

# IRRESPONSABILIDADE INSTITUCIONAL NO BRASIL: EQUÍVOCOS E OMISSÕES ANTE UMA ADEQUADA COMPREENSÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

347

## INTRODUÇÃO

O horizonte da justiça de transição no Brasil ainda ressonante de transformações importantíssimas, principalmente no que respeita aos pilares da reforma institucional e da responsabilização por crimes contra a humanidade<sup>1</sup>. O relatório da Anistia Internacional divulgado em agosto de 2015, intitulado “Você matou meu filho: homicídios cometidos pela Polícia Militar (PM) na cidade do Rio de Janeiro”, indicou o número de 8.466 vítimas de homicídios decorrentes de intervenções policiais em todo o Estado do Rio de Janeiro,

---

1. Para a uma análise destes e outros aspectos da justiça de transição brasileira, cf. MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e Responsabilização: Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012; MEYER, Emilio Peluso Neder. “Crimes Contra a Humanidade Praticados pela Ditadura Brasileira de 1964-1985: Direito à Memória e à Verdade, Dever de Investigação e Inversão do Ônus da Prova.” Parecer apresentado à Comissão da Verdade Rubens Paiva do Estado de São Paulo e ao GT-JK (2014), acesso em: 10 set. 2015, <http://verdadeaberta.org/relatorio/>; MEYER, Emilio Peluso Neder. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Justiça de Transição nos 25 anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Initia Via, 2015; TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

entre 2005 e 2014<sup>2</sup>. O quadro de violência institucionalizada extrema na repressão policial anda de mãos dadas com uma efetiva e ampla impunidade que é resguardada por instituições como as próprias polícias (militar e civil), o Ministério Público e o Poder Judiciário<sup>3</sup>. Ainda que a associação entre a persistência de um aparato repressor lesivo de direitos humanos e a ausência de responsabilização criminal individual possa ser debatida, é possível arriscar que a situação não poderia ser pior se acaso enfrentássemos devidamente os obstáculos criados pela ausência de um tratamento normativo dos crimes contra a humanidade praticados no Brasil entre 1964 e 1985<sup>4</sup>.

A Comissão Nacional da Verdade (CNV), ao publicar seu relatório final em dezembro de 2014, deu um importante passo no sentido de busca inserir o Estado brasileiro entre aqueles que não tolerariam uma anistia em branco para crimes contra a humanidade. Explicitamente ela assim se referiu às graves violações de direitos humanos praticadas por agentes públicos durante a última ditadura, recomendando que a Lei de Anistia de 1979 não mais servisse de obstáculo à responsabilização criminal por tais atos<sup>5</sup>. Mais do

2. ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho: homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015, p. 31.

3. “O quadro de violência e a alta taxa de homicídios no Brasil são agravados pelo elevado índice de impunidade. Estima-se que apenas de 5% a 8% dos homicídios no país sejam elucidados. Nos casos registrados como “homicídio decorrente de intervenção policial”, a impunidade é ainda maior devido às graves falhas no processo de investigação. Essa impunidade alimenta o ciclo de violência e revela problemas na investigação criminal e no sistema de Justiça Criminal como um todo, o que inclui a Polícia Civil, o Ministério Público e o Poder Judiciário” (ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho: homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015, p. 65).

4. Para a uma defesa da correlação direta entre ausência de responsabilização criminal individual por graves violações de direitos humanos e persistência da violência de Estado em períodos transicionais, cf. SIKKINK, Kathryn. *The justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*. New York: W. W. Norton & Co., 2011. Para uma crítica desta direta associação, cf. OLSEN, Tricia D. PAYNE, Leigh A. REITER, Andrew G. *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy*. Washington: Unite States Institute of Peace Press, 2010.

