a solução apenas pela luta armada pretendia ascensão ao poder da ditadura do proletariado¹³²; enquanto, aqueles que combatiam o regime através de suas linhas ideológicas, amplamente censuradas, visavam o retorno à democracia, à liberdade de expressão.

Assim, denota-se que há diferentes motivações, mas todas são abrangidas pelo manto do idealismo político, de modo que não se pode distinguir entre os crimes cometidos pela

¹²⁸ *Ipsis litteris*: § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

¹²⁹ MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1972. p. 184-187.

¹³⁰ BASTOS, Anistia..., p. 190-195.

¹³¹ *Ibidem*, p. 194.

¹³² Nesse sentido, vide a obra “1984” do escritor George Orwell.

resistência ou pela repressão, pois por mais reprovável que possa ser, a doutrina da segurança nacional é a motivação política do estado de exceção brasileiro. E o argumento de que nem todos os agressores cometiam os atos politicamente motivados é tão frágil quanto afirmar que todas as ações da resistência possuíam motivação política.

Acerca da origem da expressão crimes conexos a políticos, disserta Eros Grau¹³³:

[...] a alusão a crimes conexos a crimes políticos aparece já na anistia concedida, em janeiro de 1916, a civis e militares que, direta ou indiretamente, se envolveram em movimentos revolucionários no Estado do Ceará (Decreto 3.102, de 13 de janeiro de 1916, do Presidente do Senado Federal). Posteriormente isso se repete no decreto 3.163, de 27 de setembro de 1916, de Wenceslau Braz, Ministro da Justiça Carlos Maximiliano, decreto que concedeu anistia às pessoas envolvidas em fatos políticos e conexos ocorridos no Estado do Espírito Santo em virtude da sucessão presidencial estadual; [...]. Outrossim, a expressão anistia ampla e irrestrita terá surgido no artigo 1^a do decreto-legislativo 22, de 23 de maio de 1956, que concedeu a todos os civis e militares que, direta ou indiretamente, se envolveram nos movimentos revolucionários ocorridos no País a partir de 10 de novembro de 1955 até 1^o de março de 1956.

Pelo exposto, auferese que a expressão “crimes conexos aos crimes políticos”, depende do período histórico em que fora sancionada a lei que lhe deu origem. Considera-se, assim, que o legislador, ao elaborar a lei n^o 6.683/79, a qual, repete-se, representou estrepitoso avanço na distensão lenta e gradual, procurou ampliar o conceito destinado à conexão segundo o direito penal, a fim de relacionar e vincular um delito a outro.¹³⁴ Tal fato torna-se evidente quando se estuda o período no qual a Lei de Anistia fora elaborada, tendo em vista que neste todos os setores – resistência e repressão – clamavam pela anistia: ampla, geral e irrestrita. Ressalta-se, porém, que esse último requisito não fora atingido posto que a lei não contemplou aqueles já condenados pela prática de crimes de terrorismo, atentado pessoal e sequestro.

Sobre o caráter amplo da anistia concedida pela lei n^o 6.683/79, o Ministro Eros Grau¹³⁵ mencionou alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, dentre os quais destaca-se:

¹³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sentença ADPF n. 153, p. 35.

¹³⁴ Ibidem, p. 36.

¹³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sentença ADPF n. 153, p. 40.

Para começar, entre os acórdãos mais antigos desta Corte, o Habeas Corpus n. 1.386, Relator o Ministro Piza e Almeida, em 4 de julho de 1900, que, ao considerar a anistia concedida pelo Decreto n. 310, de 21 de outubro de 1895, interpretou-a de modo a aplicá-la a crimes de morte praticados em 12 de outubro de 1896; diz o acórdão: “É consequência do caráter geral da anistia que ela se estenda aos delitos acessórios que se prendem ao crime político”. [...] A ementa do Recurso de Habeas Corpus n. 59.834, Relator para o acórdão o Ministro Cordeiro Guerra, em 1982, linhas acima referido, diz: “ANISTIA. Interpretado o art. 1º e seu § 1º da Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Crime de deserção praticado contemporânea ou anteriormente aos crimes políticos anistiados, considera-se conexo ou relacionado com os crimes políticos para o reconhecimento da extinção da punibilidade, por força do § 1º do art. 1º da Lei n. 6.683, de 28.8.1979”.

A referência a outros julgados com relação às anistias concedidas em toda a história brasileira é feita com intuito de ressaltar o caráter constitutivo do Direito, o qual consiste na produção de normas através da interpretação dada pelo leitor às leis e a realidade para solução de determinado caso. Desse modo, denota-se que o significado dos textos oscila consoante o período histórico e contexto social no qual vive o interprete.

Essa interpretação não pode ser concedida, porém, as *leis-medida*. Acerca dessas, explica Eros Grau¹³⁶:

As leis-medida (Massnahmegesetze) disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas. Consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. [...] O Poder Legislativo não veicula comandos abstratos e gerais quando as edita, fazendo-o na pura execução de certas medidas. Um comando concreto é então emitido, revestindo a forma de norma geral. As leis-medida configuram ato administrativo completável por agente da Administração, mas trazendo em si mesmas o resultado específico pretendido, ao qual se dirigem. Daí por que são leis apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. Cuida-se, então, de lei não-norma. É precisamente a edição delas que a Constituição de 1988 prevê no seu art. 37, XIX e XX. Pois o que se impõe deixarmos bem vincado é a inarredável necessidade de, no caso de lei-medida, interpretar-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual.

Assim, deve-se interpretar a Lei de Anistia a partir do contexto histórico em que foi elaborada, tendo em vista que fora deste ela carece de sentido, não podendo se cogitar a interpretação consoante o contexto social atual, uma vez que se vive, no Brasil, em plena democracia, enquanto outrora, quando da promulgação da lei, se habitava em época de transição.

¹³⁶ Ibidem, p. 44.

Desse modo, segue argumentando o Ministro Eros Grau¹³⁷:

Recordo o que se deu no julgamento, por esta Corte, do Habeas Corpus n. 29.151, Relator o Ministro Laudo de Camargo, em setembro de 1945. Observando que naquele momento não se cogitava do “perdão de crimes contra a segurança externa do país, de delitos contra a integridade do Brasil”, quanto aos demais delitos anotou: “Ora, no caso dos autos, como lembrou o Sr. Ministro Filadelfo de Azevedo, a lei de anistia resultou de um longo clamor de consciência pública, refletida na imprensa e em comícios. Era o ciclo que se abria, da redemocratização do Brasil e todos pediam que se lançasse perpétuo olvido aos delitos de opinião pública, às manifestações contra o regime vigente”. [...] Registro a existência, no Brasil, no período republicano, de mais de trinta atos de anistia, veiculados pelos [...] decretos ou leis-medidas. Como deveríamos hoje interpretar esses textos? Tomando-se a realidade político-social do nosso tempo, nos dias de hoje, ou aquelas no bojo das quais cada qual dessas anistias foi concedida?

Contrariamente ao argumento de Eros Grau, há a defesa do discurso que afirma que o passado não cessa sua rerepresentação e, desse modo, somente através da abertura de arquivos e da disponibilização de meios que facilitam o acesso ao acervo histórico é que fora possível compreender e interpretar o passado de modo a promover a pretensão de punição dos agentes estatais¹³⁸ – de novo, apenas dos agentes estatais.

Com efeito, o passado não se resume a uma interpretação absoluta e imutável, entretanto, não há como afirmar que só recentemente fora possível o debate e interpretação do tema, afinal, existe material disponível para tanto desde 1985, ano no qual fora publicada, à título exemplificativo, a primeira edição do livro *Brasil: nunca mais*, resultado do resumo do trabalho realizado pelo Reverendo da Igreja Presbiteriana Jaime Wright e pelo cardeal de São Paulo Dom Paulo Evaristo Arns, que, com apoio de suas instituições religiosas e de estagiários, catalogaram quase um milhão de cópias de cerca de 710 processos do Superior Tribunal Militar e, com isso, promoveram a análise do material, informando: o número de mortos, torturados e desaparecidos durante o regime de exceção, modalidades de tortura mais praticadas, localização dos centros de detenção, revelação dos nomes dos médicos plantonistas etc¹³⁹.

Destaca-se que o material integral fora doado para a Universidade de Campinas sob a promessa de promoção do acesso ao material a toda sociedade brasileira, bem como cerca de

¹³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sentença ADPF n. 153, p. 45.

¹³⁸ SILVA FILHO, José Carlos Moreira. *O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a inacabada transição democrática brasileira*. In: **Direito ao desenvolvimento**. PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (Coords.). São Paulo: Fórum, 2010.

