

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos

Emilio Peluso Neder Meyer

**Belo Horizonte
2012**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n° 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito e Justiça.

Linha de pesquisa: História, Poder e Liberdade.

Projeto estruturante: Identidade e Reconhecimento.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo A. Cattoni de Oliveira.

Belo Horizonte
2012

Emilio Peluso Neder Meyer

Persecução e responsabilização penal por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n° 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos

O candidato foi considerado _____ pela banca examinadora.

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira
Orientador

Profa. Dra. Maria Fernanda Salcedo Repolês
Membro

Profa. Dra. Daniela de Freitas Marques
Membro

Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz
Membro Externo

Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho
Membro Externo

Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Fernandes
Suplente Interno

Prof. Dr. Alexandre de Melo Franco Bahia
Suplente Externo

Para Renata, com todo meu amor.
Para minha família.
Para os que lutaram e lutam por seus ideais políticos.

Tem-se uma ideia muito estranha da reconciliação. Pensa-se que consiste em dar tapinhas nas costas uns dos outros, dizendo que tudo vai bem. A reconciliação custa muitos esforços, implicando a confrontação.

Desmond Tutu

AGRADECIMENTOS

Esta pesquisa foi financiada pelo CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Ela é o resultado de um esforço pessoal, mas principalmente do envolvimento de várias pessoas que me acompanharam nesta trajetória.

Devo, desde logo, agradecer às inúmeras e sempre frutíferas discussões do IDEJUST – Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição. Os comentários de pessoas como Paulo Abrão Pires Júnior, José Carlos da Silva Moreira, Deisy Ventura, Inês Virginia Prado Soares, Renan Quinalha, Maria Carolina Bissoto, entre muitos outros, foram essenciais para diversas das conclusões que estão presentes nas linhas abaixo. Devo, é claro, mencionar especialmente o papel de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, meu orientador, que tanto por sua presença no grupo IDEJUST quanto por sua dedicação e disponibilidade constantes para o aprimoramento do texto, com a indicação de fontes bibliográficas e a problematização de questões, tornou possível o resultado desta pesquisa.

Agradeço também aos colegas da Escola Superior Dom Helder Câmara, que estiveram presentes em parte desta caminhada: Tales Lins Eto, Marjorie Marona, Eron Geraldo, Sarah Cohen e Valdenia Geralda. Do mesmo modo, discussões que tive com companheiros da Universidade Federal de Ouro Preto foram essenciais, como também permitiram o clima necessário para a redação final do texto: Bruno Camilloto, Federico Nunes de Matos, Maria Tereza Fonseca Dias, Roberto Pôrto e André de Abreu.

Não posso deixar de mencionar o diálogo e a amizade constantes de dois acadêmicos que, desde a graduação, vêm me acompanhando: Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Alonso Reis Freire. Os dois foram importantíssimos por aprofundar e tornar mais fecunda minha vida acadêmica. A amizade de pessoas como Cirilo Augusto, Marcos Amarante, Patrícia Justo, Eduardo Sena, Juliana Justo, Marcelo Souza, Stéfano Peluso, Cassiano Peluso, Danilo Peluso, Sérgio Pompeu, Francisco e Ana Paula, entre muitos outros, foi essencial para a discussão de um tema não apenas acadêmico, mas de interesse de toda a sociedade.

Sou grato também às Profas. Maria Fernanda Salcedo Repolês e Daniela de Freitas Marques por, ao participarem da banca de qualificação, fazerem importantes observações que puderam melhorar o texto.

Gilse Cosenza e José Adão Pinto foram extremamente gentis em concederem seu testemunho pessoal de luta e enfrentamento da ditadura.

Renata Zoni, minha esposa, acompanhou todo o trabalho de elaboração da tese com a paciência própria de quem ama. Preciso demonstrar a ela também toda minha gratidão por compreender os momentos que nos foram “roubados”. Sou grato também àqueles que confiaram em mim e de alguma forma apoiaram este projeto com seu vínculo verdadeiramente familiar: Beto, Vera, Adriana e Marcelo.

Uma menção especial deve ser feita a meus pais, Tufi e Beth, e meus irmãos, Lorenza e Guido, por todo o incentivo.

RESUMO

Esta pesquisa tem como objeto as colidentes formas por meio das quais a instituição de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, e o órgão jurisdicional do sistema interamericano de direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, enxergam a Lei de Anistia brasileira de 1979, Lei nº 6.683/1979. Especificamente, a Parte I se dedica a desconstruir a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF, analisando os principais votos dos Ministros e apontando as contradições e falhas dos mesmos no que respeita à compreensão histórica da anistia, ao projeto constituinte inaugurado pela Constituição brasileira de 1988 e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Em contrapartida, na Parte II, é analisada a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Gomes Lund*, decisão esta que determinou a condenação do Brasil pelas omissões estatais ante os crimes de *desaparecimento forçado* ocorridos na Guerrilha do Araguaia. São também feitas reflexões a respeito da *justiça de transição* e a consolidação ou não de seus elementos no Estado brasileiro no período que se sucedeu a Constituição de 1988. Com isso, tem-se à disposição os fundamentos para a confirmação da hipótese de prevalência da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal, fixando como parte do projeto constituinte de 1988, sob o signo de um patriotismo constitucional, a concretização do elemento transicional de investigação e responsabilização criminal de agentes que praticaram crimes de *desaparecimento forçado* no contexto da Guerrilha do Araguaia e, também, de quaisquer outros perpetradores de graves violações de direitos humanos durante a ditadura de 1964-1985.

Palavras-chave: anistia – direitos humanos – democracia – Constitucionalismo – Direito Internacional.

ABSTRACT

This research has as its object the colliding ways by which the highest institution of the Brazilian judiciary, the Supremo Tribunal Federal, and the jurisdictional institution of the inter-American system of human rights, the Inter-American Court of Human Rights, comprehend the Brazilian Amnesty Law of 1979, Act n° 6.683/1979. Specifically, the Part I dedicates to deconstruct the decision of the Supremo Tribunal Federal in the *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* n° 153/DF, analyzing the main opinions of the Justices and pinpointing the contradictions and mistakes made by them regarding the historical comprehension of the amnesty, the constitutional project opened by the Brazilian Constitution of 1988 and the International Law of Human Rights.

On the other side, in Part II, it is analyzed the decision of the Inter-American Court of Human Rights in the *Gomes Lund* Case, by which it was determined the condemnation of the Brazilian State for the state omissions before the crimes of *enforced disappearance* occurred during the Araguaia Guerrilla. Reflections about *transitional justice* and the implement or not of its elements in Brazil in the period after the Constitution of 1988 are also made. Herewith, the foundations for the confirmation of the hypothesis are available, concluding that the decision of the Inter-American Court of Human Rights must prevail in the prejudice of the decision of the Supremo Tribunal Federal, fixing as a part of the constitutional project of 1988, under the sign of a constitutional patriotism, the effectiveness of the transitional element of investigation and criminal accountability of agents that practiced the crimes of *enforced disappearance* in the context of the Araguaia Guerrilla and, also, any other perpetrators of serious violations of human rights during the dictatorship of 1964-1985.

Keywords: amnesty – human rights – democracy – Constitutionalism – International Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ABIN:** Agência Brasileira de Inteligência
- ACAN:** Associação Cultural do Arquivo Nacional
- ACP:** Ação Civil Pública
- ADCT:** Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
- ADI:** Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ADPF:** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
- ARENA:** Aliança Renovadora Nacional
- CEJIL:** Centro pela Justiça e o Direito Internacional
- CNV:** Comissão Nacional da Verdade
- CONADEP:** Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas
- CteIDH:** Corte Interamericana de Derechos Humanos
- DEOPS:** Delegacias de Ordem Política e Social
- DINCOTE:** División Nacional contra el Terrorismo
- DOI/CODI:** Destacamento de Operações Internas/Centro de Operações de Defesa Interna
- HC:** Habeas Corpus
- ICTJ:** International Center for Transitional Justice
- MDB:** Movimento Democrático Brasileiro
- MPF:** Ministério Público Federal
- OAB:** Ordem dos Advogados do Brasil
- OBAN:** Operação Bandeirante
- ONU:** Organização das Nações Unidas
- PCB:** Partido Comunista Brasileiro
- PCdoB:** Partido Comunista do Brasil
- PNEHDH:** Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos
- PNDH-3:** Plano Nacional de Direitos Humanos 3
- RHC:** Recurso em Habeas Corpus
- TRF:** Tribunal Regional Federal
- TSN:** Tribunal de Segurança Nacional
- UFMG:** Universidade Federal de Minas Gerais
- UN:** United Nations
- UNICAMP:** Universidade Estadual de Campinas
- USP:** Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
PARTE I – A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF 153/DF: UMA DESCONSTRUÇÃO.....	19
CAPÍTULO I – A PROPOSITURA DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153/DF.....	20
1.1 – A iniciativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil: erros e acertos.....	20
1.2 – Prescrição penal e adequação da argüição de descumprimento de preceito fundamental.....	31
CAPÍTULO II – O VOTO DO MINISTRO EROS GRAU.....	52
2.1 – A distinção hermenêutica entre norma e texto de norma.....	52
2.2 – A noção gadameriana de interpretação como aplicação.....	66
2.3 – O significado das chamadas “leis-medida”	69
2.4 – A dificuldade contramajoritária na relação entre controle de constitucionalidade e representação democrática.....	75
2.5 – A Lei nº 6.683/1979 e a ausência de um “acordo político”	89
2.6 – O papel do juiz e o papel do historiador na obra de Paul Ricouer	105
CAPÍTULO III – O VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI.....	119
3.1 – Qual “conexão”? Crimes comuns e crimes políticos.....	120
3.2 – A jurisprudência do STF sobre crimes políticos: ausência de integridade no exercício da jurisdição	124
CAPÍTULO IV – O VOTO DO MINISTRO AYRES BRITTO.....	133
4.1 – Anistia e perdão: uma difícil relação.....	134
4.2 – Da superada noção de interpretação como método	159
4.3 – Legalidade autoritária e sua infringência.....	169
CAPÍTULO V – O VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO.....	172
5.1 – Anistia para crimes políticos e anistia para crimes comuns.....	174
5.2 – Auto-anistia e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	175
5.3 – Retroatividade penal e controle de constitucionalidade e convencionalidade	182
CAPÍTULO VI – O VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES	186
6.1 – Anistia política.....	186