5. “Para a fundamentação de sua posição, a CNV considerou que, desde meados do século XX, em decorrência da investigação e do julgamento de violações cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, ocorreu a crescente internacionalização dos direitos humanos, com a consolidação de parâmetros de proteção mínimos voltados à proteção da dignidade humana. A jurisprudência e a doutrina internacionalistas são unânimes em reconhecer que os crimes contra a humanidade constituem violação ao costume internacional e mesmo de tratados sobre direitos humanos. A elevada relevância do bem jurídico protegido – nas hipóteses de crimes contra a humanidade, a abranger as práticas de detenções ilegais e arbitrárias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres – requer dos Estados o cumprimento da obrigação jurídica de prevenir, investigar, processar, punir e reparar graves violações a direitos. A importância do bem protegido justifica o regime jurídico da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e da impossibilidade de anistia, determinado pela ordem internacional e decorrente da proteção à dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, previstas pela Constituição brasileira (artigos 1º, III, e 4º, II), bem como da abertura desta ao direito internacional dos direitos humanos (artigo 5º, parágrafos 2º e 3º)” (BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório. Volume I. Brasília: CNV, 2014, p. 914).

que isto, procurou deixar clara a inserção do Estado brasileiro em uma ordem normativa internacional preocupada com o asseguramento de obrigações erga omnes e normas de jus cogens. Em um sentido semelhante, foi essa a posição defendida pelo Procurador-Geral da República no parecer que apresentou no procedimento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 320, ação proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) visando a exigir o cumprimento pelo Estado brasileiro do que foi decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do Caso Gomes Lund.<sup>6</sup>

A posição do Procurador-Geral da República externou uma clara preocupação com o Direito Internacional dos Direitos Humanos – ainda que se possa questionar o modo como se procedeu à distinção entre controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade<sup>7</sup>. Mas mesmo esta crítica não se compara ao “estado da arte” do Poder Judiciário brasileiro no que concerne à transição brasileira e seus desdobramentos normativos. E nem mesmo ao Poder Legislativo.

Neste breve artigo, resgataremos dois atos – um judicial e outro legislativo – que bem denunciam, a nosso ver, tal situação. Ela chama a atenção para um total descolamento em relação a o que tem acontecido na normativa internacional dos direitos humanos, assim como em relação às concepções que procuram relacionar tais acontecimentos ao Constitucionalismo contemporâneo. Será a ocasião, portanto, para trazer à lume questionamentos que podem iluminar mais um dentre os vários focos de crítica em relação aos três poderes – sem, contudo, perder de vista uma concepção normativa e constitutiva adequada ao Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição de 1988.

349

## PODER JUDICIÁRIO E DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O Poder Judiciário tem chamado a atenção nos últimos anos não só por suas querelas e pretensões de cunho patrimonial, como também por conta das

6. Para uma análise da relação entre a decisão do STF na ADPF 153 e a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos em Gomes Lund, cf. MEYER. Ditadura e Responsabilização: Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

7. Para esta crítica, cf. PATRUS, Rafael Dilly. Articulação constitucional e justiça de transição: uma releitura da ADPF 320 no marco do “constitucionalismo abrangente”. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: UFMG, 2015.

decisões que toma – protagonizando a cena aquelas travestidas de argumentos de combate a uma “generalizada corrupção” aceitos sem qualquer preocupação com o sistemas de garantias processuais penais<sup>8</sup>. Auxílios das mais variadas espécies concorrem com decisões que primam pela falta de compromisso com normas constitucionais e, no que toca ao objeto deste artigo, normas internacionais de direitos humanos. Na linha do parecer do Procurador-Geral da República na ADPF 320 acima mencionado, o Ministério Público Federal tem instaurado diversos procedimentos investigatórios criminais e ajuizado ações penais públicas para responsabilizar agentes e ex-agentes públicos por crimes contra a humanidade praticados na ditadura de 1964-1985.<sup>9</sup>

350

Na data de fechamento deste texto, 14 ações penais tramitavam no Poder Judiciário brasileiro, várias delas com percalços e, principalmente, enfrentando o obstáculo de suspensões determinadas pelo Supremo Tribunal Federal em reclamações ali ajuizadas pelos acusados. Destacam-se os argumentos de uma suposta confusão de objeto com o que será decidido na ADPF 320 e de violação de autoridade do julgado na ADPF 153, por exemplo, na Reclamações 19.760 e 18.686, referentes aos casos Edgar de Aquino Duarte e Rubens Paiva. Para além dos inúmeros problemas constantes das decisões mencionadas, deslocaremos o foco para uma decisão de primeira instância.