¹³⁹ ARQUIDIOSE DE SÃO PAULO. Idem 7. P. 21-28.

15 volumes da obra foram doados a entidades protetoras dos direitos humanos. Destarte, dispõe-se dessa documentação desde o mandato de José Sarney, impossibilitando a assertiva de falta de informação acerca do passado histórico cujo acesso promoveria sua reinterpretação¹⁴⁰.

Ora, como alegar que somente a partir da abertura dos arquivos se consegue compreender o passado histórico e que apenas com *essa* interpretação se chega à conclusão *inevitável* de que se deve promover a punição dos agentes estatais? Como já fora relatado no segundo capítulo, a Argentina teve centenas de milhares de livros e documentos queimados durante o regime ditatorial e, mesmo sem os arquivos ou a abertura dos que remanesciam, a sociedade se organizou, foram criadas instituições visando reconstruir os acontecimentos do passado, e, desde o início – mandato do presidente Raúl Alfonsín – foram ajuizados processos criminais e punidos os agentes estatais.

Destarte, há que se aceitar que o Brasil possui um passado diverso e uma realidade sociocultural diferente, assim, malgrado o retorno à democracia e, ainda, do retorno à pátria daqueles que foram injustamente exilados, ninguém, nesses 35 anos, gritou, clamou, insultou ou esperneou pela punição dos agentes da repressão, não houve manifestações públicas, não se foi às ruas, os escritores outrora censurados não ergueram suas vozes e brandiram suas crônicas, seus poemas, suas prosas, clamando pela punição. O que ocorreu, todavia, foi a pacificação nacional, o retorno à democracia e o fortalecimento desta – como se pode observar até nos manifestos ocorridos no primeiro semestre de 2013.

Ademais, não há como afastar a política do direito e da própria história. A lei n^o 6.683/79 veicula uma decisão política assumida naquele período, a qual possibilitou a ida às urnas em 1985¹⁴¹. E, como acordo político, Eros Grau,¹⁴² em seu voto, refere que qualquer mudança deverá ser realizada pelo Poder Legislativo. Nas suas palavras:

¹⁴⁰ Importante ressaltar que a obra *Brasil: nunca mais!*, se encontra na 36. edição, sendo disponibilizada, ainda, em edição de bolso facilitando sua compra, posto que por ser compacta é diminuído o custo da mesma.

¹⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sentença ADPF n. 153, p. 50.

¹⁴² *Ibidem*, p. 60.

Dado que esse acordo resultou em um texto de lei, quem poderia revê-lo seria exclusivamente o Poder Legislativo. Ao Supremo Tribunal Federal não incumbe alterar textos normativos concessivos de anistias. A ele não incumbe legislar ao apreciar ADPFs, senão apurar, em casos tais, a compatibilidade entre textos normativos pré-constitucionais e a Constituição. Há quem sustente que o Brasil tem uma concepção particular de lei, diferente, por exemplo, do Chile, da Argentina e do Uruguai, cujas leis de anistia acompanharam as mudanças do tempo e da sociedade. Esse acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária revisão da lei de anistia, deverá contudo ser feito pela lei, vale dizer, pelo Poder Legislativo.

Para fundamentar seu argumento, o Ministro utiliza como exemplo os casos do Uruguai e Chile¹⁴³, os quais, tal qual a Argentina, possuíram suas Leis de Anistia revogadas pelo Poder Legislativo, visando possibilitar a persecução criminal dos agentes de Estado. Entretanto, deve-se lembrar que a Suprema Corte de Justiça argentina declarou inconstitucionais as Leis de Pacificação Nacional e do Ponto Final. É importante ainda, observar as proporções da extensão da crueldade desses regimes ditatoriais latino-americanos que em muito superam os números brasileiros. Sublinha-se, por derradeiro, que os pleitos sociais, quando da troca de regimes, foram outros no Brasil, requeria-se, aqui, o fim da violência e o fortalecimento da democracia.

Por fim, o Ministro faz alusão à Emenda Constitucional nº 26 de 1985, assinada pelo Presidente José Sarney quando do retorno à democracia, a qual, além de estender a anistia concedida pela lei nº 6.683/79, também conferiu, em seu artigo 1º, o poder de se reunirem em Assembleia Nacional Constituinte – livre e soberana –, aos membros da Câmara dos Deputados e ao Senado, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Desse modo, percebe-se que a emenda instala um novo sistema normativo e, por isso, é dotada de caráter constitutivo, eis que constitui, ela mesma, o conteúdo que prevê¹⁴⁴.

Por isso, a Lei de Anistia fora confirmada pelo poder Constituinte da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que através da Emenda Constitucional nº 26 de 1985 é reafirmada a anistia concedida pela lei nº 6.683/79, reinstaurando, em seu ato originário, o direito de graça outorgado por esta. Assim, por óbvio, a Constituição de 1988 recepcionou a Lei de Anistia, posto que a emenda a constitucionaliza.

¹⁴³ No Uruguai, fora realizado um referendo no qual se votou pela revogação da Lei de Anistia - Ley de La Caducidad de la Pretensión Punitiva de Estado. Já no Chile, foi proposto por deputados um projeto de lei visando revogar o Decreto-Lei n. 2.191/78, que concedeu anistia autores, cúmplices ou partícipes, tenham incorrido em delitos durante a vigência da situação de Estado de Sítio, compreendida entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1978. Idem 3, p. 61.

¹⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sentença ADPF n. 153, p. 68.

Outrossim, somente se a Constituição a tivesse expressamente afastado poder-se-ia, nas palavras de Eros Grau, “tê-la como incompatível com o que a Assembleia Nacional Constituinte convocada por essa emenda constitucional produziu, a Constituição de 1988. A EC n. 26/85 [...] consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade”. Destaca-se por fim, que o texto constitucional prevalece sobre a legislação infraconstitucional quando ambos coexistem.

3.2 A análise das consequências dos óbices da revogação da lei de anistia

Tudo o que sabemos é que não podemos punir
nem perdoar estes crimes.
A condição humana, Hannah Arendt.

Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia os seus fogos.
Era dividida em duas metades
diferentes uma da outra.
Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era perfeitamente bela.
E era preciso optar. Cada um optou
conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.
A verdade dividida, Carlos Drummond de Andrade.

Em razão dos fatos ocorridos na Guerrilha do Araguaia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou a República Federativa do Brasil a investigar e responsabilizar penalmente aqueles (agentes estatais) que cometeram crimes durante a ditadura, mais especificadamente na Guerrilha do Araguaia. Tal dispositivo opõe-se ao estabelecido na lei nº 6.683/79, afinal, não há como punir àquele que recebeu anistia.

A despeito disso, há quem defenda a punição pela punição, e, assim, foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (nº 153), anteriormente analisada, visando à revogação da Lei de Anistia com intuito de punir os agentes repressores por todos os delitos praticados durante o regime de exceção. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a referida lei é legítima, pois representa o acordo histórico realizado para o retorno – *lento e gradual* – à democracia, bem como fora recepcionada e reafirmada pela Constituição Federal através da Emenda Constitucional nº 26/85.

Não obstante, aduz Swensson¹⁴⁵:

Segundo vários juristas, como Fábio Konder Comparato, Dalmo Dallari e Hélio Bicudo, [...] não é necessária a revisão dessa lei [n. 6.683/79] para que a Justiça possa puni-los. Isso porque, dizem eles, ao se fazer uma leitura atenta e literal do texto da lei, chega-se a conclusão que ela nunca anistiou tais agentes.

Esse argumento fora debatido no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 e desconsiderado, sob a assertiva de que os crimes cometidos pelos agentes estatais são conexos aos crimes políticos ou politicamente motivados, estando, assim, sob o manto da anistia. Todavia, caso o Poder Legislativo considerasse válida tal alegação e, por conseguinte, revogasse a lei nº 6.683/79, enfrentar-se-iam as seguintes questões: *a)* como o prazo prescricional seria contado? O artigo 109 do Código Penal seria respeitado? *b)* qual a tipificação do crime? Qual tipo penal incriminaria os responsáveis pela prática dos mais variados delitos durante a ditadura? A lei nº 9.455 de 1997, que tipifica o crime de tortura, seria utilizada para enquadramento penal dos repressores? *c)* Seriam negados direitos humanos em prol de sua defesa?

A priori, no que tange à prescrição, existem duas correntes: a primeira defendendo que os crimes seriam imprescritíveis por se tratarem de crimes de lesa humanidade e a segunda afirmando que a prescrição iniciaria a partir do momento em que a lei fosse revogada. Com relação à imprescritibilidade, alega Bastos¹⁴⁶:

A imprescritibilidade para os crimes contra humanidade significa que a ordem humana da lei e o tempo humano do julgamento são excedidos por uma instância transcendente, como se os homens não tivessem o direito de subtrair ao julgamento, qualquer que seja o tempo decorrido após aquela falta.