6.2 – Compromissos constitucionais e poder constituinte: os fundamentos da Constituição de 1988	192
6.3 – O patriotismo constitucional inaugurado pela Constituição de 1988	200
PARTE II – A DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO <i>GOMES LUND</i> : ELEMENTOS PARA UMA <i>JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO</i> NO BRASIL.....	206
CAPÍTULO I – UMA RECONSTRUÇÃO DO CASO <i>GOMES LUND</i>	207
1.1 – As omissões do Estado brasileiro ante os fatos ocorridos na chamada Guerrilha do Araguaia	207
CAPÍTULO II – A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E SEU ESTÁGIO NO BRASIL	225
2.1 - Direito à memória e à verdade: o papel da Comissão Nacional da Verdade no Brasil e o direito de acesso à informação.....	235
2.2 – Reparações simbólicas, administrativas e pecuniárias às vítimas	246
2.3 – Reforma e expurgo nas instituições de Estado e formação em direitos humanos	249
2.4 – Punição penal dos perpetradores de violações a direitos humanos	254
CAPÍTULO III – ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	261
3.1 – Persecução penal para crimes de desaparecimento forçado ocorridos na Guerrilha do Araguaia.....	261
3.2 – Persecução penal para outras violações a direitos humanos durante o Regime de 1964-1985	267
3.3 – Da violação da CF/1988 pelo STF no seu papel uma das instituições que cumprem a função de “guardião da Constituição”	271
CONSIDERAÇÕES FINAIS	273
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	281

INTRODUÇÃO

Em 27 de março de 2012, o Itamaraty foi notificado oficialmente do recebimento pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos de denúncia formulada pelo CEJIL – Centro para a Justiça e o Direito Internacional, pelo FIDDH – Fundação Interamericana de Defesa dos Direitos Humanos, pelo Grupo Tortura Nunca Mais e pelo Instituto Vladimir Herzog acusando o Estado brasileiro de omitir-se nas investigações e punições dos responsáveis pela tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog¹. Um inquérito militar na década de 1970 havia “comprovado” que ele se matou; em 1976, porém, uma decisão da Justiça Federal havia declarado a existência de relação jurídica entre os familiares de Herzog e a União para responsabilizá-la civilmente pelos danos materiais e morais decorrentes de sua morte nas Dependências do DOI-CODI, não obstante tenha a mesma sentença tergiversado a real causa do falecimento². Novo inquérito na década de 1990 seria arquivado³. Recentemente, o Ministério Público Federal tentou reabrir as investigações de caráter criminal, mas esbarrou em entendimentos divergentes dos membros da instituição a respeito do caráter imprescritível do crime⁴.

De um modo semelhante, permanecem ocultas as circunstâncias da morte do sindicalista Manoel Fiel Filho, ainda que, mais recentemente, o Ministério Público Federal tenha tentado levar à frente investigações e responsabilizações mesmo de caráter não criminal, como será mais à frente visto. Ele fora preso em seu local de trabalho na data de 16 de janeiro de 1976 e aparecera morto no dia seguinte, tendo supostamente cometido suicídio enforcando-

¹ FERRAZ. Brasil é denunciado na OEA por caso Vladimir Herzog, p. 1. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1069003-brasil-e-denunciado-na-oea-por-caso-vladimir-herzog.shtml>>. Acesso em 12 abr. 2012.

² “Ora, do que expusemos verifica-se que se Vladimir Herzog foi encontrado morto numa cela especial, dotada de porta metálica e de dispositivo de segurança, trajando roupa diversa da qual se apresentou à dependência militar, qual seja, macacão verde; se em tal dependência existia carcereiro; se o próprio relatório do encarregado do inquérito policial-militar utiliza-se de expressões significativas da detenção; se o médico que prestou assistência ao DOI/CODI para ali se dirigia para medicar <<presos>>; se em tal dependência existia carcereiro; se toda a prova dos autos, sem exclusão de qualquer, indica que a detenção ocorreu, só havendo em contrário a mera alegação do Sr. Consultor Jurídico do Ministério do Exército, é forçoso concluir que Vladimir Herzog estava preso nas dependências do DOI/CODI do II Exército e faleceu nessas condições” (HERZOG. *Caso Herzog*, p. 102).

³ “Em 1992 foi instaurado inquérito para apurar as circunstâncias do homicídio. Entretanto, por força de Habeas Corpus impetrado por um dos investigados, o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou seu arquivamento, aplicando a Lei de Anistia. Essa decisão foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, em 1993” (WEICHERT. *Responsabilidade internacional do Estado brasileiro na promoção da justiça transicional*, p. 162).

⁴ BRASIL. 1ª Vara Criminal, do Júri e das Execuções Penais da Seção Judiciária de São Paulo. Sentença de homologação de arquivamento. Autos nº 2008.61.81.013434-2. Juíza Federal Paula Mantovani Avelino. São Paulo/SP, 30 de setembro de 2008. Disponível em <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2012. Voltaremos à questão na Parte II, Capítulo III, Tópico 2 desta pesquisa.

se com suas próprias meias. Um inquérito policial militar instaurado à época confirmou a versão e ainda afirmou que o metalúrgico estava sendo investigado por crimes contra a segurança nacional. Anos depois, em 1995, a União seria condenada civilmente pela responsabilidade na sua morte⁵.

Os casos exemplares de Herzog e Fiel Filho demonstram uma contradição clara presente na transição do regime autoritário brasileiro de 1964-1985 para o regime democrático inaugurado pela Constituição de 1988. Não obstante tenha avançado sob uma série de aspectos na consolidação de instituições de Estado Democrático de Direito, o Brasil ainda é devedor do efetivo cumprimento de direitos humanos. Este débito é ainda maior caso se dirija o foco para as violações ocorridas sistematicamente naquele período que se buscou superar. Sedimentou-se um certo entendimento, talvez principalmente (mas não só) a partir da Lei nº 6.683/1979, no sentido de que não seria possível a responsabilização de agentes públicos e ex-agentes por graves violações de direitos humanos. Ou mesmo a compreensão de que tais fatos pertencem a um passado que não deveria ser revolido.

Esta pesquisa partirá de uma concepção diametralmente oposta. Ela tem como objeto duas decisões que tocaram diretamente na necessidade de um cumprimento mais efetivo dos direitos humanos no Brasil: a decisão do Supremo Tribunal Federal (doravante STF) na ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental) nº 153/DF⁶ e a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CteIDH) no Caso *Gomes Lund*⁷. A decisão do Supremo Tribunal Federal foi tomada nos dias 28 e 29 de abril de 2010 e, até a data de fechamento deste texto, pendia do julgamento de um recurso de embargos de declaração aviado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi tomada em 24 de novembro de 2010. Na visão esposada ao longo do texto, cuidam-se de decisões diametralmente opostas e buscar-se-á demonstrar a prevalência da última decisão, avançando, inclusive, para além de uma interpretação mais reducionista da mesma.

⁵ BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à memória e à verdade*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007, p. 412.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011.

⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Gomes Lund e Outros* (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 1 jan. 2011.

Como se buscará atestar, a consolidação e a efetivação dos elementos componentes da *justiça de transição* dependem de uma série de aspectos contextuais que podem impulsionar ou frear este processo. Argentina, Chile e Uruguai, no contexto latino-americano, há muito aprofundaram o debate sobre que caminhos percorrer, havendo diferenças marcantes nos processos transicionais de cada um destes países, sem que, contudo, eles fossem aptos a repercutir de uma forma mais profunda no Brasil. A Argentina parecia possibilitado o contexto de maior envergadura da *justiça de transição* pelo fato regime militar cair justamente após uma forte crise econômica e uma derrota em uma guerra – assim, foi possível a pronta instalação de uma comissão da verdade, não obstante os processos de responsabilização só viessem a ocorrer na década de 2000. O Congresso Nacional viria a revogar as leis do Ponto Final e da Obediência Devida em 1998 e Nestor Kirchner exoneraria cinquenta e dois oficiais militares de alta patente em 2003.

Já o Chile enfrenta hoje a superação de uma total anistia por uma interpretação relativizada da prescrição penal, como teremos ocasião de demonstrar. Além disto, no governo de Aylwin, seguindo-se à derrota de Pinochet no plebiscito de 1988, foi instalada uma Comissão Nacional sobre Verdade e Reconciliação, presidida pelo ex-senador Raul Rettig. Reformas procedimentais e organizacionais procuraram depurar o pensamento conivente com a legalidade autoritária de outrora dentro do Poder Judiciário⁸.

O Uruguai, após uma retomada da democracia que incluía uma lei de anistia não voltada a estabelecer uma “anistia em branco” (Lei 15.737/1985), enfrentou o desmando de militares contra decisões judiciais tomadas nos primeiros processos de responsabilização criminal. Neste contexto, o Parlamento viria a aprovar a Lei 15.848/1984, esta sim voltada a fixar uma *decadência* da pretensão punitiva do Estado ante “*la lógica de los hechos*”. Esta viria a ser declarada inconstitucional apenas em 2009 pela Suprema Corte Uruguia⁹.

Em nosso caso, a prevalência de um certo nível de conciliação política tem se constituído em um grande obstáculo: a Lei de Anistia de 1979 é recorrentemente invocada como um “acordo político” que teria permitido o fim da ditadura e a chegada do regime constitucional de 1988. Em vista disto, qualquer discussão que pudesse colocar em cheque tal “acordo” parece ter contido a atuação de instituições como o Ministério Público na investigação e responsabilização de violações de direitos humanos de largo conhecimento.