O Ministério Público Federal ajuizou, perante a 1ª Vara Federal Criminal, do Júri e das Execuções Penais da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, ação penal contra Audir Santos Maciel e outros pela suposta prática dos crimes de homicídio e falsidade ideológica contra a vítima Manoel Fiel Filho. Caso rumoroso ocorrido em 1976, os crimes se deram com o emprego de vários agentes do Destacamento de Operações Internas (DOI) do II Exército, tudo em um contexto de um ataque sistemático e generalizado. Os autos da referida ação penal, de número 0007502-27.2015.4.03.6181, consistiram de

8. Para algumas críticas a alguns aspectos da Operação Lava Jato, cf. STRECK, Lenio Luíz. TRINDADE, André Karam. Lava Jato é sintoma de que nem as palavras têm mais valor no Direito. Conjur, <http://www.conjur.com.br/2015-ago-15/diario-classe-lava-jato-sintoma-nem-palavras-valor-direito>, acesso 10 de Agosto, 2015; ROSA, Alexandre Morais da. Como é possível ensinar processo penal depois da Operação Lava Jato? Conjur: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-04/diario-classe-possivel-ensinar-processo-penal-depois-lava-jato>. Acesso em: 10 ago. 2015.

9. Para a um acompanhamento dessas ações, verifique-se o projeto desenvolvido pelo CJT – Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG (<http://ctj.ufmg.br>).

cerca de 20 volumes e somavam-se a testemunhos de direito à memória e à verdade constantes de documentos oficiais como o relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV).<sup>10</sup>

Diante destas circunstâncias, pareceu bastar que a decisão proferida pelo Juiz Federal Alessandro Diaferia, em suas 54 páginas, se ativesse a transcrever 22 páginas da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF 153. Nenhuma consideração foi feita a respeito do que decidido no Caso Gomes Lund pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – esclareça-se que tal decisão não se restringe aos casos da Guerrilha do Araguaia, estabelecendo que nenhum instituto de afastamento da incidência da norma penal poderá obstaculizar responsabilizações por graves violações de direitos humanos.<sup>11</sup> Em uma comparação claramente descabida, a decisão judicial refuta o argumento do Ministério Público Federal de que haveria, no contexto da ditadura, um ataque generalizado e sistemático contra a população brasileira, salientando que tal ataque estaria, em verdade, presente em situações como o genocídio de Ruanda ou o genocídio armênio.<sup>12</sup> Ora, isto equivaleria a ressuscitar o velho

10. O tomo “Mortos e desaparecidos políticos – maio de 1974, outubro de 1985” do relatório final da CNV informa (p. 276): “A conjuntura em que este evento ocorreu é indicativa de que a morte de Manoel integrava o quadro de assassinatos empreendidos pela “Operação Radar”, desencadeada pelo DOI do II Exército entre março de 1974 e janeiro de 1976, com vistas a dizimar a direção do PCB. Em 1978, o legista José Antônio de Mello, que integrava a equipe do IML/SP quando o corpo do operário chegou, afirmou em matéria da Folha de São Paulo que as possibilidades de auto estrangulamento são raríssimas e que a versão dada no laudo por estrangulamento indicava homicídio e não suicídio. No mesmo ano, Thereza entrou com um processo contra a União, por meio da Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo, requerendo a elucidação das circunstâncias da morte de Manoel.

A sentença proferida pelo então juiz Federal Jorge Flauquer Scartezzini, em 1980, inferiu à existência de responsabilidade objetiva da União, pela conduta de agentes do DOI/CODI do II Exército, relativamente à prisão, tortura e morte de Manoel, por meio de depoimentos anexados que comprovavam tal versão”.