Com efeito, a imprescritibilidade conduz à inexistência do lapso prescricional *ad eternum*, desse modo, se denota exceção a um dos maiores preceitos do direito desenvolvida

¹⁴⁵ SWENSSON JUNIOR, *Punição para crimes da ditadura militar...*, p. 37.

¹⁴⁶ BASTOS, *Anistia...*, p. 61.

com intuito de possibilitar a punição de agentes que praticaram, na tese, crimes contra a humanidade, os quais são definidos por Garapon¹⁴⁷:

O crime de lesa humanidade é uma incriminação oriunda da guerra, mas é o contrário da mesma: é o massacre elevado ao nível de política, o modelo do não combate exposto ao do combate. Mesmo inimigos, os combatentes não deixam de ser *partes* de um mesmo conflito. Aceitam segundo modalidades diferentes, consoante sejam agressores ou agredidos, entrar numa relação agonística, logo, agir ou reagir. Ora, o crime contra a humanidade nasce precisamente do encontro de uma ação e uma inação, de uma agressão total e uma passividade absoluta. O crime contra a humanidade revela a frieza absoluta de uma não-relação, de uma ausência de reciprocidade levada ao extremo, ao ponto de já não ser possível reconhecer nenhuma semelhança humana no outro, como no caso dos campos de concentração. [...] Se o combatente ocupa um lugar, o do adversário, já a vítima não tem lugar para ocupar mesmo na pátria humana, [...], encarna um novo ser no mundo, mais exatamente, um não-ser.

Segundo essa definição, é cristalina a presença de determinadas características para se definir os crimes de lesa humanidade, quais sejam: *a)* oriundo da guerra; *b)* demanda total inação, passividade e falta de vínculo com os combatentes – se trata, pois, de pessoa que não é adversário do regime ou deste participa como repressor; *c)* demanda, ainda, a total vitimização de quem é submetido à qualidade de vítima, a ponto de ser inteiramente desconsiderada sua humanidade, criando-se não um herói – um mártir – mas um não ser.

Destaca-se que esse conceito foi criado e aplicado aos crimes cometidos durante a 2ª Guerra Mundial e posteriormente fora utilizado para caracterizar, por exemplo, o genocídio em Ruanda¹⁴⁸. É notório que essas guerras se distinguem pela crueldade extrema contra uma etnia, a ponto de se excluir, de fato, qualquer resquício de humanidade da vítima, a qual se torna um não ser¹⁴⁹.

Por conseguinte, não há limite que possibilite mensurar e comparar esses massacres com o regime ditatorial brasileiro, tendo em vista que este durou 21 anos, período no qual se estima um total de 500 mortos e desaparecidos. Obviamente não se está tentando diminuir a dor provocada por essas mortes, mas, efetivamente, se propõe a análise dos eventos históricos

¹⁴⁷ GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar: para uma justiça internacional*. Lisboa: Instituto Piaget, 2004. p. 97-131.

¹⁴⁸ Em Ruanda – país colonizado pelo Império Alemão e pela Bélgica – fora alvo da atenção internacional quando entre 1992-2004, após um golpe de Estado, os Hutus ascenderam ao poder e iniciaram a escalada repressiva ao Tutsis – por alguma razão o país era dividido nessas duas etnias – hutus e tutsis – até provocar seu genocídio em massa. Estima-se que durante o período foram mortos aproximadamente 800 mil tutsis.

¹⁴⁹ Nesse sentido, vide a obra: *É isto um Homem?*, do escritor italiano Primo Levi. Destaca-se que seu texto é autobiográfico, de modo que, a total vitimização de Levi o conduziu ao suicídio em 11 de abril de 1987.

a fim de proporcionar a distinção básica: não há, no Brasil, discriminação étnica ou racial, há somente (conforme já referido) a disputa ideológica, na qual não existe a vitimização absoluta – basta ver a condição de mártires concedida as vítimas – perante a qualidade de combatente-adversário daqueles que foram parte em algum tipo de delito – seja como agressor ou vítima.

Desse modo, caracterizar os crimes cometidos durante a ditadura militar como crimes de lesa humanidade é uma hipérbole. Ressalta-se que a imprescritibilidade surge como tese contra a impunidade dos agressores, a fim de possibilitar, a qualquer custo jurídico, a punição desses. Sobre a impunidade, aduz Dimoulis¹⁵⁰:

[...] quem lamenta a impunidade faz uma inversão retórica da situação real. Sente-se inconformado e apresenta a demanda de responsabilização como queixa de impunidade. Talvez esse protesto seja política e/ou moralmente correto. Mas reivindica construir juridicamente crimes no lugar de atos ilícitos muitos vezes encorajados pelo Estado. Estamos diante de construções sociais que atribuem *ex post facto* significado de ilicitude-reprovabilidade a certas condutas. Isso é uma decisão *política* e como tal deveria ser assim assumida. [...] o discurso da impunidade é reducionista, identificando a responsabilidade com a punição estatal. Na verdade, sempre há espaço para responsabilização social não sendo a ausência de penalização sinônimo de impunidade.

Superada a tese da imprescritibilidade – tendo em vista que na ditadura não foram praticados crimes de lesa humanidade –, deve-se observar a possibilidade de criação de uma exceção no ordenamento jurídico brasileiro a fim de promover a contagem do lapso prescricional a partir do momento em que a Lei de Anistia fosse revogada. Segundo essa tese, a prescrição representa a inação do Estado, entretanto, não poderia haver a prescrição dos delitos cometidos durante o regime de exceção uma vez que não havia contingência de punição à época e, assim, não se caracterizaria a inação estatal¹⁵¹.

Dessarte, a prescrição só começaria a ser contada no momento em que a lei fosse revogada, pois a partir desse haveria a possibilidade de persecução penal e para tanto, da ação estatal. Entretanto, o questionamento que, instantaneamente, surge ao primeiro contato com essa tese é: a) não viola a inteligência do artigo 109 do Código Penal? b) estar-se-ia a mencionar uma exceção ao princípio da irretroatividade?

¹⁵⁰ DIMOULIS, Dimitri. *Justiça de Transição e função anistiantes no Brasil: hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização*. In: *Justiça de Transição no Brasil*. DIMOULIS, Dimitri [Org.]. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111.

¹⁵¹ X Semana Multidisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Marx, Ivan Claudio. *A atuação judicial frente aos crimes cometidos por agentes do Estado durante a ditadura brasileira*. Passo Fundo: 21 de maio de 2013.

Ab initio, o Código Penal, em seu artigo 109¹⁵², estabelece que a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, regular-se-á pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se a incidência da mesma conforme o tempo da pena – seja ela calculada em abstrato ou em concreto. Logo, o referido artigo, combinado com os artigos 110¹⁵³ e 115¹⁵⁴ do Código Penal, estipula o prazo mínimo e máximo para o decurso do lapso prescricional, sendo este último previsto em vinte anos. A prescrição, no ordenamento jurídico brasileiro, não é, portanto, *ad infinitum*.

Assim, é incontestável que os crimes praticados durante a ditadura já prescreveram, posto que ocorreram há mais de 30 anos. A tese de cálculo prescricional a partir da revogação da lei nº 6.683/79 desrespeita, desse modo, o disposto no artigo 109 do Código Penal, excepcionando-o. Igualmente, viola o princípio da irretroatividade e, acerca deste, assevera Bacigalupo¹⁵⁵:

É indiscutível que uma ampliação dos prazos prescricionais vigentes no momento do fato por uma lei posterior a este não deve ser aplicada retroativamente, pois isso afetaria de maneira decisiva a garantia de objetividade na medida em que implica, na prática, uma lei destinada a julgar fatos já ocorridos, ampliando para ele o poder penal do Estado. O ponto de vista contrário [...] impõe uma relativização dificilmente tolerável dos princípios do Estado de Direito em função de uma aplicação preponderante de razões de justiça material, que poderiam substituir a segurança jurídica ou até anulá-la. Esta interpretação não se torna aceitável no âmbito da Constituição espanhola, posto ser a justiça um dos valores superiores do ordenamento jurídico, o é também a liberdade. Isso significa que o valor “justiça” não pode reduzir o valor “liberdade” de uma maneira tão considerável que este resulte anulado. O caráter limitador dos direitos fundamentais das normas referentes à prescrição, ademais, não deveria ser colocado em dúvida, uma vez que afetam no mínimo a liberdade.