⁸ PEREIRA. *Ditadura e repressão*, p. 239 e ss.

⁹ ADRIASOLA. *El proceso uruguayo de la dictadura a la democracia*, p. 314 e ss.

Pois se, por exemplo, o Projeto Brasil Nunca Mais documentou várias destas agressões¹⁰, foram poucas – ou quase nenhuma – as investigações ou ações criminais que ocorreram no período logo seguinte ao fim do regime de 1964-1985. Entretanto, esta posição tem se alterado nos últimos anos, como será demonstrado.

Além disto, um recorrente temor de que novos golpes de Estado pudessem aflorar por parte das Forças Armadas gerou uma difícil relação entre o Presidente da República e diversos membros da caserna, o que pode ter contribuído para um sufocamento do processo ao longo dos últimos trinta anos e gerado também uma influência sobre o Poder Judiciário. O que não impede o início tardio de um projeto de afirmação de direitos humanos. Ainda se fazem ouvir as vozes de vítimas e familiares de vítimas que almejam algum tipo de justiça e que não se satisfazem com o elemento da reparação presente na *justiça de transição*. Isto demonstra que a efetivação de um projeto constituinte não se dá de um só golpe, pelo contrário, atravessa um longo processo de aprendizado que se corrige a si próprio, bem ao modo de um *patriotismo constitucional*. Esta nova e necessária forma de integração ético-política dos cidadãos de um Estado Democrático de Direito tem uma especial relação com o passado, no sentido de exigir a formação de uma *memória coletiva* que não seja o resultado de um *esquecimento obrigado*, mas sim de um exercício ativo de constante diálogo público com o passado.

Nesse sentido, poder-se-á verificar, a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF n° 153/DF, que várias das condições de possibilidade importantes para tal processo de aprendizado se perderam em uma rede de argumentos pouco afetos às exigências de *integridade* que devem permear a atuação jurisdicional. Pois se é certo que o STF exerce, ao lado da sociedade e demais instituições estatais, uma função de guarda da Constituição, ele o faz no contexto de uma comunidade política que cria para ele uma exigência de decidir com responsabilidade perante esta mesma comunidade. É necessário reconhecer que pressões contingenciais das mais diversas podem colocar esta atuação em risco, conduzindo a decisão judicial para longe daquilo que se espera em termos de legitimidade jurisdicional. Aponte-se, por exemplo, o suposto pedido, em data anterior ao julgamento da ADPF n° 153/DF, do ex-Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva,

¹⁰ ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Projeto Brasil nunca mais*. São Paulo: 1985.

aos Ministros do STF no sentido de que haveria a necessidade de que o julgamento fosse mesmo pela improcedência¹¹.

Nem por isto estarão os votos proferidos isentos da crítica que possa ser construída pela esfera pública. Até porque, a própria decisão pode se situar no processo de aprendizado invocado pela noção de *patriotismo constitucional: in casu*, como um capítulo que impõe lições e passaria a integrar uma *teoria dos erros institucionais*¹².

A metodologia utilizada procurará, pois, *desconstruir*, na Parte I, a decisão do STF na ADPF n° 153/DF. A ideia é a de que é possível identificar na mesma uma série de contradições que refletem uma ausência de *integridade* no sentido dworkiniano. Por isto, será dedicado um espaço para análise dos votos que mais se destacaram na decisão. Assim, como pressuposto inicial, será feita uma análise, no Capítulo I da Parte I, da iniciativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em ajuizar a ADPF n° 153/DF. Demonstrar-se-á que houve certa antecipação que desconsiderou o poder decisório da jurisdição ordinária brasileira no exercício de um controle difuso de constitucionalidade das leis, jogando nos ombros do Supremo Tribunal Federal uma responsabilidade que poderia lhe ser recusada. Além disto, também será discutido neste Capítulo I a questão referente à admissibilidade da ADPF para o presente caso, principalmente no que respeita a suposta prescrição penal “em abstrato” sustentada por alguns.

No Capítulo II da Parte I, será analisado o voto do Ministro Eros Grau, relator originário do acórdão (saliente-se que, com sua aposentadoria, essa função passou a ser desempenhada pelo Ministro Luiz Fux). Ele foi partido em diversos argumentos centrais que serão, um a um, refutados e combatidos: em primeiro lugar, distinção hermenêutica tantas vezes por ele enfatizada entre *norma e texto de norma*; em segundo lugar, a noção

¹¹ “Surpreendentemente, o então Presidente da República, cedendo à pressão do seu Ministro da Defesa, que alegava inquietação no seio das Forças Armadas, pediu pessoalmente aos Ministros do tribunal para que a ação fosse julgada improcedente, de modo a ser mantida a impunidade dos agentes militares que assassinaram, torturaram e estupraram presos políticos, durante o regime de exceção” (COMPARATO, Fábio Konder. A tortura e a irresponsabilidade pessoal. Disponível em <<http://www.conversaafiada.com.br/brasil/2011/10/31/comparato-a-tortura-e-a-irresponsabilidade-presidencial/>>. Acesso em 1º nov. 2011).

¹² É nesse sentido que Dworkin caracteriza o trabalho jurisdicional de sua figura de retórica, o juiz Hércules: “De qualquer modo, portanto, Hércules deve ampliar sua teoria de modo a incluir a ideia de que uma justificação da história institucional pode apresentar uma parte dessa história como um equívoco. Mas Hércules não pode fazer um uso imprudente desse recurso, pois se ele fosse livre para considerar qualquer aspecto incompatível da história institucional como um erro, sem que isso causasse outras conseqüências para sua teoria geral, a exigência de consistência não poderia de modo algum ser considerada como uma verdadeira exigência. Hércules deve desenvolver alguma teoria dos erros institucionais, e essa teoria deve ter duas partes. Deve mostrar quais seriam as conseqüências, para novos argumentos, de se considerar algum evento institucional um erro, e deve limitar o número e o caráter dos eventos dos quais se pode abrir mão dessa maneira” (DWORKIN. *Levando os direitos a sério*, p. 189).

gadameriana de interpretação como aplicação; em terceiro lugar, o significado das chamadas *leis-medidas*, forma pela qual o Ministro qualificou a Lei de Anistia de 1979; em quarto lugar, será analisada a chamada dificuldade contramajoritária entre controle de constitucionalidade e representação democrática que impediria o STF de dar nova interpretação à Lei de Anistia; em quinto lugar, será discutido um argumento que seria invocado por quase todos os Ministros, o de que a anistia de 1979 teria resultado de um “acordo político”. Por fim, a propósito desta releitura histórica, analisar-se-á as diferenças de papel entre historiador e juiz a partir da obra de Paul Ricoeur.

O Capítulo III da Parte I encerra uma verificação do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, um dos Ministros que compuseram a minoria vencida. Nele se discutirá a diferença entre *crimes comuns* e *crimes políticos* e, principalmente, será demonstrado o modo vacilante como o STF enxerga o tratamento anistiador dado a crimes políticos ao longo de sua jurisprudência. Ainda na Parte I, o Capítulo IV abordará o voto do Ministro Ayres Britto, também minoritário no julgamento de procedência do pedido da ADPF n° 153/DF. Nele serão discutidos de forma crítica: a relação por ele suscitada entre *anistia* e *perdão*; a superação da interpretação como mero “método”; e, ao cabo, o argumento da infringência da legalidade autoritária vigente no período de 1964-1985.

Voltando aos votos que formaram a maioria que julgou improcedente o pedido na ADPF n° 153/DF, o Capítulo V da Parte I dedica-se ao voto do Ministro Celso de Mello. Novamente é posta em discussão a questão de uma distinção entre a anistia a ser concedida para *crimes comuns* e uma anistia a ser concedida para *crimes políticos*. Chamará mais a atenção, contudo, o modo como o voto tratará o Direito Internacional dos Direitos Humanos: daí que será verificada, de forma mais efetiva, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as chamadas “auto-anistias”. Por fim, a relação entre retroatividade penal e decisões de inconstitucionalidade será abordada.

Finalizando a Parte I, será objeto de estudo o voto do Ministro Gilmar Mendes, polêmico sob diversos aspectos. A “sombra” da “anistia política” que acompanhou todos os demais votos voltará, agora sob a luz de uma reinterpretação do *conceito* de anistia; além disto, o argumento de que a Emenda Constitucional n° 26/1985, ao reafirmar a anistia de 1979, teria condicionado do Poder Constituinte de 1988 será refutado sob uma série de aspectos, principalmente por conta de uma assunção crítica da ideia de condições de possibilidade para referido poder. É a partir de tal crítica que a noção de *patriotismo*

constitucional procurará enredar o projeto constituinte de 1988 que não se fecha em uma amnésia com o passado, mas que procura a partir dele lançar luzes sobre o futuro.

A partir de tal premissa, poder-se-á passar à Parte II. Ela será inaugurada justamente com uma análise do Caso *Gomes Lund* e da forma como ele foi decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Capítulo I tem esta tarefa e traz como tópicos principais: o enfrentamento do Estado brasileiro *no* passado sobre a Guerrilha do Araguaia e *sobre* o passado a respeito dos fatos que a envolveram; além disto, será analisada a ênfase dada pela decisão da CteIDH ao crime de *desaparecimento forçado*, bem como à jurisprudência já remansosa do órgão sobre tal figura penal; por fim, será apresentada a condenação do Estado brasileiro e a série de obrigações a ele impostas.