11. “As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha Do Araguaia) v. Brasil. Sentença de 24 nov. 2010. Disponível em [www.cidh.or.cr](http://www.cidh.or.cr); acesso em: 10 set. 2015, p. 114).

12. “Encontramos, com muito mais propriedade (sic!), um exemplo de ataque generalizado à população, com a certeza de se estar diante de um autêntico crime de lesa-humanidade, no genocídio ocorrido em Ruanda em 1994, onde as estatísticas apontam o extermínio, em alguns meses, de centenas de milhares de pessoas, variando os números entre 500 mil e 1 milhão de vítimas. Outro exemplo é o chamado genocídio armênio, ocorrido no início do século passado, para o qual se aponta a ocorrência de 600 mil a 1,8 milhão de vítimas” (BRASIL. 1ª Vara Federal Criminal, do Júri e das Execuções Penais. 1ª Subseção Judiciária de São Paulo. Rejeição de denúncia. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2015/150819ditadura.pdf>, acesso em: 10 set. 2015, p. 45-46).

argumento de que tivemos no Brasil uma suposta “ditabranda” – ou seja, a força de uma repressão seria medida em números e direitos humanos tornar-se-iam meramente quantificáveis.

Pior ainda: ignora-se toda a sistematicidade da repressão trazida à tona pelo relatório da CNV. No que interessa precipuamente a este artigo, verifica-se também que há um total desconhecimento do sentido jurídico dos crimes contra a humanidade. A decisão confunde este conceito jurídico com o de genocídio: como assinala David Luban, uma das características distintivas dos crimes contra a humanidade é que eles são praticados com o uso de uma força política, isto é, eles apontam para uma responsabilidade institucional.<sup>13</sup> Já o crime de genocídio independe do aspecto organizacional, podendo ser praticado por um único agente. Além disto, trata-se de crimes voltados para vítimas identificadas por sua filiação ou vinculação a um grupo, por serem quem são, independentemente do que fazem. Mais do que isto, crimes contra a humanidade surgem como uma categoria jurídica que visa controlar o que governos ou grupos detentores de poder político podem fazer com outros grupos ou populações (nacionais e estrangeiras) a partir do aparato que detêm. A partir da Carta de Nuremberg, o cerceamento à soberania estatal por meio de tais espécies de crimes fundamentou-se justamente na não oponível escusa de que questões de “menor dimensão” seriam assuntos nacionais<sup>14</sup>.

Este argumento viria a ser somado à já embolorada ideia de que a ordem internacional não atua sobre a ordem interna, devendo haver prevalência de princípios como “independência nacional”, “autodeterminação dos Estados” ou “estabelecimento da paz mundial”. Ora, como mencionar supostos princípios e não discutir a adesão do Estado brasileiro à competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – bem como a decisão em Gomes

13. LUBAN, David, “A theory of crimes against humanity,” *Yale J. Int’l L.* 29 (2004), p. 97-98. Segundo Luban, pode-se mesmo dizer que o crime de genocídio foca no caráter plural das vítimas, ao passo que os crimes contra a humanidade focam no caráter plural dos agentes. Em sentido semelhante, AMBOS, Kai. WIRTH, Steffen, “The current law of crimes against humanity: an analysis of untaet regulation 15/2000,” *Criminal Law Forum* 13, no. 1 (2002), p. 21 e CHESTERMAN, Simon, “An altogether different order: defining the elements of crimes against humanity,” *Duke Journal of Comparative & International Law* 10, n. 2 (2000), p. 315.

14. “To decline to prosecute a perpetrator because his attack on a civilian population had “only” a few victims diminishes the value of the victim” (LUBAN, “A theory of crimes against humanity”, p. 107-108). Tradução livre: “Refutar-se a processar um perpetrador porque seu ataque a uma população civil teve “apenas” algumas vítimas diminui o valor da vítima”.