O princípio da irretroatividade representa, dessa arte, uma proteção a todos os cidadãos, pois presume que a lei não retroagirá *in malam partem*, conforme disposto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XL¹⁵⁶. Tal pressuposto, pelo seu *status*

¹⁵² *Ipisis litteris*: Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze; II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze; III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito; IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro; V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois; VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

¹⁵³ *In verbis*: Artigo 110 A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

¹⁵⁴ *In verbis*: Artigo 115 São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

¹⁵⁵ BACICALUPO. *Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁵⁶ *Ipisis litteris*: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

constitucional, regula não somente o âmbito penal, mas o Direito, tendo em vista que ao se possibilitar que a lei retroaja para prejudicar àquele que não possuía conhecimento do fato típico, se estará autorizando a violação de preceitos fundamentais inerentes ao ser humano: liberdade, dignidade. Desse ponto, se conclui o inevitável: a luta estaria perdida; pois não obstar a punição dos *agentes* significaria esquecer o objetivo da luta – democracia, liberdade – daqueles que resistiam à ditadura, vez que estar-se-ia a criar, senão um regime, um tribunal de exceção dentro do Estado Democrático de Direito¹⁵⁷.

Por consequência, como o princípio da irretroatividade é seu correlato, a contagem do prazo prescricional a partir da revogação da lei violaria diretamente o princípio da legalidade, posto que este pressupõe que (conforme já mencionado): não haverá pena sem lei prévia, certa, escrita e estrita (*nulla poena sine lege praevia, certa, scripta et stricta*). Assim, se aplicada a referida tese, se estará ferindo, também, o princípio da segurança jurídica¹⁵⁸.

Deveras, os delitos que se está a estudar não eram penalizados durante a ditadura militar - e aqueles que eram tipificados, como o homicídio, prescreveram -, já que o crime de tortura só fora tipificado a partir da lei nº 9.455, de 1997, bem como não existe, no ordenamento jurídico, tipificação para o delito de *desaparecimento forçado*, sendo assim, não há, por óbvio, crime cometido, uma vez que não há lei prévia, certa, escrita e estrita penalizando-o.

Soma-se a isso, por oportuno, que em respeito ao princípio *tempus regit actum*, correlato do princípio da legalidade e da subsequente proibição da retroatividade da lei penal, o Código Penal vigente à época dos fatos deverá ser respeitado e utilizado como referência e limite para a criminalização das condutas praticadas durante o regime militar¹⁵⁹. Sobre o princípio da legalidade, aduz Dias¹⁶⁰:

O princípio do Estado de Direito conduz, [...], a que a protecção dos direitos, liberdades e garantias seja levada a cabo não apenas **através** do direito penal, mas também, **perante** o direito penal. Até porque uma eficaz prevenção do crime, que o direito penal visa em último termo atingir, só pode pretender êxito se à intervenção estadual forem levantado *limites estritos* – em nome da defesa dos direitos, liberdades e garantias das pessoas – perante a possibilidade de uma intervenção estadual arbitrária ou excessiva. A esta possibilidade de arbítrio ou de excesso se ocorre submetendo a intervenção penal a um rigoroso **princípio de legalidade**, cujo conteúdo essencial se traduz em que **não se pode haver crime, nem pena que não**

¹⁵⁷ Pergunta-se, assim, às organizações protetoras dos direitos humanos: será isto legítimo?

¹⁵⁸ DIMOULIS, *Justiça de Transição e função anistiantes no Brasil...*, p. 115-118.

¹⁵⁹ SWENSSON JUNIOR, *Punição para crimes da ditadura militar...*, p. 35.

¹⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 177.

resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa (nullum crimen, nulla poena sine lege).

De fato, o princípio da legalidade fortalece o Estado Democrático de Direito, pois limita e previne os excessos decorrentes da ação e arbítrio estatal. Assim, a lógica adotada pela tese da contagem do prazo prescricional a partir da revogação da lei é simples: *viola-se* o princípio democrático – e todos os seus correlatos – para *punir sua violação* à época do regime militar e aumenta-se, para tanto, o lapso temporal da prescrição para surpreendentes 50 anos¹⁶¹. Contudo, a diferença entre as máculas reside na premissa de que o estado de exceção é, em si, uma suspensão ao princípio democrático; porém, este é pleno no Estado Democrático de Direito e sua violação significaria o retorno àquele.

Veja-se, não se nega a crueldade dos crimes cometidos durante a ditadura militar, se recusa a aplicação da referida tese, ou seja, a punição destes delitos 50 anos após sua prática. Afirmar que a sociedade não legitimou a Lei de Anistia é refutar os 34 anos de história decorridos desde sua promulgação, ou os 28 anos desde a sua recepção pela Constituição Federal, da mesma forma que violar – agora – os preceitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna é repudiar a construção democrática da República brasileira.

Nesse ínterim, é necessário analisar a tipificação dos crimes perpetrados pelos agentes da repressão durante o regime de exceção. Mas, antes, se faz uma pausa para algumas ressalvas. *A priori*, sublinha-se que na eventual hipótese de revogação da lei de anistia, revogar-se-á, por conseguinte, a concessão do direito de graça a todos aqueles que dele foram beneficiados. Em consequência, civis e militares, agentes da repressão ou da resistência, não mais residirão sob o manto da anistia¹⁶². Assim, a massa retornaria ao *status quo ante* e poderiam ser punidos – devendo inclusive devolver aos cofres públicos as indenizações percebidas – civis e militares, porém; ressalta-se que, o que se pretende com a revogação da lei nº 6.683/79 é possibilitar a persecução criminal apenas dos agentes estatais, ou seja, se reclama meia verdade, meia história.

Ressalva-se, ainda, que a necessidade de criação de um tipo penal andrógono advém da impossibilidade de punição dos agentes não só pela concessão do benefício da anistia, que é legítimo, mas pela total prescrição dos crimes cometidos durante a ditadura e que estão corretamente tipificados no Código Penal brasileiro, tais como o homicídio e a lesão corporal.

¹⁶¹ Caso em que o crime teria sido cometido em 1964, cuja prática teria ocorrido há 49 anos.

¹⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sentença ADPF n. 153, p. 24.

De fato, se aduz, equivocadamente, que esses crimes não estariam prescritos a partir do momento da revogação da anistia, tese já superada, considerando a ampla violação aos preceitos fundamentais do ordenamento jurídico, estabelecidos e defendidos pela Constituição Federal, aos direitos inerentes à pessoa humana e ainda, a finalidade única de tal exceção: violência.

Sublinha-se, por fim, que somente a partir da aceitação da tese de início da contagem do prazo prescricional após a revogação da lei nº 6.683/79 e da efetiva ab-rogação desta, poder-se-ia começar a pensar em qual tipo penal seria utilizado para punir os agentes da repressão – e apenas estes -, tendo em vista que somente a revogação da lei não possibilitaria a punição dos agentes estatais, em respeito ao princípio da legalidade e aos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, tal como, destaca-se: à dignidade. Logo, com a revogação da lei, o questionamento seria: como puniremos? Não há como negar, aqui, ressalta-se novamente, o cunho *unicamente* violento desta tese.

Feita a ressalva, volta-se a tipificação dos crimes. Com efeito, para ocorrer a punição de qualquer pessoa que cometa um delito no Estado brasileiro, é indispensável que esta incorra em fato típico, ilícito e culpável. Dessa forma, a tipicidade do fato demonstra sua anterioridade à conduta do agente, devendo, ainda, ser escrito, estrito e certo, para que sejam garantidos os preceitos fundamentais de todo cidadão – julgamento justo, liberdade, duplo grau de jurisdição, dignidade. Nesse sentido, assevera Greco¹⁶³:

Por imposição do princípio *nullum crimen sine lege*, o legislador, quando quer impor ou proibir condutas sob a ameaça de sanção deve, obrigatoriamente, valer-se de uma lei. Por intermédio da lei, existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal. Além da necessidade inafastável da existência de uma lei proibindo ou impondo condutas sob ameaça de sanção, é preciso que o agente tenha praticado o fato nela incriminado posteriormente à sua vigência. A lei, portanto, deve estar em vigor anteriormente à conduta do agente.

Sobressai-se que a lei nº 9.455, de 1997, que tipifica o crime de tortura, não poderá ser invocada para punir os agentes da repressão, pois sua promulgação ocorreu 12 anos após o término do regime de exceção. Dessarte, quem cometeu este delito em 1968 não podia imaginar que tal conduta seria criminalizada com pena de reclusão de dois a oito anos. Ressalta-se, nesse ponto, a solidez democrática do Brasil, cuja Constituição e legislação

¹⁶³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 95-101.

protegem seu povo da instauração de novo regime de exceção através das *cláusulas pétreas* e pela imposição de sanções à tortura, pela própria tipificação desta.