O Capítulo II da Parte II procurará, ainda que detidamente, oferecer os elementos básicos para uma teoria da *justiça de transição* e a forma como ela vem sendo (ou não) aplicada no Brasil. Em um momento introdutório, serão verificadas as formas presentes no Direito Comparado de implementação desta concepção de justiça e se é possível traçar-lhe uma estrutura básica; a seguir, será apresentado o elemento ou pilar do *direito à memória e à verdade*, materializado principalmente no papel desempenhado pelas comissões de verdade e pelo direito de informação; na sequência, debater-se-á o elemento das reparações simbólicas, administrativas e pecuniárias às vítimas; segue-se a discussão sobre reformas e expurgos no Estado, bem como a necessidade de formação ou educação em direitos humanos; finalmente, e como objeto de especial atenção, será feita uma análise da persecução e punição penal dos perpetradores de violações a direitos humanos, bem como de seu impacto para a *justiça de transição* como um todo.

Encerrando a Parte II, o Capítulo III procurará oferecer uma resposta à hipótese da presente pesquisa. Esta é a de que se deve dar total cumprimento à decisão da CteIDH no Caso *Gomes Lund*, uma vez que o Supremo Tribunal Federal descumpriu seu papel de um dos guardiães da Constituição da República ao julgar a ADPF n° 153/DF, comprometendo o próprio projeto constituinte de 1988. Compõe a presente hipótese, contudo, uma assertiva mais desafiadora: em verdade, decisão da CteIDH exige não só que sejam investigados e punidos os crimes de *desaparecimento forçado* praticados durante a Guerrilha do Araguaia, mas também toda e qualquer grave violação de direitos humanos ocorrida no período de 1964-1985, por se tratar de *crimes contra a humanidade* e, portanto, imprescritíveis. Este elementos componentes da hipótese serão justamente desdobrados nos três tópicos do Capítulo III da Parte II.

PARTE I – A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF 153/DF: UMA DESCONSTRUÇÃO

Como ressaltado, na Parte I desta tese, serão trazidos os elementos que compuseram o procedimento e decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (doravante ADPF) nº 130/DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil perante o Supremo Tribunal Federal. O Capítulo I enfocará o papel do órgão de classe na propositura da arguição, indicando os erros e acertos da referida escolha da ação proposta. O Capítulo II dedica-se a uma análise do voto proferido pelo Ministro Relator Eros Roberto Grau, procurando analisar criticamente os fundamentos apresentados. Mesmo procedimento será adotado para os capítulos seguintes: o Capítulo III se propõe a analisar o voto do Ministro Ricardo Lewandowsky, o Capítulo IV se debruça sobre o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, o Capítulo V dedica-se ao voto do Ministro Celso de Mello e o Capítulo VI discute o voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Não serão objeto de discussão específica os votos dos Ministros Cézar Peluso, Cármen Lúcia e Ellen Gracie, a não ser quando relevantes para o debate acerca das demais posições. A limitação justifica-se por razões contingenciais próprias a qualquer projeto de pesquisa e também pelo fato de que alguns dos argumentos destes votos se fizeram presentes nos demais.

CAPÍTULO I – A PROPOSITURA DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153/DF

Após uma série de debates iniciais, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sob a Presidência de Cezar Britto e o patrocínio do Professor Fábio Konder Comparato – à época Presidente da Comissão de Defesa da República e da Democracia da entidade – ajuizou no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF na data de 21 de outubro de 2008¹. Referidos debates tiveram ocasião principalmente a partir do trabalho desenvolvido pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, especificamente, a realização, em 31 de julho de 2008, de uma primeira discussão pública acerca dos limites e possibilidades da responsabilização criminal por fatos tipificados como crimes contra a humanidade ocorridos no período ditatorial de 1964-1985. Diversas medidas judiciais (salvo as de caráter penal) e administrativas teriam desembocado na propositura da ADPF nº 153/DF².

1.1 – A iniciativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil: erros e acertos

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou arguição de descumprimento de preceito fundamental contra o disposto no § 1º do art. 1º da Lei Federal nº 6.683/1979, ao argumento de que há *controvérsia constitucional* sobre se o referido dispositivo anistiou também os crimes praticados por agentes públicos durante o regime ditatorial de 1964/1985, incluindo, entre outros, crimes como os de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor. Tais crimes foram praticados de modo institucionalizado pelo regime militar contra os seus opositores³.

A propositura da mencionada ADPF atribuiu, novamente, ao Supremo Tribunal Federal o pesado dever institucional de direcionar o rumo do *projeto constituinte* de 1988. O que está em jogo é um posicionamento em relação à história e ao passado pré-constitucional e qual o devido papel destes frente a Constituição de 1988. O Supremo Tribunal Federal, na

¹ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Ordem vai ao STF para saber se anistia vale para torturadores. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-out-20/oab_saber_anistia_vale_torturadores>. Acesso em 21 out. 2008.

² BRASIL. Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. *Revista anistia política e justiça de transição*. N. 1 (jan./jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 14.

³ CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Petição inicial. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 4.

última década, foi provocado e decidiu questões seminais no processo interpretativo da Constituição de 1988 que impactaram diretamente na *identidade constitucional* brasileira e no perfil do *projeto constituinte*⁴: a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias⁵, a infidelidade partidária como causa de perda do mandato eletivo⁶, o reconhecimento da união estável para parceiros homoafetivos⁷, a inconstitucionalidade da aplicação da chamada “Lei do Ficha Limpa” às eleições de 2010⁸, a desnecessidade do diploma de jornalista para o exercício da profissão⁹, a impossibilidade de prisão do depositário infiel¹⁰, a inconstitucionalidade da proibição de progressão de regimes nos crimes hediondos¹¹, a aplicação de penas alternativas ao condenado por crimes de tráfico ilícito de entorpecentes¹², a possibilidade da antecipação do parto por anencefalia fetal¹³, a constitucionalidade das ações afirmativas de quotas raciais em universidades¹⁴, entre outras.

⁴ As noções de *identidade constitucional* e de Constituição como um projeto, noções diretamente ligadas a de *patriotismo constitucional*, serão retomadas devidamente ao longo do texto. Neste momento, cf. ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na Teoria Discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília/DF, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 10 jan. 2010.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança 26.602-3/DF. Impetrante: Partido Popular Socialista – PPS. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator Ministro Eros Grau. Brasília/DF, 4 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em 10 jan. 2010.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília/DF, 4 de maio de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em 12 set. 2011.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 633.703. Recorrente: Leonídio Henrique Correa Rebouças. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF, 24 de março de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4003780>>. Acesso em 26 mar. 2011.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 511.961/SP. Recorrente: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo – SETERSP e Ministério Público Federal. Recorrida: União e Outros. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de junho de 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em 12 set. 2009.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 466.343/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator Ministro César Peluso. Brasília/DF, 3 de dezembro de 2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em 10 jan. 2010.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 82.959/SP. Paciente: Oseas de Campos. Coatores: Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília/DF, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em 12 set. 2011.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 97.256/RS. Paciente: Alexandre Mariano da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília/DF, 1º de setembro de 2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em 10 out. 2010.

Não se pode desconsiderar o relevante papel protagonista que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil procurou assumir em termos de afloramento da questão da correta interpretação da Lei de Anistia perante o Judiciário brasileiro. Entretanto, e sem, pelo menos no momento, adentrar na questão da legitimidade do exercício da jurisdição constitucional, certo é que o manejo da arguição de descumprimento de preceito fundamental como ação apta a possibilitar a discussão da recepção pela ordem constitucional de 1988 da Lei nº 6.683/1979, no que se refere aos nominados “crimes conexos”, é criticável tanto do ponto de vista normativo quanto do ponto de vista empírico. Note-se que se pretende, ao longo do trabalho, adotar uma perspectiva dita reconstrutiva, ciente, a todo o tempo, tanto de um ponto de vista normativo quanto de um ponto de vista empírico. Esta seria a assunção de uma posição tipicamente habermasiana¹⁵:

[...] uma teoria reconstrutiva poderá, procedida com o auxílio da contrafactualidade, reduzir as diferenças deixadas em aberto pela investigação empírica, e fornecer uma visão coerente e sistemática de uma sociedade democrática na qual o direito e suas sanções são de fato auto-impositivos. [...] o uso da contrafactualidade presta-se a demarcar uma separação entre a visão reconstruída e as práticas anteriores. [...] a teoria reconstrutiva pode tanto operar enquanto teoria crítica quanto como um médio a se alcançar um “equilíbrio reflexivo”, equivalendo a uma reivindicação sistemática e sopesada do *status quo*.¹⁶

Do ponto de vista normativo, é preciso reconhecer que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é parte de um modelo jurisdicional concentrado de controle de constitucionalidade que, no caso brasileiro, conta com o agravante de ser dotado de *efeito vinculante*, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/1999. Verifica-se, pois, que uma decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal neste tipo de ação tem o condão de travar o debate que poderia vir a ocorrer no controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos, vinculando todos os órgãos do Poder Judiciário assim como da Administração Pública Direta e Indireta (pense-se nos nefastos efeitos que poderiam ser atribuídos a processos administrativos que tramitam perante a Comissão de Anistia do Ministério de Justiça, talvez um dos poucos elementos de justiça de transição que têm funcionado no

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Intimado: Presidente da República. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 11 e 12 de abril de 2012. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 24 mai. 2012.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 186/DF. Arguente: Democratas – DEM. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 24 mai. 2012.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Quê significa pragmática universal?*, p. 315.

¹⁶ ROSENFELD, Michel. *O direito enquanto discurso*, p. 11-12, destaques do original.