Lund? Qual a coerência de tal argumentação que, aliás, parece muito mais se confundir com ausência de argumentação? No mesmo sentido, estaria a ideia defendida de suposta aplicação retroativa das normas internacionais de jus cogens e obrigações erga omnes sobre os crimes contra a humanidade.

Ocorre que, como postulado pelo Ministério Público Federal (MPF), a vigência de tais normas antecede a prática dos crimes imputados aos acusados nesta ação penal. Como bem apontou o Procurador-Geral da República em seu parecer na ADPF 320, podemos arrolar como normas de jus cogens vigentes no período de exceção: a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945); b) Lei do Conselho de Controle nº 10 (1945); c) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (International Law Commission, 1950); d) Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) (1954); e) Resolução 2.184 (Assembleia Geral da ONU, 1966); f) Resolução 2.202 (Assembleia Geral da ONU, 1966); g) Resolução 2.338 (Assembleia Geral da ONU, 1967); h) Resolução 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969); i) Resolução 2.712 (Assembleia Geral da ONU, 1970); j) Resolução 2.840 (Assembleia Geral da ONU, 1971); k) Princípios de Cooperação Internacional na Identificação, Prisão, Exatidão e Punição de Pessoas Condenadas por Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade (Resolução 3.074 da Assembleia Geral da ONU, 1973); i) Convenção das Nações Unidas sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e de Crimes contra a Humanidade, que, acrescente-se, incidiria como norma costumeira no caso brasileiro.

Naomi Roht-Arriaza sustenta, desde pelo menos o início da década de 1990, que há uma responsabilidade estatal internacional de investigação e perseguição de desaparecimentos, esquadrões da morte e outras graves violações de direitos humanos praticadas por regimes opressores<sup>15</sup>. Já naquele momento, ela destacava a incidência de um direito costumeiro internacional capaz de fundamentar um dever para com a verdade. Ele estaria assentado em: a) tratados internacionais que poderiam gerar obrigações mesmo para Estados não signatários, reconhecendo tais normas um direito a uma solução judicial

15. ROHT-ARRIAZA, Naomi, "State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law," *California Law Review* (1990), p. 449 e ss.

(right to a remedy); b) práticas estatais, tais quais a perseguição de perpetradores, a formação de um direito doméstico conforme as normas internacionais de direitos humanos, as declarações de representantes governamentais, resoluções e declarações de organizações internacionais; e, c) a responsabilidade estatal pelos atos de seus agentes que consistam em graves violações de direitos humanos.

Em sentido equivalente, Cherif Bassiouni também defendera, em meados da década de 1990, uma estrutura normativa a partir da qual teríamos a formação de direitos e obrigações estatais concernentes à prática de crimes contra a humanidade.<sup>16</sup> Tal estrutura tem caráter de norma imperativa de jus cogens e determina obrigações erga omnes. Especificamente, ela determinaria:<sup>17</sup>

- > a obrigação de perseguição ou extradição;
- > fornecimento de assistência jurídica;
- > a eliminação de cláusulas de afastamento da norma penal (statutes of limitations, como as auto-anistias);
- > a eliminação de imunidades estatais;
- > e, adicionaríamos com Roht-Arriaza, a obrigação de inversão do ônus

354 da prova em favor da vítima e em desfavor do Estado<sup>18</sup>.

Portanto, a única “novidade” é que decisões do Poder Judiciário brasileiro parecem ter mais força do que normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, normas de jus cogens e obrigações erga omnes válidas para o Brasil e às quais ele não formulou qualquer oposição formal. Para além da ironia, o que resta é a insatisfação com a constatação de que ou há um total desconhecimento do Direito Internacional ou ele é deliberada e solenemente solapado. As velhas desculpas de “pacificação social” e “segurança jurídica”, contraditoriamente, valem mais para tal decisão judicial do que a “sensação de impunidade” por ela cinicamente mencionada (com o perdão da expressão, mas não haveria outra mais adequada).