A aplicação da lei nº 9.455/97 para punição dos militares representaria, portanto, uma ampla violação ao princípio da legalidade, pois macula a presunção de irretroatividade, bem como a necessidade de lei escrita, certa e estrita; ofendendo, inclusive, os princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade e segurança jurídica. Outrossim, fere-se o princípio democrático em seu cerne.

Como não há a possibilidade de se iniciar a persecução penal pela prática do delito de tortura, a lógica do castigo defende a incriminação dos agentes estatais pelo crime de *desaparecimento forçado*, delito que a Corte Interamericana utilizou em sua sentença para condenar o Estado brasileiro a punir os militares responsáveis pelo massacre no Araguaia. Ressalva-se, contudo, que o Brasil, no que tange ao direito internacional, adota a teoria dualista, consoante posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Acerca das teorias monista e dualista, assevera Ramos¹⁶⁴:

Em apertada síntese, caracteriza o monismo a possibilidade de aplicação direta e automática das normas de Direito Internacional pelos agentes do Poder estatal (autoridades administrativas, membros do Ministério Público e juízes). Já a corrente dualista exige uma transformação do Direito Internacional em Direito interno, através de norma legislativa interna, que incorporaria as regras de conduta expostas no instrumento internacional. No Brasil, a praxe republicana de incorporação interna de tratados internacionais exige a aprovação do tratado pelo Congresso (fase do decreto legislativo) e a posterior promulgação do mesmo pelo Poder Executivo (fase do decreto executivo). Com efeito, o Poder Judiciário brasileiro, ao interpretar a nossa lei fundamental, afirma, por meio da posição consolidada do Supremo Tribunal Federal, que *é necessária a incorporação interna das normas convencionais internacionais através de ato do Poder Legislativo e ato subsequente do Poder Executivo*.

Destarte, um tratado internacional necessita de ato do Poder Legislativo e, subsequente, ato do Poder Executivo para vigor no Brasil. Assim, o Estado brasileiro somente reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1998, já a Convenção Interamericana de Direitos Humanos foi incorporada em 1992.

¹⁶⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de Direitos Humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis*, Teoria e prática do Direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 116-118.

Destaca-se que, por meio da jurisdição contenciosa, a Corte Interamericana tem legitimidade para, segundo Bastos,¹⁶⁵ “examinar casos que sejam referentes à denúncia de que um Estado-membro da Convenção violou direito protegido por este tratado e caberá a Corte [...] estabelecer a adoção de medidas [...] ao restabelecimento do direito anteriormente violado”.

Assim, a República Federativa do Brasil fora condenada pela Corte Interamericana pela violação dos artigos 3º, 4º, 5º e 7º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ou seja, pelo *desaparecimento forçado* das vítimas da Guerrilha do Araguaia, o Estado brasileiro violou os direitos: ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, respectivamente.

Sublinha-se que na referida sentença, a Corte reconheceu sua atemporalidade para julgar as condutas praticadas antes de 10 de dezembro de 1998, posto que somente nesta data o Brasil admitiu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme artigo 62.1¹⁶⁶ da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o artigo 28¹⁶⁷ da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, o qual dispõe acerca da irretroatividade.

Malgrado o reconhecimento da atemporalidade, a Corte condenou o Brasil a investigar e punir os responsáveis pelo *desaparecimento forçado* das vítimas da Guerrilha do Araguaia. Todavia, o questionamento indubitável é: esse crime existe no ordenamento jurídico do Brasil? E a resposta que não cessa de tamborilar: não, não existe. É fato que a Corte munuiu-se da única maneira de *forçar* o Estado brasileiro a punir os agentes da repressão – e, de novo, somente estes –, isto é, através da tipificação andrógena do crime de *desaparecimento forçado*. Por consequência, novamente, se depara com um fato que é atípico e, assim, surge outra incessante pergunta: quantos preceitos fundamentais – constituídos e sustentados em pleno Estado Democrático – se pretende violar para possibilitar a punição dos agentes da repressão?

¹⁶⁵ BASTOS, *Anistia...*, p. 233.

¹⁶⁶ Ipsis litteris: Artigo 62. 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma a outros Estados-membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial.

¹⁶⁷ Dispõe este artigo, *in verbi*: “[a]s disposições [de um tratado] não obrigam uma parte em relação a um ato ou fato anterior ou a uma situação que deixou de existir antes da entrada em vigor do tratado, em relação a essa parte”.

A persecução dos militares por *desaparecimento forçado* implicaria uso de analogia *in malam partem* e sua utilização é estritamente proibida. Acerca desta, leciona Dias¹⁶⁸:

A proibição de analogia pressupõe a resolução do problema dos limites da interpretação admissível em direito penal. [...] aceita-se, pelo contrário, que praticamente todos os conceitos utilizados na lei são suscetíveis e carentes de interpretação: não apenas os conceitos “normativos”, mas mesmo aqueles que à primeira vista se diria caracterizadamente “descritivos” e por isso apreensíveis através dos sentidos. A doutrina aqui defendida não é, contra o que poderia pensar-se, arbitrária, nem muito menos filha de uma metodologia crassamente positivista. É, pelo contrário, a posição teleológica e funcionalmente imposta pelo conteúdo de sentido próprio do princípio da legalidade. Fundar ou agravar a responsabilidade do agente em qualquer base que caia fora do quadro de significações possíveis das palavras da lei não limita o poder do Estado e não defende os direitos, liberdades e garantias pessoais. Por isso falta a um tal procedimento legitimação democrática e tem de lhe ser assacada violação da regra do Estado de Direito.

Assim, não se permite a utilização de costumes, ou do direito consuetudinário, como fundamento de criminalização, porque se exige *lex stricta* para os tipos legais e sanções penais. Ademais, a defesa da persecução penal através do delito de *desaparecimento forçado* não se justifica nem mesmo pela já mencionada fórmula de Radbruch, posto que nesta há uma norma considerada moralmente injusta e que necessita ser revogada para promoção da justiça, já no presente caso, não há norma¹⁶⁹.

A injustiça residiria, dessa forma, na aplicação do princípio da legalidade, na verificação de que não se pode punir alguém sem tipo penal prévio, certo, escrito e estrito e, ainda, na premissa de que excepcionar este princípio significa excepcionar a própria democracia pela lógica do castigo. A injustiça seria, por conseguinte, o ordenamento jurídico em si.

Nesse ponto, deve-se realizar uma breve pausa para exemplificação: após a queda da Alemanha Oriental e sua incorporação à Ocidental, os tribunais ocidentais condenaram inúmeros políticos, juristas, militares etc. do regime socialista, acusando-os de matar, privar da liberdade ou produzir graves prejuízos materiais e morais a opositores políticos. Caso muito noticiado se refere aos “atiradores do muro”, ou seja, aos oficiais responsáveis desde 1960 – quando ocorreu a separação das partes oriental e ocidental de Berlim – por realizar a guarda do muro. Esses soldados eram ordenados a atirar em qualquer pessoa que tentasse

¹⁶⁸ Dias, *Direito...*, p. 187-190.

¹⁶⁹ Norma que tipificaria as condutas dos militares, autorizando-as. Como ocorreu na Alemanha nazista, isto é, havia normatização legitimando e autorizando os crimes cometidos.

passar, sem autorização, para o setor oriental. Em consequência, inúmeras pessoas morreram ou se feriram gravemente ao tentar forçar sua passagem contra a legislação vigente à época¹⁷⁰.

Por isso, os referidos oficiais foram processados – após a incorporação da Alemanha socialista – e condenados. Entretanto, em defesa, alegaram que executavam ordens de superiores, sendo que eventual descumprimento dessas os sujeitaria a rígidas punições. Não obstante, os oficiais foram condenados, pois o Tribunal Constitucional Federal entendeu que as ordens eram nulas por sua manifesta injustiça, violando, inclusive, tratados internacionais assinados pela Alemanha Oriental¹⁷¹.

Perante tal decisão, dezenas de juristas aplaudiram a Corte por enaltecer a justiça acima da legislação vigente. Alguns opinaram pelo perdão, já outros asseveraram que no período de transição de regimes, aqueles que ascendem ao poder procuram vingar-se dos antigos adversários, demonstrando que somente eles criam e aplicam o direito justo¹⁷².