Brasil¹⁷ – imagine-se o não reconhecimento da responsabilidade administrativa do Estado caso ela seja ligada à responsabilidade penal dos agentes públicos perpetradores de violências no período ditatorial). Tal associação foi feita pela Justiça Federal brasileira. Logo após a decisão do Supremo Tribunal Federal, no dia 10 de maio de 2010, foi julgado improcedente o pedido na Ação Civil Pública nº 2008.61.00.011414-5 proposta pelo Ministério Público Federal contra os militares reformados Carlos Alberto Brilhante Ustra e Audir Santos Maciel visando responsabilizar o Exército brasileiro pelo fornecimento de todas as informações relativas às atividades desenvolvidas pelo DOI/CODI do II Exército, bem como a responsabilidade pessoal dos réus pelo prejuízo financeiro sofrido pela União Federal com o pagamento das reparações pecuniárias decorrentes da Lei nº 9.140/1995:

De acordo com a interpretação adotada no julgamento da assaz citada ADPF nº 153, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos dias 28 e 29 de abril de 2010, decidiu por maioria, **com eficácia vinculante para todos**, que a anistia concedida por meio destes dispositivos é ampla, geral e irrestrita, produzindo o efeito jurídico de apagar todas as consequências (cíveis e criminais) dos atos anistiados¹⁸.

Todas as críticas que possam ser dirigidas, pois, a um modelo de controle concentrado de constitucionalidade que se realiza à distância dos casos concretos e independentemente da argumentação que possa ser produzida neste contexto são aqui aplicáveis¹⁹. E esta questão tem todo o relevo no contexto da discussão sobre a prescrição ou não de crimes ocorridos no período ditatorial, algo que só poderia ser verificado diante de cada processo penal individual – fator reconhecido pelos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal, à exceção do Ministro Marco Aurélio, como se verá.

Deste modo, a opção pela via concentrada da arguição de descumprimento de preceito fundamental deveria levar em conta a falibilidade da própria pretensão deduzida e o risco se travar o debate nas instâncias inferiores. De fato, se estava presente a denominada *controvérsia constitucional* que permitiria o ajuizamento da arguição de descumprimento de

¹⁷ Uma perspectiva a respeito do trabalho frutífero da Comissão de Anistia pode ser vista em SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Dever da memória e a construção da história viva: a atuação da Comissão de Anistia do Brasil na concretização do direito à memória e à verdade. SANTOS, Boaventura de Souza. ABRÃO, Paulo. SANTOS, Cecília McDowell. TORELLY, Marcelo D. *Repressão e memória política no contexto ibero-brasileiro*: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010, p. 86/101.

¹⁸ BRASIL. 8ª Vara da Justiça Federal em São Paulo. Autor: Ministério Público Federal. Réus: União, Carlos Alberto Brilhante Ustra e Audir Santos Maciel. Juiz Federal Clécio Brasch. São Paulo, 5 de maio de 2010. Disponível em <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 10 out. 2010, p. 806, destaques do original.

¹⁹ Neste sentido, cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; assim como o modelo de legitimidade da jurisdição proposto em GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. *European Journal of Philosophy*, vol. 3, nº 1, abr. 1995, p. 36-54.

preceito fundamental, por outro lado, não havia qualquer *controvérsia judicial*, vez que, quando da propositura, começava-se a levantar o debate sobre a provocação da jurisdição ordinária com algumas iniciativas por parte do Ministério Público Federal, como ainda teremos a ocasião de verificar.

Ainda assim, é preciso reconhecer que a ADPF n° 153/DF atendia aos pressupostos legais para o seu cabimento, mesmo que de uma perspectiva apenas formal. Na forma como procurou a doutrina brasileira classificar a argüição de descumprimento de preceito fundamental, o modelo escolhido pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil refletia o que se definiu por argüição *incidental*²⁰. Demonstrou-se estar atendido o pressuposto de ajuizamento deste tipo de argüição de preceito fundamental consistente na existência de uma *controvérsia constitucional*, ainda que não fosse a mesma de caráter judicial – já que qualquer controvérsia deste segundo tipo estaria impedida pela própria interpretação predominante sobre o caráter da anistia de 1979. Verifique-se, por exemplo, que o Ministério da Defesa e a Secretaria Especial de Direitos Humanos, ambos órgãos do Executivo federal brasileiro, tinham posição completamente antagônica sobre o cabimento e o mérito da ADPF n° 153/DF, o que se pode verificar por suas próprias manifestações. Segundo o Ministério da Defesa, a Lei de Anistia orientar-se-ia por princípios de reconciliação e pacificação nacional, correspondendo aos anseios da sociedade brasileira²¹. Para a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, dever-se-ia observar que:

[...] se houve interpretação de que a anistia abrangia também os crimes dos agentes da ditadura, certamente esta interpretação contrariaria os ditames constitucionais vigentes, e tampouco resultou de consenso da sociedade, representada artificialmente no Parlamento pelo sistema de bipartidarismo forçado, e que não tinha ainda pleno conhecimento das práticas reiteradas de tortura, de homicídio e de outras graves violações de direitos humanos praticadas pelos agentes do regime de exceção²².

²⁰ “*Tal como a Lei n. 9.868/99, na parte que disciplina os pressupostos da ação declaratória de constitucionalidade (arts. 13 a 20), a Lei n. 9.882/99, pressupõe, basicamente, a existência de controvérsia judicial ou jurídica relativa à constitucionalidade da lei ou à legitimidade do ato para a instauração da argüição de inconstitucionalidade. [...] Assim, tal como na ação declaratória, também na argüição de descumprimento de preceito fundamental a exigência de demonstração de controvérsia judicial há de ser entendida como atinente à existência de controvérsia jurídica relevante, capaz de afetar a presunção de legitimidade da lei ou da interpretação judicial adotada e, por conseguinte, a eficácia da decisão legislativa*” (MENDES. COÊLHO. BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 1.096-1.097).

²¹ BRASIL. Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa. Advocacia-Geral da União. Memorando n° 708/CONJUR-MD. Brasília/DF, 11 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 15-16.

²² BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos.. Presidência da República. Ofício n° 188/2008 – AS/SDH/PR. Brasília/DF, 13 de novembro de 2008. Nota técnica. Disponível em:

Desse modo, havia um dissenso dentro da própria estrutura administrativa do Poder Executivo da União, dissenso este apto a ensejar o cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

De um ponto de vista empírico-analítico, muito ainda haveria de ser feito em termos de controle difuso da constitucionalidade das leis. Isto porque durante todo o período de 1979 a 2010 foram poucas as ações ajuizadas pelo Ministério Público brasileiro que procuraram atribuir responsabilidade de caráter criminal pelos fatos ocorridos entre 1964 e 1985. Mais recentemente, essa postura tendeu a se alterar. Ainda que se diga que o obstáculo era justamente a Lei de Anistia, o mesmo argumento que possibilitou levantar a questão perante o Supremo Tribunal Federal poderia ser usado em termos de jurisdição constitucional difusa. Basta pensar que a técnica de *interpretação conforme a Constituição* é também adotada por órgãos judiciais de primeira e segunda instância e poderia ser utilizada para “conformar” a mencionada lei à ordem constitucional 1988²³. Além disto, o envolvimento com a questão veio principalmente da parte do Ministério Público Federal; poucas medidas foram tomadas no âmbito do Ministério Público dos Estados.

Colocar mais este fardo nos ombros do Supremo Tribunal Federal não parecia ser o caminho correto. Ainda que, como mencionado, fosse cabível a argüição de descumprimento de preceito fundamental, ela não seria o remédio mais adequado. Mesmo que fossem reforçadas as formas de democratização do controle concentrado via ADPF – o que, de certo modo, ocorreu com a admissão de diversos *amici curiae*²⁴ (não obstante os Ministros do STF tenham desconsiderado boa parte de seus argumentos, como ainda se verá) – tal democratização não se concretizou efetivamente com a negativa de realização de audiência pública. O pedido de realização de audiência pública foi feito pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 17 de fevereiro de 2010. O Ministro Eros Grau manifestou-se sobre o mesmo em 09 de abril de 2010, três dias após determinar a inclusão em pauta do processo, em 06 de abril de 2010. Alegou o Ministro Relator:

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 5-6.

²³ Para os limites e possibilidades da técnica de *interpretação conforme a Constituição*, cf. MEYER, Emilio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008, p. 41 e ss, e STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 659 e ss.

²⁴ Foram admitidos como *amicus curiae* a Associação Juízes para a Democracia, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL, a Associação Brasileira de Anistiados Políticos – ABAP e a Associação Democrática e Nacionalista de Militares.

O arguente, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, requer, em petição encaminhada a este Tribunal por meio eletrônico, a realização de audiência pública.

2. Diz que a relevância da matéria de que tratam estes autos demandaria o debate e a oitiva de “especialistas de renome internacional”. A ação foi proposta em outubro de 2008. Apenas agora alega essa circunstância.

3. Os argumentos aportados aos autos pelo arguente não demonstram suficientemente a necessidade de realização da audiência pública ora requerida, que se prestaria unicamente a retardar o exame da questão arguida. Nada mais²⁵.

A via, ainda que mais lenta, do controle difuso poderia estimular o dissenso e possibilitar decisões judiciais que pudessem reconhecer a não recepção pela ordem constitucional de 1988 da Lei de Anistia. Além disto, poder-se-ia evitar o agora possível cabimento de uma reclamação (art. 102, inc. I, *l*, da Constituição de 1988) fundada no efeito vinculante da decisão na ADPF n° 153/DF que poderia fulminar qualquer processo em curso, mesmo que fundado na posterior decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Gomes Lund*²⁶.

A premissa de que o Supremo Tribunal Federal poderia ser “a” instituição apta a solver a problemática está em passagens da inicial da ADPF n° 153/DF:

É a forma de ressaltar, mais uma vez, o caráter objetivo da atuação desta Corte, no exercício da função precípua de guardião da Constituição e, em decorrência, guardião dos princípios ético-jurídicos que devem nortear a sociedade brasileira²⁷.

Não foram poucas as vezes em que já se criticou essa postura eticizante da jurisdição constitucional brasileira, principalmente por parte do Supremo Tribunal Federal que, à semelhança da Corte Constitucional Alemã, tende a aproximar princípios a valores e a utilizar o princípio da proporcionalidade como critério de racionalidade das decisões

²⁵ A decisão demonstra uma certa despreocupação do Tribunal com a pluralização do debate na ADPF n° 153/DF.