16. BASSIOUNI, M. Cherif, “Searching for peace and achieving justice: the need for accountability,” *Law and Contemporary Problems* (1996), p. 17.

17. Cf., também, BASSIOUNI, M. Cherif, “International crimes: “Jus cogens” and “Obligatio erga omnes,”” *Law and Contemporary Problems* (1996), p. 63 e ss.

18. ROHT-ARRIAZA, “State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law,” p. 506.

## PODER LEGISLATIVO E DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Se o Poder Judiciário não tem apresentado melhores motivos para se pensar em instituições vinculadas a um projeto constituinte democrático e de asseguramento de direitos humanos, o Poder Legislativo também fica a dever. É notório que uma legislatura extremamente conservadora como a que foi eleita em 2010 trouxe consigo enormes dificuldades para referido projeto: elevações irresponsáveis de gastos públicos, manutenção e fortalecimento do financiamento de campanhas por pessoas jurídicas, discussões atropeladas sobre a redução da maioria penal, deliberações ao arrepio das normas constitucionais do processo legislativo, tudo isto somado à manutenção de um discurso totalmente desvinculado das exigências internacionais de direitos humanos. Fiquemos no seguinte exemplo.

O Senador Randolfé Rodrigues propôs o Projeto de Lei nº 237/2013, projeto este visava definir legalmente o significado da expressão “crimes conexos”, constante do art. 1º, § 1º, da lei 6.683/1979, a Lei de Anistia. A proposição buscava excluir da incidência do referido dispositivo normativo crimes praticados por agentes públicos contra opositores do regime de exceção, afastando, ainda, a prescrição dos referidos casos. Ainda que este não nos pareça ser o caminho adequado – uma vez que, por se tratar de questão normativa de direitos humanos, o Poder Judiciário seria competente para interpreta-la à luz do sentido estabelecido pelo art. 8º do ADCT da Constituição de 1988<sup>19</sup> – vale registrar um momento importante da tramitação legislativa. Após ter recebido parecer favorável na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, o projeto viria a receber o parecer de rejeição na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional da mesma casa legislativa.

O parecer, da lavra do senador relator Antonio Anastasia, chama a atenção, como a decisão judicial acima, pelo modo com que refuta dar aplicação

19. Para uma compreensão que leve a sério as demandas constitucionais e do Direito Internacional dos Direitos Humanos a respeito da adequada interpretação da Lei de Anistia no contexto da Constituição de 1988, cf. MEYER, Emilio Peluso Neder. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. TORELLY, Marcelo D. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Não há anistia para crimes contra a humanidade - Partes I e II. *Conjur* (2014): <http://www.conjur.com.br/2014-set-15/nao-anistia-crimes-humanidade-parte>. Acesso em: 10 set. 2015.

aos sistemas internacional e regional de direitos humanos<sup>20</sup>. O parecer chega a mencionar a fundamentação da proposição legislativa, que exige a adequação da ordem jurídica interna à Constituição Federal de 1988 e aos “sistema de tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário”. Mas, em seguida, toda a fundamentação retoma e busca reforçar argumentos das decisões do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153. A questão já teria sido “eloquentemente decidida”: a fundamentação do voto do ministro Eros Grau, no sentido de que a lei seria uma “lei-medida” é recordada. Mas há mais.

356

Sustenta o parecer, também na linha do voto do ministro Eros Grau, que a Lei de Anistia teria sido elevada à categoria de pressuposto para a realização da Assembleia Constituinte de 1987-1988, nos termos do art. 4º da Emenda Constitucional (EC) nº 26/1985. Um argumento que constaria também do voto do ministro Gilmar Mendes na ADPF 153. Teria ocorrido uma suposta identidade entre poder constituinte e poder constituído, em um tipo de confusão teórica, conceitual e política difícil de elucidar. Descendo alguns degraus a mais, o parecer chega a afirmar que “[...] a anistia para os crimes cometidos pela repressão política da ditadura consistiu em um dos pilares para a construção da nova ordem constitucional advinda com a Constituição Federal de 1988”.<sup>21</sup>