Comparando esse episódio com a possibilidade de punição dos agentes da repressão no Brasil, disserta Dimoulis¹⁷³:

Como sustentar hoje uma injustiça que, até recentemente, só era alegado por círculos minoritários de esquerda? Há diferença prática entre afirmar que alguém será processado com base em lei retroativa ou que será submetido ao mesmo processo porque a norma de anistia é inválida, aplicando a fórmula de Radbruch? Para o acusado não há diferença- tal como não há diferença entre admitir abertamente a retroatividade ou alegar que estava equivocada a interpretação de uma norma aceita de maneira unânime por décadas pelas autoridades estatais! Em tais casos não se descobrem novos fatos, nem muda a situação legislativa. Autoridades estatais mudam sua *opinião* sobre o direito vigente no passado e os fatos neles regidos, promovendo uma responsabilidade normativa não esperada. Os partidários de Radbruch criam o ente “direito injusto”, hipostasiando uma mudança de postura política em relação ao direito vigente. Aquilo que alguns consideram como não conveniente é apresentado como não direito – tal como alguns regimes do passado “corrigiam” a história política, apagando de fotografias oficiais membros do governo que caíam em desgraça. [...] medidas de justiça de transição sempre são tomadas após mudanças radicais de regime. Atribuir esse título só às transições que nos agradam politicamente é uma postura que não condiz com as tarefas analíticas do estudioso de direito.

Portanto, o que se atesta a partir desse exemplo, ressalvada a diferença entre os sistemas – tendo em vista que a ditadura brasileira fora muito mais branda que o sistema

¹⁷⁰ DIMOULIS, *Justiça de Transição e função anistiantes no Brasil...*, p. 115.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 115.

¹⁷² DIMOULIS, *Justiça de Transição e função anistiantes no Brasil...*, p. 116.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 115-119.

implantado na Alemanha Oriental –, é que por mais que haja injustiça nas ordens e no ordenamento jurídico anterior, e não há como negar as eventuais falhas de toda e qualquer legislação, não se pode, nesse momento (30 anos após o término da ditadura), se utilizar daquilo que fundamentava o antigo sistema: a violência; observando a violação que esta causaria a toda construção democrática e principiológica da legislação brasileira, a ponto de negar-se a dignidade à pessoa humana em prol da vingança.

Feita a ressalva, volve-se a tipificação. De fato, a persecução penal através do crime de *desaparecimento forçado* implicaria na criação do referido fato típico dentro do ordenamento jurídico brasileiro e sua retroação aos atos praticados. Por mais que se alegue ser o *desaparecimento forçado* um crime continuado, deverá ser respeitado o lapso prescricional estabelecido pelo artigo 109 do Código Penal. No que tange ao conceito de crime continuado, aduz Zaffaroni¹⁷⁴:

O dado ôntico elementar e primário de qualquer unidade de conduta é o *fator psicológico* ou *fator final*, isto é, uma unidade de dolo ou de resolução, uma resolução ou *dolo unitário*: se quem furta diariamente uma pequena quantidade de dinheiro não age com uma decisão única, como, por exemplo, apoderar-se do dinheiro que necessita para pagar uma dívida ou para comprar um móvel, mas repete a decisão diariamente, porque se sente tentado diante da mesma circunstância, não haverá uma continuidade da conduta, e sim tantas condutas quantas forem as decisões tomadas. Nesse caso existe uma unidade da culpabilidade, em razão da unidade de circunstância o que torna o concurso real privilegiado (o falso crime continuado). Além do fator final ou dolo unitário no aspecto subjetivo, no objetivo requer-se a identidade do bem jurídico tutelado e a identidade do tipo em que incorre a conduta. Sintetizando, entendemos que há verdadeiro delito continuado, quando: a) há dolo unitário; b) repetição da afetação típica do mesmo bem jurídico, que admite graus de afetação; c) realizada de forma similar; e d) a conduta implica uma ingerência física na pessoa do titular, identidade física do titular.

Assim, o crime continuado demanda uma única ação típica, sendo os atos sucessivos do autor apenas graus progressivos do desenvolvimento do conteúdo injusto do tipo. A pena é, por conseguinte, aquela estabelecida no tipo penal e que será fixada consoante o conteúdo injusto realizado, ou seja, é fixada considerando as condutas contínuas e injustas desenvolvidas, observado o limite legal da sanção.

Nesse sentido, há que se admitir que, na eventual hipótese de o legislador criar o crime de *desaparecimento forçado*, a redação do tipo penal seria no mínimo *singular*, tendo em

¹⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 723-725.

vista que o fato típico seria provavelmente “forçar o desaparecimento de outrem”, e sua prática continuada seria: “não reportar ao superior ou aos registros oficiais o desaparecimento e contribuir durante 50 anos, através de atos sucessivos, para o desencontro do desaparecido”.

Ora, se o delito de tortura não era tipificado à época e por demasiadas vezes era encorajado pelo regime em vigor, como se poderia imaginar que o ato de desaparecer (matar? esconder o corpo? não reportar o ocorrido?) com (o corpo de) alguém em plena guerrilha, ou regime de exceção, seria, algum dia, tipificado na legislação brasileira? Desse modo, ante a manifesta atipicidade, como imaginar, ainda, a realização de atos sucessivos para prática de um crime que inexistia? Os militares estariam encobrindo seus atos durante 50 anos? Aquele oficial que matou alguém durante a guerrilha estaria encobrindo a prática de fato atípico durante 50 anos? Encobrir seria ato sucessivo para o crime continuado de *desaparecimento forçado*, faria parte do tipo?

Diante desses questionamentos, somente se pode inferir que a criação de tal delito para sua aplicação aos crimes cometidos durante a ditadura beiraria – ou afundaria – o absurdo, e seria, de fato, a aplicação da punição pela punição, ou seja, a negação de toda construção principiológica, *estrutural*, do direito penal brasileiro, pois se negaria ao praticante não apenas a segurança jurídica, mas a liberdade e dignidade em face da punição sem *lex praevia, certa, scripta et stricta* - 50 anos após a prática do fato típico¹⁷⁵.

Registra-se, nesse ponto, a tese adotada pelo Ministério Público Federal¹⁷⁶ para persecução penal de agentes da repressão, a qual defende a tipificação do crime de sequestro como crime de desaparecimento forçado¹⁷⁷. Destaca-se, entretanto, que tal argumento fora criado na árdua tentativa de encontrar um crime já tipificado à época, para possibilitar a punição dos agentes sem ferir o pressuposto de *lex praevia, lex scripta e lex stripta*, todavia, a hipótese não passa de espécie de *burla* à lei, no caso ao artigo 148 do Código Penal, uma vez que tal tipificação olvida o disposto no artigo 109 do Código Penal - ampliando a prescrição para quase 50 anos – e, embasa-se, apenas, na tentativa punitiva, desrespeitando princípios basilares do ordenamento jurídico – como, por exemplo, os princípios da dignidade e do contraditório pela impossibilidade de alegação de excludentes de responsabilidade - e criando

¹⁷⁵ Destaca-se que não se está a negar a necessidade de tipificação do delito de *desaparecimento forçado* para proteger futuros atos criminosos.

¹⁷⁶ MARX, Ivan Cláudio. *O julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e a possível efetivação do direito à justiça no Brasil*. In: *Jornal Estado de Direito*, 23ª edição, disponível em: <http://www.estadodedireito.com.br/2011/01/27/o-julgamento-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos-e-a-possivel-efetivacao-do-direito-a-justica-no-brasil/>.

¹⁷⁷ Nesse sentido, a denúncia contra Carlos Alberto Brilhante Ustra e Dirceu Gavina pelo crime de sequestro do bancário Aluizio Palhano Pedreira Ferreira.

a ilusão jurídica de que tais vítimas estariam “desaparecidas”, enquanto, por óbvio, não há meios que autorizem a tipificação do crime de sequestro daquele que faleceu há, quase, meio século.

Nesse hiato, adentra-se no questionamento acerca de qual é ou seria a função da aplicação da pena-sanção: punir, vingar, resocializar, prevenir, provocar o arrependimento? Sobre isso leciona Dimoulis¹⁷⁸:

Primeiro, as soluções repressivas, em particular a criminalização, não resolvem problemas políticos. A eventual punição de responsáveis por crimes de motivação política satisfaz instintos de vingança de seus adversários, contribuindo para manter animosidades e dando à sociedade o perigoso sinal de que à violência se responde com violência. No caso brasileiro, temos o problema adicional do tempo já transcorrido. Logo após o fim da ditadura poderia ser sustentado com plausibilidade que a punição neutralizaria criminosos, teria efeito intimidatório-preventivo e permitiria consolidar a democracia. Mas a tentativa de iniciar processos quase meio século após o início da ditadura de 1964 contra pessoas de idade avançada não permite atingir as finalidades da pena usualmente aceitas, a prevenção geral e especial. Permanece mero ato de vingança. Segundo, a eventual punição seria altamente seletiva. Se o objetivo é fazer justiça simbólica, através do direito penal, encontrando alguns bodes expiatórios para deixar clara a ruptura com o passado, porque não tomar iniciativas meramente simbólicas de distanciamento com o passado, prescindindo do caminho da *penalização aleatória*?