²⁶ Foi a posição previamente anunciada pelo Ministro César Peluso quando do exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal: “*O Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por não ter punido responsáveis por mortes na Guerrilha do Araguaia. Para o STF, os crimes estão anistiados. Como o sr. avalia isso?*”

Há algumas coisas que são indiscutíveis. Primeiro: a Corte Interamericana não é instância revisora do STF. Eles não têm competência nem função de rever as decisões do STF. Nossa decisão no plano interno continua tão válida quanto antes. Morreu o assunto.

Como compatibilizar as decisões?

Se o presidente da República resolver indenizar as famílias (de mortos durante a Guerrilha do Araguaia), não há problema. Mas se abrirem um processo contra qualquer um que o STF considerou anistiado, o tribunal mata o processo na hora” (RECONDO, Felipe. GALLUCCI, Mariângela. César Peluso, p. 1).

²⁷ CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Petição inicial. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 153. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>.

Acesso em 12 mar. 2011, p. 7.

judiciais²⁸. Fato é que o problema ainda persiste: atribuir ao STF a definição, de uma só vez, do significado da Lei de Anistia é pressupor o mesmo consenso que não existiu em 1979. Mais grave se torna este fato com a associação a ele efeitos *erga omnes* e vinculante. O prejuízo para os direitos fundamentais das minorias políticas vítimas da ditadura é de difícil recuperação, sem mencionar outros efeitos danosos para o processo de *justiça transicional*.

Não houve grandes empecilhos para que o Supremo Tribunal Federal pudesse decidir, por maioria, sobre a preliminar de cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental no presente caso. O não cabimento da ação fora suscitado pela Advocacia-Geral da União²⁹, que salientou que o arguente não teria demonstrado a existência de controvérsia *judicial* ou *jurídica*; além disto, deveria ter ocorrido a completa impugnação de todo o complexo normativo da lei, o que não ocorreu. Para o Ministério da Defesa, não houve prova da violação de preceito fundamental, como também estaria ausente a controvérsia constitucional; além disto, não haveria interesse processual na medida em que a aplicação da lei penal estaria sujeita à prescrição³⁰. O voto sobre a preliminar do Ministro Eros Grau começou por destacar que não seria exatamente a hipótese de argüição incidental, já que não haveria qualquer outro processo judicial em jogo, e sim de argüição autônoma, tendo esta como pressuposto controvérsia jurídica já instalada acerca da extensão da anistia de 1979³¹. Ele fez referência à decisão na Extradicação n° 974, em que o próprio STF suscitou a questão³²; além disto, refutou o argumento do Senado Federal no sentido de que não foram

²⁸ “A segunda postura [de uma jurisprudência de valores] bebe em autores alemães balizados, como Robert Alexy e outros, uma compreensão “materializante” ou “axiologizante” da Constituição e do Direito, colonizando-o politicamente, ao utilizar-se de um instrumental teórico extremamente sofisticado para lança a Constituição contra si mesma, pervertendo-lhe o sentido normativo que lhe é próprio, assim favorecendo a interesses políticos que se chocam com o projeto constitucional democrático de 1988, na medida em que contribuem para perpetuar práticas e tradições autoritárias incompatíveis com o Estado Democrático de Direito” (CATTONI DE OLIVEIRA. *Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil*, p. 362).

²⁹ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Ofício n° 012/2009/GAB/AGU. Nota AGU/SGCT/N° 01-DCC/2009. Brasília/DF, 2 de fevereiro de 2009. <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 8.

³⁰ BRASIL. Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa. Advocacia-Geral da União. Memorando n° 708/CONJUR-MD. Brasília/DF, 11 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 4-8.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de descumprimento de preceito fundamental n° 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 13.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n° 974. Requerente: Governo da República Argentina. Extraditado: Manoel Cordeiro Piacentini. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão Ministro

devidamente identificadas as autoridades e órgãos responsáveis pelos atos impugnados, já que seriam genéricos os efeitos da decisão na ADPF. Por fim, no que respeita à prescrição, destacou que seria preciso superar a questão acerca da extensão da anistia para, só aí, oportunizar-se a discussão sobre esta causa de extinção da punibilidade.

A Ministra Cármen Lúcia votou no mesmo sentido, assim como os Ministros Ayres Britto e Ellen Gracie. Não destoou o voto do Ministro Marco Aurélio, a não ser no que tange à utilidade e à necessidade da ADPF:

Presidente, por que digo, no caso, não haver utilidade e necessidade a cercar e a respaldar, melhor dizendo, o ajuizamento da ação? Porque a lei que se diz a desrespeitar preceitos fundamentais, data de 1979. É anterior à Carta Federal. E a disciplinadora, tornando eficaz a previsão constitucional quanto a essa ação, é de 1999. Só aqui ocorreu a passagem de vinte anos, mas, se considerarmos a Lei 6.683/1979 e o momento vivenciado – em termos de época, de data – veremos que o período ultrapassado é muito maior. É superior, quer ao prazo prescricional para a persecução criminal, quer aos prazos alusivos a possíveis indenizações, sem levar em conta o Código Civil em vigor, a cogitar de um prazo máximo de dez anos para as ações³³.

Verifica-se, pois, que, em sua lógica argumentativa, não haveria fundamento legal nem para as reparações de caráter civil – o que levaria à sucumbência de boa parte das medidas de *justiça transicional*. Votou o Ministro Marco Aurélio pelo não conhecimento da ADPF, seguindo uma ordem de considerações pragmáticas às quais procurou cercar da garantia da segurança jurídica. Não interessaria, pois, o que viesse a se discutir em cada caso concreto, mas apenas a suposição de que a prescrição incidiria sem qualquer ressalva.

Qualificando também a ADPF nº 153/DF como autônoma, manifestou-se o Ministro Celso de Mello pelo seu conhecimento. Do mesmo modo, o Ministro Cezar Peluso.

Finalmente, o voto do Ministro Gilmar Mendes destacou que, em termos de arguição de descumprimento de preceito fundamental, o que prepondera, para além da comprovação da existência de controvérsia judicial ou da definição da arguição como autônoma ou incidental, é a necessidade de se evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, assim como demonstrar a relevância do fundamento da *controvérsia constitucional* sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição. Não haveria fundamento, também, para a alegação da Advocacia-Geral da União no sentido de que

Ricardo Lewandowski. Brasília/DF, 6 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606492>>. Acesso em 12 mar. 2011.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 55.

a Lei de Anistia teria exaurido seus efeitos em 1979 (sendo, pois, temporária): é que, ainda hoje, ela é óbice para a persecução penal das condutas supostamente abrangidas. De mais a mais, a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode ter por objeto direito revogado ou que tenha sua eficácia exaurida no tempo, desde que ainda haja interesse jurídico no pronunciamento judicial³⁴. Destaque-se, também, o reiterado argumento no sentido de que o processo de controle concentrado caracterizar-se-ia como *processo objetivo*, voltado para o interesse público na solução da controvérsia constitucional, o que deslocaria o argumento da suposta prescrição *in concreto* das pretensões penais e civis.

Vê-se que, à exceção do Ministro Marco Aurélio, todos os demais Ministros rejeitaram as preliminares e avocaram para o Supremo Tribunal Federal a tarefa de definir, de uma só vez, a validade da Lei nº 6.683/1979 no contexto da Constituição de 1988.

No que tange ao mérito, o dispositivo atacado (art. 1º, § 1º, da Lei 6.683/1979) considera conexos aos crimes políticos crimes de qualquer natureza, relacionados com os primeiros ou praticados por motivação política. Assim, não haveria responsabilização individual ou coletiva para os agentes públicos que praticaram uma série de crimes contra aqueles que se opuseram politicamente ao regime. Fato é que, como demonstra a inicial da referida ADPF nº 153/DF, há posições antagônicas sobre a questão. Para alguns, trata-se de levar ao debate público a possibilidade de responsabilização já que não se está falando de crimes políticos, mas crimes contra a humanidade, portanto, imprescritíveis³⁵.

Para outros, a anistia estabeleceu um esquecimento, um perdão para ambos os lados³⁶. Mais do que isso, a lei penal rege-se pelos princípios da anterioridade e da reserva legal, não havendo, inclusive, lei que tipificasse a tortura na época em que foram praticados os crimes e, ainda que houvesse, tais crimes já prescreveram. Ao cabo, nossa Constituição não considera tais crimes como imprescritíveis (ainda que a petição inicial da ADPF não se referisse ao crime de tortura).

Considerou o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que a interpretação segundo a qual os crimes de *homicídio, desaparecimento forçado e abusos*

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 228.

³⁵ É a posição do juiz espanhol Baltasar Garzón (AGÊNCIA EFE. *Juiz espanhol Baltasar Garzón*, p. 1).

³⁶ É, por exemplo, a posição do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Mário da Silva Veloso (JUNGLUT. GALHARDO. '*Lei de Anistia deu perdão para os dois lados*', p. 1).

sexuais praticados por agentes públicos teriam sido anistiados viola uma série de preceitos fundamentais da Constituição. Antes mesmo disso, as próprias normas penais infraconstitucionais restariam afetadas: não há qualquer elemento que possa identificar os atos praticados por opositores do regime com os crimes praticados pelos agentes públicos da ditadura, não havendo que se falar em conexão nem da perspectiva do Direito Penal e nem da perspectiva do Direito Processual Penal. Os agentes públicos não cometeram crimes políticos, mas sim crimes comuns.