Ora, haveria um modo mais claro de embasar uma ordem democrática e de direitos humanos em uma total lesão desses mesmos direitos humanos? O que dizer de toda a normativa internacional que rechaça as auto-anistias e anistias em branco, verdadeiras tentativas de tornar impunes crimes contra a humanidade e graves violações de direitos humanos? Amarrar a Constituição de 1988 a esta tentativa torpe de manter impunes atos tão graves significa não compreender o projeto instituído por essa mesma Constituição ou, pior, reduzi-lo a uma tentativa espúria de mais grave se pôde fazer em nome do Estado brasileiro.

Repensar os limites do poder constituinte originário tem sido, sim, uma das preocupações da teoria constitucional contemporânea. Mas nunca

20. BRASIL. Senado Federal. “Parecer sem número.” (2015). Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mate-web/arquivos/mate-pdf/168886.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

21. BRASIL. Senado Federal. “Parecer sem número.” (2015). Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mate-web/arquivos/mate-pdf/168886.pdf>, p. 6. Acesso em: 10 set. 2015.

para aceitar lesões a direitos humanos e sim para refuta-las. Já tivemos ocasião de discutir a temática em outros trabalhos<sup>22</sup>. Por ora, registremos a reivindicação de que as bases do constitucionalismo têm sido erigidas sobre o respeito as normas básicas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, estabelecidas em favor do asseguramento de obrigações erga omnes, normas de jus cogens e costumes internacionais lógica e frontalmente opostos à prática de crimes contra a humanidade, não ao seu acobertamento<sup>23</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para além das preocupações com o reclamo irracional de saudosos da ditadura brasileira, parece se descortinar um contexto institucional em que o trabalho de afirmação e consolidação do projeto constituinte da Constituição de 1988 se torna cada vez mais árduo. Se levarmos a sério a pretensão de um jurista norte-americano de que Poder Judiciário e Poder Legislativo devem primar pelo cumprimento da virtude política da integridade, o problema se torna ainda mais evidente em relação ao sistema constitucional e à normativa internacional de direitos humanos que este mesmo sistema exige cumprimento<sup>24</sup>.

357

Procuramos apresentar apenas duas situações em que Poder Judiciário e Poder Legislativo trataram o problema da auto-anistia, a nosso ver, de modo irresponsável. Refletir criticamente e denunciar os desmandos de nossas instituições é o primeiro passo para consolidar de forma republicana nosso sistema constitucional de direitos humanos. Muitos outros movimentos ainda são necessários: um maior engajamento da sociedade civil pode advir justamente da difusão crítica das atividades judicial e legislativa. No que respeita à temática aqui ventilada, a mal resolvida situação de perpetradores de crimes contra a

22. MEYER, Emilio Peluso Neder. Anistia e poder constituinte: bases para uma compreensão hermenêutica do projeto constitucional instituído pela Constituição de 1988. In: PIOVESAN, Flávia. SOARES, Inês Virginia Prado. *Direitos Humanos Atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

23. Sensível a um processo de “constitucionalização internacional” (em um sentido restrito aos direitos humanos, poderíamos acrescentar, Ulrich Preuss afirma que tantas obrigações erga omnes como normas de jus cogens são fontes de obrigações e responsabilidades de Estados em geral, como integrantes de uma comunidade internacional, detendo um status normativo diferente das regras que atingem relações apenas entre Estados (PREUSS, Ulrich K. *Disconnecting Constitutions From Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept*. In: DOBNER, Petra. *The twilight of constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 46).

24. Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

humanidade na ditadura de 1964-1985 continuará a ser um obstáculo para uma efetiva reforma de nossas instituições; é uma exigência do nosso próprio sistema normativo constitucional que exijamos responsabilidade institucional no trato de tão graves violações de direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. WIRHT, Steffen. *The current law of crimes against humanity: An analysis of UNTAET Regulation 15/2000*. Criminal Law Forum 13, n. 1, 2002, p. 1-90.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho: homicídios cometidos pela Polícia Militar na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

BASSIOUNI, M. Cherif. *International crimes: “ x z”*. Law and Contemporary Problems. 1996, p. 63-74.