Logo, o que há de semelhante em todas as teses - imprescritibilidade, contagem da prescrição a partir da revogação da lei, tipificação como *desaparecimento forçado*, tipificação do crime de sequestro como crime *desaparecimento forçado* e utilização da Lei 9.455/97 - é a ampla violação aos preceitos fundamentais que regem o ordenamento jurídico brasileiro, a qual é justificada em si mesmo: a violação atual pela violação passada, a punição pela punição.

Por derradeiro, deve-se destacar que a criminalização é considerada *última ratio*, ou seja, o âmbito penal só é acionado quando os outros ramos do direito falharam na tentativa preventiva. Não obstante, quando se mencionam os crimes da ditadura de 1964, a punição aparece como a realização de uma utopia, salvam-se e glorificam-se os heróis, contudo, quem são eles a partir dessa meia verdade, dessa meia estória¹⁷⁹?

¹⁷⁸ DIMOULIS, *Justiça de Transição e função anistiantes no Brasil...*, p. 120-121.

¹⁷⁹ Nesse sentido, não se pode olvidar o exemplo do filme: A lista de Schindler, muito embora este não fosse oficial militar, ele cooperava com o desenvolvimento do sistema.

Após uma década de construção democrática, o povo brasileiro demanda muito mais que o retorno à violência. Afinal, se a sociedade clama tão incessantemente pela punição dos crimes da ditadura, porque silenciou durante 50 anos e, mais, porque quando gritou a altos brados sua ânsia por mudanças não estava entre as reivindicações a punição daqueles – *todos* aqueles – que cometeram vis atrocidades durante o regime de exceção?

Há aqui, uma história que precisa ser contada e recontada.

CONCLUSÃO

O intervalo entre 1964 e 1985 distingue-se pelo longo período de repressão, censura e violência vivenciado no Brasil por meio da ditadura militar. Nele, os mais importantes símbolos da democracia foram suprimidos: não havia mais o voto direto, o Congresso fora dissolvido várias vezes e novas Constituições foram elaboradas a fim de legitimar o regime de exceção.

Não obstante, até no mandato de Médici, os mais cruéis e veementes anos do regime - no qual foi implantado o Ato Institucional nº 05 -, a resistência sempre manteve seus ideais inabaláveis e, com o tempo, a profunda crise econômica em razão do pseudomilagre brasileiro e a perda do apoio daqueles que fortaleciam - e de certa forma legitimavam - o governo; fomentou a produção de motivados acordos políticos que promoveram a *distensão lenta e gradual* requerida desde o início do regime.

Destaca-se que, apesar do extenso intervalo e da violência do sistema implantado - que censurou, torturou e matou -, o regime de exceção brasileiro não é, nem de longe, o mais cruel da América Latina. Deveras, as ditaduras enfrentadas pela Argentina e pelo Peru apresentam requintes de crueldade e terrorismo não experimentados em solo brasileiro. Sublinha-se, ainda, que ao contrário de outros sistemas, como o *apartheid* na África do Sul, no Brasil não houve discriminação à raça ou à etnia, assim, a censura e a repressão, motivadas pela doutrina de segurança nacional, combatiam movimentos ideológicos, ou seja, os subversivos comunistas.

Com efeito, os movimentos armados de resistência tinham como ideal a ascensão ao poder para instalação de um novo regime de exceção: a ditadura do proletariado. Essas organizações, que acreditavam na luta armada como único meio de derrubar o governo vigente, legitimavam a repressão deste contra os subversivos. Contudo, esses movimentos que executavam roubos a bancos e depredavam o espaço público não detinham o apoio da sociedade e representavam um empecilho ao retorno à democracia.

Através de guerrilhas rurais - entre elas a de Araguaia - e da ampla persecução aos comunistas, foram contabilizados inúmeros mortos e desaparecidos durante o regime repressivo brasileiro, cuja conta soma aproximadamente 500 pessoas. Com o início do governo de Geisel, porém, houve inúmeros avanços em direção à democracia, entre eles a supressão aos atos institucionais.

Entretanto, passo decisivo para a instauração do Estado Democrático de Direito foi a promulgação da lei nº 6.683/79. De fato, a anistia representou arraigado acordo político entre os militares, os democratas e a sociedade que se colocou em movimento e às ruas foi clamar pelo direito de graça amplo, geral e irrestrito. Assim, após inúmeras negociações, manifestações de organizações sociais – como a Ordem dos Advogados do Brasil – e, depois da redação de várias emendas ao projeto original, a Lei de Anistia foi promulgada e sua redação final provocou críticas e elogios. Certo é, todavia, que a derrocada da ditadura militar estava em curso e podia-se sentir que o retorno à democracia se aproximava.

Com efeito, em 1984 foram realizadas as primeiras eleições diretas após 20 anos e, a partir delas, Tancredo Neves elegeu-se Presidente do Brasil, porém, logo em seguida, o político veio a falecer e, assim, seu sucessor José Sarney tomou posse do cargo. Percebe-se, nesse ponto, a ocorrência da distensão lenta e gradual outrora requerida, pois o presidente, antes vice, José Sarney, iniciou sua carreira na Arena e elegeu-se pelo partido que a sucedeu, o PDS. Ademais, após anos de violência, o que se pleiteava era o retorno à segurança democrática, desse modo, fora expedido o “cessar fogo” e a Assembleia Nacional Constituinte promulgou a Constituição Federal de 1988, a qual, em suas cláusulas pétreas, protege a todos da instalação de novo regime ditatorial.

De fato, ao se observar os eventos sucedidos à época, é impossível negar a legitimidade deferida à Lei de Anistia, afinal, o acordo político que lhe deu origem foi pleiteado incessantemente por toda a sociedade que, cansada de violência, requeria o retorno à democracia. Assim, a persecução penal dos agentes da repressão não foi realizada, mas, quase 30 anos depois, em pleno Estado Democrático de Direito e após anos de pacificação nacional, ela começou a ser requerida. Destarte, pergunta-se: o que legitima a punição dos agentes após tão longo período? A resposta: a lógica da punição.

Defendendo-se a persecução penal não se está requerendo o fortalecimento da democracia, a justiça para os familiares ou a aceitação do passado através do direito à memória. Afinal, a violação dos princípios – legalidade, irretroatividade, dignidade da pessoa humana, liberdade etc. - que constituem o Estado Democrático de Direito para punição de alguns militares, não fortalece a democracia, mas agride o seu cerne. Sublinha-se que, para as famílias, não se encontrará a justiça na punição dos agentes após 30 anos de dor pela perda de entes queridos, pois ela reside no testemunho, na verdade histórica, na memória e na certeza de que a luta desses não fora em vão, a exceção não mais se repetirá.

Malgrado a persecução penal seja medida aceita em alguns países quando do retorno ao Estado Democrático de Direito – a fim de satisfazer o instinto de vingança daqueles que tanto sofreram durante o regime de exceção –, ela não soluciona problemas políticos nem consolida a (nova) democracia, além de não proporcionar justiça àqueles que se perderam nas longas páginas dos processos ou nas duras audiências realizadas nas vazias, frias e (im)parciais – *in casu* – salas dos fóruns.

Assim, defende-se a persecução penal dos agentes estatais quase 30 anos após a queda do regime de exceção, mesmo que tal ato signifique violar preceitos fundamentais constituídos a duras lutas e que embasam todo o ordenamento jurídico, para vingar antiga violação. Entretanto, há que se advertir que o estado de exceção caracteriza-se pela supressão e pela suspensão dos princípios e garantias individuais, as quais são plenas no Estado Democrático de Direito, assim, sua violação, nesse momento, representa esquecer o objeto e objetivo da luta de todos aqueles que se encontrariam, então, no polo ativo dos processos.

Por conseguinte, questiona-se: *a)* como justificar essa violação? *b)* como se justifica a punição pela – e apenas pela – punição? Olvida-se a lógica do processo penal *ultima ratio*. Retorna-se ao Código de Hamurabi. Afinal, *c)* a punição traria conforto e sentimento de justiça aos familiares das vítimas? Depois de longos anos, o direito à memória se efetiva através do testemunho, do conhecimento de que aquela árdua luta não fora travada em vão. Assim, *d)* junto com o Ministério Público estariam os familiares dos militares mortos pelas guerrilhas? Não, não estariam. E por mais que o número de vítimas civis ultrapasse em muito o número dos militares, a persecução apenas dos delitos cometidos por eles representaria a justiça e as pazes com o passado? A sociedade requer que meia estória, meia verdade assuma a face da História?