O primeiro preceito fundamental que, segundo o Conselho Federal da OAB, resta violado pelo dispositivo impugnado é o do art. 5º, *caput*, no que se refere à “isonomia em matéria de segurança”. Como a anistia se refere a crimes objetivamente definidos em lei (diferentemente do caráter subjetivo da graça e do indulto) e a Lei nº 6.683/1979 menciona “*crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos*” ou “*praticados por motivação política*”, não houve qualquer precisão técnica por parte do legislador que pudesse fazer valer o princípio de que não há crime sem *lei* anterior que o defina. Atribui-se, com isto, a tarefa de dizer quem foram os beneficiados pela anistia e em quais crimes ao Poder Judiciário, perpetuando a imunidade penal já vigente durante o regime de exceção. Além do mais, a Lei nº 6.683/1979 excetua da anistia os condenados pela prática de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal; há que se perquirir se também não fora institucionalizado um punível terrorismo de Estado. E se isto se aplica, nesse caso, apenas aos opositores políticos, novamente fica evidente a agressão ao princípio da isonomia em matéria de segurança pública.

O segundo preceito fundamental seria o constante do art. 5º, inc. XXXIII, da Constituição da República, que consubstancia o direito à informação. O poder público estaria, mediante a lei impugnada, a ocultar do povo o acesso à informação sobre quem foram os responsáveis pela prática dos crimes contra os governados.

Também teriam sido lesados os preceitos fundamentais do princípio democrático e do princípio republicano, inscritos no art. 1º da Constituição da República. Em um momento político em que o Congresso Nacional era composto inclusive por Senadores “biônicos” e em que a Presidência da República era exercida por um militar escolhido por seus “companheiros de farda”, a Lei nº 6.683/1979 anistiou agentes públicos do próprio governo, em uma flagrante “legislação em causa própria”, algo inaceitável no pós-1988.

Por fim, argumentou-se na inicial da ADPF nº 153/DF a fragilidade do suposto acordo feito em torno da referida lei, de forma a possibilitar a transição do regime autocrático

para o regime democrático, e, mesmo que se admita sua força, ela é lesiva ao princípio da dignidade da pessoa humana inscrito no art. 1º, inc. III, da Constituição, que, na lição kantiana, veda que o ser humano possa ser utilizado como meio, sendo sempre considerado um fim em si mesmo. Além disto, os atos de reparação pecuniária que ocorreram após 1988, sobretudo com referência aos arts. 8º e 9º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e às Leis Federais nº 9.140/1995 e 10.559/2002, não são hábeis a legitimar violações do referido princípio.

Retomaremos o tema da lesão a preceitos fundamentais e o próprio mérito da ADPF nº 153/DF na medida em que analisarmos os votos de cada um dos Ministros sobre o mérito. No momento, passemos à verificação da adequação da arguição de descumprimento de preceito fundamental para a solução da inconstitucionalidade de norma anterior à Constituição e a questão da prescrição penal.

1.2 – Prescrição penal e adequação da arguição de descumprimento de preceito fundamental

O argumento de que a provocação da jurisdição ordinária no exercício de controle jurisdicional difuso de constitucionalidade poderia evitar o fechamento abrupto do debate não é excluído pelo fato de que a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode ter como objeto leis anteriores à Constituição (art. 1º, § 1º, inc. I, da Lei nº 9.882/1999). Isto porque, se no controle concentrado de constitucionalidade a hipótese não era admitida, o controle difuso de constitucionalidade sempre foi visto como a via adequada para a solução do problema da *recepção* ou não de textos anteriores à Constituição³⁷. Destaque-se, que, de

³⁷ “*Tais características estão a mostrar que não é ela [a ação direta de inconstitucionalidade ou a antiga representação de inconstitucionalidade] uma simples ação declaratória de nulidade, como qualquer outra, mas, ao contrário, um instrumento especialíssimo de defesa da ordem jurídica vigente estruturada com base no respeito aos princípios constitucionais vigentes. Não se destina à tutela de Constituições já revogadas, até porque a observância delas pelas leis ordinárias elaboradas sob seu império é questão que interessa exclusivamente à disciplina das relações jurídicas concretas [...]. Para a defesa de relações jurídicas concretas em face de leis ordinárias em conformidade com as Constituições vigentes na época em que aquelas entraram em vigor, há a declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação de inconstitucionalidade nº 1.016-3. Representante: Procurador-Geral da República. Relator Ministro Moreira Alves. Representados: Assembleia Legislativa e Governador do Estado de São Paulo. Brasília/DF, 20 de setembro de 1979. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263791>>. Acesso em 13 set. 2011, p. 59-60, destaques do original). Diante da Constituição de 1988, já na ADI nº 2, o STF assim se manifestou, mantendo a tese: “*1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desprezita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema,**

início, o Supremo Tribunal Federal marcava sua incompetência para reconhecer a não recepção da norma anterior contrária à Constituição vigente; entretanto, como questão preliminar reconhecia a não recepção. Posteriormente, a partir da Representação de Inconstitucionalidade 946³⁸, esta posição foi substituída pela de que a solução do problema de direito intertemporal caberia ao controle difuso (mesmo que fosse o próprio STF que o exercesse via recurso extraordinário).

A grande mudança viria apenas com a publicação da Lei nº 9.882/1999. A partir dela, por expressa disposição legal, o controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal passou a abranger também o direito anterior à Constituição. O próprio STF reconheceu que tal instrumento surgiu como forma de completar o tipo de controle de constitucionalidade exercido por aquele órgão³⁹.

O voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 33/PA acusa que a análise de leis pré-constitucionais em sistemas de controle concentrado se faz presente na Alemanha (onde a Corte Constitucional Alemã admite no controle “concreto” apenas a verificação do direito pós-constitucional), na Itália, em Portugal (onde a Constituição, em seu art. 282, § 2º, admite expressamente o fenômeno da *inconstitucionalidade superveniente*) e na Espanha. Forte na doutrina de Ipsen, Mendes destacou que os tradicionais critérios para a solução de conflitos normativos deveriam, em nome da supremacia constitucional, fazer prevalecer o resultado de que o postulado *lex superior* coloca de lado outras regras de colisão, como o critério da especialidade ou o critério da posteridade. Além disto, a partir das próprias hipóteses de cabimento do recurso extraordinário seria possível concluir que a incompatibilidade entre a lei infraconstitucional e a Constituição não é mera questão de direito intertemporal, mas de verdadeiro juízo de constitucionalidade. Se estes argumentos apontam para uma eventual necessidade de revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal

não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2/DF. Requerente: Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – FENEN. Requerido: Presidente da República. Relator Ministro Paulo Brossard. Brasília/DF, 06 de fevereiro de 1992. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>>. Acesso em 13 set. 2011).

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação de inconstitucionalidade nº 946/DF. Representantes: Procurador-Geral da República, Federação do Comércio do Estado de São Paulo e Federação Nacional dos Bancos. Representado: Tribunal Superior do Trabalho. Relator Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília/DF, 12 de maio de 1977. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263721>>. Acesso em 13 set. 2011.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 33-5/PA. Arguente: Governador do Estado do Pará. Arguido: Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará – IDESP. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 7 de dezembro de 2005. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>>. Acesso em 13 set. 2011, p. 8.

Federal sobre a matéria (o que, de resto, abriria ainda mais a jurisdição constitucional exercida por ele), o advento da Lei nº 9.882/1999 possibilitou verdadeiro controle por este órgão também do direito anterior à Constituição.

Note-se que o Supremo Tribunal Federal não tem sido tímido em se posicionar acerca do direito anterior ante a Constituição de 1988. Pense-se, por exemplo, no caso da ADPF 130/DF⁴⁰. Apesar do pedido alternativo do arguente no sentido da declaração de inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei 5.250/1967 – antiga “Lei de Imprensa” – (art. 1º, § 2º, art. 2º, § 2º, arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 20, 21, 22, 23, 51 e 52, art. 56, parte final, art. 57, §§ 3º e 6º, art. 60, §§ 1º e 2º, e arts. 61, 62, 63, 64 e 65) e de reconhecimento de *interpretação conforme a Constituição* a outros, o Tribunal julgou procedente o pedido principal para declarar a inconstitucionalidade da íntegra da referida lei. Ao deliberar, contudo, a respeito do cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental neste caso, o STF deixou marcadas algumas premissas. O voto do Ministro Marco Aurélio, o primeiro a levantar a preliminar, afirmou que “*Não é o fato de ter-se, no cenário jurídico, diploma editado em pleno regime de exceção que firmará a premissa do conflito com a Constituição Federal*”. Ressaltou ele que nos vinte anos de vigência concomitante da lei com a Constituição, não houve manifestação do Congresso Nacional tendente a revogá-la. Uma declaração de inconstitucionalidade em sede cautelar com suspensão de todos os processos em curso que discutissem a questão (nos termos do art. 5º, § 3º, da Lei 9.882/1999) redundaria em uma quase avocatória por parte do STF e em uma desconsideração dos direitos subjetivos envolvidos em processos judiciais em andamento. O Ministro Marco Aurélio chega, inclusive, a mencionar a jurisprudência já consolidada para a ação direta de inconstitucionalidade, não permitindo que a ADPF se torne um substituto daquela.

Lembrado pelo Ministro Gilmar Mendes dos precedentes da ADPF nº 33/PA e da ADPF nº 54/DF⁴¹ (em que se discutia o conjunto normativo do aborto estabelecido no

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130/DF. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Carlos Britto. Brasília, 27 de fevereiro de 2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608505>>. Acesso em 12 set. 2011.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 27 de abril de 2005. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+54>>.

Código Penal e sua aplicação à antecipação do parto por anencefalia fetal) o Ministro Marco Aurélio ressaltou que, em relação a esta última argüição, não haveria outro remédio eficaz, já que muitos dos *habeas corpus* que desaguavam no STF discutindo a questão o faziam muito depois do término da gestação. Novamente, contudo, o Ministro Gilmar Mendes fez referência a outra ADPF em que se discutia direito pré-constitucional, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46/DF⁴² e em que se reconheceu o pleno cabimento. Na mesma linha, destacou o Ministro Celso de Mello que eventual não aceitação da argüição de descumprimento de preceito fundamental poderia frustrar remédio de índole objetiva desenhado especificamente para a proteção “[...] de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos [...]”⁴³. Ao cabo, os demais Ministros seguiram a proposta de admissão da ADPF, bem como aderiram ao voto do Ministro Relator para, apenas em sede de cautelar, suspender a eficácia de dispositivos específicos da lei (e não de sua inteireza, como aconteceu no julgamento final), ainda que não suspendendo os processos em curso que versassem sobre a antiga Lei de Imprensa.