BASSIOUNI, M. Cherif. “Searching for peace and achieving justice: The need for accountability.” Law and Contemporary Problems. 1996, p. 9-28.

358 BRASIL. 1ª Vara Federal Criminal, do Júri e das Execuções Penais. 1ª Subseção Judiciária de São Paulo. Rejeição de denúncia. Disponível em: [www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2015/150819ditadura.pdf](http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2015/150819ditadura.pdf). Acesso em: 10 set. 2015.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório. Volume I. Brasília: CNV, 2014.

BRASIL. Senado Federal. “Parecer sem número.” 2015. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/168886.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

CHESTERMAN, Simon. “An altogether different order: Defining the elements of crimes against humanity.” Duke Journal of Comparative & International Law 10, n. 2, 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em [www.cidh.or.cr](http://www.cidh.or.cr). Acesso em: 10 set. 2015.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LUBAN, David. *A theory of crimes against humanity*. Yale J. Int'l L. 29, 2004, p. 86-167.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e responsabilização: Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

\_\_\_\_\_. Anistia e poder constituinte: bases para uma compreensão hermenêutica do projeto constitucional instituído pela Constituição de 1988. In: PIOVESAN, Flávia. SOARES, Inês Virgínia Prado. *Direitos Humanos atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

\_\_\_\_\_. “Crimes contra a humanidade praticados pela ditadura brasileira de 1964-1985: Direito à memória e à verdade, dever de investigação e inversão do ônus da prova.” Parecer apresentado à Comissão da Verdade Rubens Paiva do Estado de São Paulo e ao GT-JK. 2014. Disponível em: <http://verdadeaberta.org/relatorio/>. Acesso em: 10 set. 2015.

\_\_\_\_\_. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Justiça de transição nos 25 anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Initia Via, 2015.

\_\_\_\_\_. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. TORELLY, Marcelo D. SILVA FILHO, José Carlos Moreita da. Não há anistia para crimes contra a humanidade - Partes I e II. Conjur, 2014. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-set-15/nao-anistia-crimes-humanidade-parte](http://www.conjur.com.br/2014-set-15/nao-anistia-crimes-humanidade-parte). Acesso em: 10 set. 2015.

359

OLSEN, Tricia D. PAYNE, Leigh A. REITER, Andrew G. *Transitional justice in balance: Comparing processes, weighing efficacy*. Washington: Unite States Institute of Peace Press, 2010.

PATRUS, Rafael Dilly. Articulação constitucional e justiça de transição: uma releitura da ADPF 320 no marco do “constitucionalismo abrangente”. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: UFMG, 2015.

PREUSS, Ulrich K. Disconnecting constitutions from statehood: Is global constitutionalism a viable concept. In: DOBNER, Petra. *The twilight of constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ROHT-ARRIAZA, Naomi. *State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law*. California Law Review, 1990, p. 449-513.

ROSA, Alexandre Morais da. Como é possível ensinar processo penal depois da operação “lava jato”? *Conjur.* Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-jul-04/diario-classe-possivel-ensinar-processo-penal-depois-lava-jato](http://www.conjur.com.br/2015-jul-04/diario-classe-possivel-ensinar-processo-penal-depois-lava-jato). Acesso em: 10 ago. 2015.

SIKKINK, Kathryn. *The justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*. New York: W. W. Norton & Co., 2011.

STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam. “Lava jato” é sintoma de que nem as palavras têm mais valor no Direito. *Conjur.* Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-ago-15/diario-classe-lava-jato-sintoma-nem-palavras-valor-direito](http://www.conjur.com.br/2015-ago-15/diario-classe-lava-jato-sintoma-nem-palavras-valor-direito). Acesso em: 10 ago. 2015.

TORELLY, Marcelo D. *Justiça de transição e estado constitucional de direito: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.