Com certeza, depois de tantas lutas, o Brasil merece ter sua história contada e recontada, não existindo lugar na democracia para violentas violações de seus preceitos arduamente consolidados. Muito mais forte que a violência é a consciência, consciência de mudanças tão pleiteadas nos protestos populares do primeiro semestre deste ano: clama-se o fortalecimento da democracia não sua violenta violação. O direito à memória não é exercido na punição, mas na mudança de *consciência* requerida meio século atrás.

Lutava-se pela liberdade de expressão, pela garantia de políticas sociais, pela erradicação das práticas violentas dos aparelhos policiais, pelo combate das práticas autoritárias que fundamentavam – e fundamentam – as desigualdades sociais, pelo debate político aberto, livre e amplo. Tais objetivos não se conquistam pela punição, mas pelo agir

das organizações sociais, de políticas e políticos sérios e comprometidos, bem como de todos aqueles que compõem a sociedade brasileira. Portanto, não se estava a travar, nem se trata de uma luta entre o bem e o mal, se trata, sim, do fim da violência, do perdão e da aceitação de nossa verdade histórica.

Efetivamente, pensar direitos humanos não significa autorizar a escalada punitiva para vingar violações cometidas há meio século, mas atuar na verdadeira aplicação e correção das violentas injustiças – e injustiças violentas – que ocorrem no regime vigente e para as quais não há fundamentação, quiçá justificação.

Há que se ressaltar, nesse ponto, que a anistia não representa o esquecimento, tendo em vista que é um benefício concedido mais aos fatos que às pessoas, ou seja, trata-se de um ato de transição, de um acordo realizado por uma sociedade esgotada pela violência. Destarte, não representa o perdão a determinados agentes, mas uma postura política. Não obstante, o Brasil ainda não se responsabilizou pelos eventos passados, porém, tal responsabilização deve ser coletiva e não uma escalada punitiva.

A consciência histórica deve, por conseguinte, ser exercida a fim de valorizar e consolidar o pleito da luta pela democracia, liberdade, dignidade, daqueles que se perderam e se perdem, ano após ano, através de todos os desequilíbrios e desigualdades aqui existentes. Conclui-se, pois, pela necessidade de aceitação do passado para promoção de mudanças no presente. Promovendo-se verdadeira justiça.

Afinal, do encontro entre direito e história – firmemente mediado pela política –, nem sempre resulta a melhor arte, porém, talvez, a mais adequada e menos danosa pela ótica do momento histórico vivenciado e daqueles que por ventura virão.

A história do Brasil precisa, portanto, ser contada e recontada, não por historiadores ou juristas, muito menos por processos perante o Poder Judiciário, mas por quem a testemunhou. Tratam-se, afinal, de crimes que não se pode punir nem perdoar.

Quantas vidas possíveis já descansam
Nesta bem pobre e diminuta morte,
Quantas vidas possíveis que outra sorte
Daria ao esquecimento ou à lembrança!
Quando eu morrer, morrerá um passado;
Com esta flor, morreu só um futuro
Nas águas que o ignoram, o mais puro
Porvir hoje pios astros arrasado.
Eu, como ela, morro em infinitos
Destinos que já não me oferece o acaso;
Procura a minha sombra os gastos mitos
De uma pátria que sempre deu a face.
Um breve mármore diz a sua memória;
Sobre nós todos cresce, atroz, a história.
Em Memória de Angélica, Jorge Luis Borges.

REFERÊNCIAS

ABREGÚ, Martín. Revista IDH, *La tutela judicial del derecho a la verdad en la Argentina*. Edição 24: 1996.

ARENDRT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARGENTINA. Ministério da Educação. Disponível em: <http://www.me.gov.ar/efeme/24demarzo/dictadura.html>. Acesso em: 08 out. 2013.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil: nunca mais*. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

ARROYO, César Landa. Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana. *Revista IDH*. Edição n. 24: 1996.

BACICALUPO. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

BRASIL. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 out. 2013.

_____. *Emenda Constitucional n. 26*, de 27 de novembro de 1985. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm. Acesso em: 8 out. 2013.

_____. *Código Penal*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm > Acesso em: 10 set. 2013.

_____. *Constituição Federal*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 out. 2013.

_____. Decreto-lei n. 314, 13 de março de 1967. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-314-13-marco-1967-366980-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 8 out. 2013.

_____. Decreto-lei n. 510, 20 de março de 1969. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=177931&norma=195022>. Acesso em: 8 out. 2013.

_____. Decreto-lei n. 898, 29 de setembro de 1969. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-898-29-setembro-1969-377568-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 8 out. 2013.

_____. *Lei Federal n. 6.683*, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. In: SENADO FEDERAL. *Legislação Republicana Brasileira*. Brasília, 1979.

_____. *Lei Federal n. 9.140*, de 04 de dezembro de 1995. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão da participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de dois de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9140compilada.htm. Acesso em: 8 out. 2013.

_____. *Lei Federal n. 9.455*, de 07 de abril de 1997. Define o crime de tortura e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm. Acesso em: 8 out. 2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153. Sentença prolatada em: 29 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf>. Acesso em: 8 out. 2013.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. *Institucional*. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/>. Acesso em: 8 out. 2013.

CONY, Carlos Heitor. Anistia. *Revista Civilização Brasileira*. v. 1, março de 1965. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pacto São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 08 out. 2013.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS DE 1969. 23 de maio de 1969. Disponível em: http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Conv_Viena/Convencao_Viena_Dt_Tratados-1969-PT.htm. Acesso em: 8 out. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos versus Peru*. Sentença prolatada em 14 de março de 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra a República Federativa do Brasil*. Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. *Justiça de Transição e função anistiantes no Brasil: hipostaseações indevidas e caminhos de responsabilização*. In: *Justiça de Transição no Brasil*. DIMOULIS, Dimitri (Org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002.

FIGUEIREDO, Marcos. *Legitimidade e coação no Brasil pós-64*. Tese apresentada no Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUERJ.

GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar: para uma justiça internacional*. Lisboa: Instituto Piaget, 2004

GASPARI, ELIO. *A ditadura encurralada: o sacerdote e o feiticeiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JORNAL DO BRASIL. ANDRADE, Carlos Drummond de. *Se eu fosse consultado*. Disponível em: <http://www.jb.com.br/especial-drummond/noticias/2012/07/02/cronica-no-jornal-do-brasil-em-abril-de-1977-se-eu-fosse-consultado-2/>. Acesso em: 8 out. 2013.

JORNAL DO BRASIL. PINTO, Sobral. Entrevista concedida ao jornal em 19/05/1978.

KING, Elizabeth. *Amesties in a time of transition*. George Washington International Law Review, v. 41, 2011.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1972.

MARTINS, Roberto Ribeiro. *Anistia ontem e hoje*. São Paulo: Brasiliense, 2010.

MARX, Ivan Cláudio. *O julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e a possível efetivação do direito à justiça no Brasil*. In: *Jornal Estado de Direito*, 23. ed. Disponível em: <http://www.estadodedireito.com.br/2011/01/27/o-julgamento-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos-e-a-possivel-efetivacao-do-direito-a-justica-no-brasil/>.

McGREGOR, Lorna. *Individual accountability in South Africa: cultural optimum or political façade? In: American Journal of International Law*, v. 95, n. 1, 2001.

MENEZES, Luciana Almeida; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Orient). *Justiça de transição e direitos humanos: dilemas na afirmação de um direito a esquecer*. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C*, ano 12, n. 48, abr./jun. 2012.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de Direitos Humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis, Teoria e prática do Direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos: contexto histórico*. BRASÍLIA: SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS, 2007.

X SEMANA MULTIDISCIPLINAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO. Passo Fundo: Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, 2013. Marx, Ivan Cláudio.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2006.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. *O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a inacabada transição democrática brasileira*. In: *Direito ao desenvolvimento*. PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (Coords.). São Paulo: Fórum, 2010.

SILVA, Francisco Carlos Teixeira. *Crise da ditadura militar e o processo de abertura política no Brasil, 1974-1985*. In: Coleção Brasil Republicano.

SILVA FILHO, JOSÉ CARLOS MOREIRA DA. *O julgamento da ADPF n.153 pelo Supremo Tribunal Federal e a inacabada transição democrática brasileira*. PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (Coords.). Direito ao desenvolvimento. São Paulo: Fórum, 2010.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate*. In: Justiça de Transição no Brasil. DIMOULIS, Dimitri (Org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

YACOBUCCI, Guillermo J. *El juzgamiento de las graves violaciones de los derechos humanos en la Argentina*. In: Crimes da ditadura militar. GOMES, Luiz Flávio. Mazzuoli, Valério de Oliveira. (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.