O Ministro Relator Ayres Britto destacou, em oposição à já adiantada concepção do Ministro Marco Aurélio, que um dos elementos a serem levados em consideração no julgamento era justamente o fato da lei ter sido promulgada e publicada em regime de exceção ou “anos de chumbo”, um regime inconciliável com a democracia estabelecida pela Constituição de 1988. A impossibilidade de conciliação contaminaria toda a Lei de Imprensa, especificamente se observado que para cada liberdade criada, um sem número de exceções a acompanhavam e por perfilhar determinado projeto de poder oposto a qualquer pensamento crítico. A lei seria um todo “*pro-indiviso*” que encerraria um modelo autoritário de imprensa, um veículo de concreção do regime de exceção. Deste modo, qualquer tipo de adequação hermenêutica entre referida lei e o Texto Constitucional de 1988

[%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+54%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>](#). Acesso em 12 jul. 2011. O julgamento final deu-se em 11 e 12 de abril de 2012.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de descumprimento de preceito fundamental nº 46/DF. Arguente: ABRAED – Associação Brasileira de Empresas de Distribuição. Relator para o acórdão Ministro Eros Grau. Brasília, 05 de agosto de 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>>. Acesso em 3 jan. 2011. Nesta argüição, o STF reconheceu o privilégio da União para a prestação do serviço público postal.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na argüição de descumprimento de preceito fundamental nº 130/DF. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Carlos Britto. Brasília, 27 de fevereiro de 2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608505>>. Acesso em 12 set. 2011, p. 286. O embate ocorre dentro do paradigma que destaca o exercício do controle concentrado de constitucionalidade pelo STF como parte de um “processo objetivo”, ou seja, supostamente voltado ao “interesse público” na questão da inconstitucionalidade e livre de “interesses subjetivos”. A propósito, cf. MENDES. *Jurisdição constitucional*, p. 218.

seria impossível, mesmo que se socorresse à técnica de *interpretação conforme a Constituição*⁴⁴.

O Ministro Marco Aurélio, após fazer remissão a artigo de René Ariel Dotti de defesa da regulamentação estabelecida pela Lei de Imprensa, salientou que “[...] há a *síndrome da ditadura militar*”⁴⁵. Lembrou ele que o Código Penal foi decretado durante o Estado Novo e que foi reformado “[...] durante o regime que alguns apontam como regime de chumbo, como regime de exceção [...]”. Estes fatos, somados a uma ampla liberdade de imprensa no Brasil atual, segundo o Ministro, excluiriam a necessidade de declaração de inconstitucionalidade. Não haveria, pois, preceito fundamental violado pela lei editada em regime de exceção, não em regime de chumbo, como preferiu o Ministro Marco Aurélio.

Apesar de reveladoras das posições de alguns dos Ministros a respeito da ditadura de 1964-1985, em termos do papel da arguição de descumprimento de preceito fundamental no controle jurisdicional de constitucionalidade em relação ao direito intertemporal há passagens mais esclarecedoras. Elas ficam mais evidentes no voto do Ministro Ayres Britto: ele afirmou que haveria uma discrepância “material” evidente entre os diplomas normativos de 1967 e 1988 – para além da diferença de hierarquia – e que ela seria tão grande que impediria tanto a manutenção de certos dispositivos da lei (e foi neste sentido que votou o Ministro Gilmar Mendes, ou seja, pela manutenção dos arts. 39 a 36) quanto pela utilização da técnica de *interpretação conforme*, como já mencionado. Isto porque tal técnica teria limites: a recusa de sentido de uma dada interpretação da lei perante a Constituição só seria possível se esta operação não acarretasse a “[...] indeterminabilidade *de sentido da parte remanescente da lei em causa*”, assim como se não se “forçasse” uma determinada interpretação que importasse em “reescritura” de toda a obra legislativa. Se acaso o intérprete impusesse esse trabalho forçado, cairiam por terra os “métodos” interpretativos teleológico (porque a própria finalidade visada pelo legislador de 1967 seria alterada) e sistemático (porque não haveria coerência interna a ser preservada de uma lei feita para operar “em

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130/DF. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Carlos Britto. Brasília, 30 de abril de 2009. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411> >. Acesso em 12 set. 2011, p. 74. Não discordando do resultado a que chega o Ministro Relator Ayres Britto em relação ao julgamento da ADPF nº 130/DF, é preciso reconhecer que esta sua afirmativa está em pleno desacordo com o caráter atual da interpretação.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130/DF. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Carlos Britto. Brasília, 30 de abril de 2009. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411> >. Acesso em 12 set. 2011, p. 138.

bloco”). Subsidiando suas posições, invocou as lições de Jorge Miranda, Gomes Canotilho e Rui Medeiros.

Ora, por critérios de coerência, costuma-se invocar a distinção – ou a necessidade dela – entre as técnicas de *interpretação conforme a Constituição* e *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*. A utilização da primeira técnica no presente caso importaria em que o STF reconhecesse à lei de imprensa uma hipótese normativa de constitucionalidade e não o contrário, como pretendeu o voto do Ministro Ayres Britto. Essa necessidade de diferenciação é tratada pelo Ministro Gilmar Mendes em nível doutrinário, mas ignorada pelos demais Ministros do STF em diversos julgados⁴⁶:

A equiparação pura e simples da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto à interpretação conforme à Constituição prepara dificuldades significativas. [...]

A primeira delas diz respeito à conversão de uma modalidade de interpretação sistemática, utilizada por todos os tribunais e juízes, em técnica de declaração de inconstitucionalidade. Isso já exigiria uma especial qualificação da interpretação conforme à Constituição, para afirmar que somente teria a característica de uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto aquela interpretação conforme à Constituição desenvolvida pela Corte Constitucional, ou no nosso caso, pelo Supremo Tribunal Federal. Até porque, do contrário, também as questões que envolvessem interpretação conforme à Constituição teriam de ser submetidas ao Pleno dos Tribunais ou ao seu órgão especial. [...]

Maior dificuldade ainda adviria do fato de que, ao fixar como constitucional dada interpretação e, expressa ou implicitamente, excluir determinada possibilidade de interpretação, por inconstitucionalidade, o Tribunal não declara – nem poderia fazê-lo – a inconstitucionalidade de todas as possíveis interpretações de certo texto normativo.⁴⁷

Além disto, apontou o Ministro Ayres Britto que a técnica de decisão pressuporia que não houvesse “indeterminabilidade” e ausência de unidade do restante do conjunto normativo. Ocorre que esta “indeterminabilidade” é, ela mesma, o pressuposto de existência da própria técnica de *interpretação conforme a Constituição*. Ela nasce da própria diferença entre texto e norma, da possibilidade que um mesmo texto positivado possa, como não poderia deixar de ser, apresentar diversas hipóteses normativas. Mesmo que se some a técnica ao efeito vinculante, como pretende o art. 28, Parágrafo Único, da Lei n° 9.868/1999, ainda assim o resultado seria suscetível de novas interpretações, como uma súmula vinculante o é. E a supostamente necessária unidade normativa também será resultado de um processo hermenêutico e não de uma *voluntas legislatoris*.

⁴⁶ A equiparação remonta ao seguinte julgado: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação de inconstitucionalidade 1.417-7/DF. Relator Ministro Moreira Alves. Representante: Procurador-Geral da República. Representados: Presidente da República e Congresso Nacional. Brasília, 9 de dezembro de 1987. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264125>>. Acesso em 05 mar. 2011.

⁴⁷ MENDES. *Jurisdição constitucional*, p. 323-324. Registre-se aqui a necessidade de superação do apego a métodos interpretativos.

Aliás, esta mesma *voluntas legislatoris* é invocada como limite da *interpretação conforme a Constituição*⁴⁸: pelo paradigma autoritário com que adotada a Lei de Imprensa, não seria de todo possível interpretá-la em conformidade com a Constituição. Ainda que acerte o alvo, tal concepção joga por terra todos os ganhos da hermenêutica. Transfere-se ao “objeto” interpretado os pressupostos da própria interpretação. Com isto: a própria técnica de *interpretação conforme* perde a razão de ser; o pedido do Partido Democrático Brasileiro torna-se juridicamente impossível; o próprio pedido do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil também tornar-se-ia juridicamente impossível. Por fim, vale desde já reconhecer que o Ministro Ayres Britto apega-se ainda ferrenhamente aos métodos interpretativos propostos por Savigny, não só neste julgado, como no próprio julgado da ADPF nº 153/DF, como teremos ocasião de verificar (Parte I, Capítulo IV, Tópico 2).

A discussão sobre os limites da *interpretação conforme a Constituição* também indica que eventual controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional possa estar limitado pelo que foi discutido nos anais de elaboração de um diploma normativo. Essa problemática ficou patente, no caso da ADPF nº 153/DF, no voto do Ministro Eros Grau. Retomaremos a seu tempo tal questão (Parte I, Capítulo II, Tópico 1).

Dentro desse mesmo contexto, é preciso reconhecer que a petição do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil também confunde as técnicas de *interpretação conforme a Constituição* e *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*. Segundo foi afirmado no pedido:

b) a procedência do pedido de mérito, para que esse Colendo Tribunal dê à Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, uma **interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar, à luz de seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)**⁴⁹.

⁴⁸ É a posição de Rui Medeiros (*A decisão de inconstitucionalidade*, p. 313) que, inclusive, chega a destacar que quanto mais tempo houver entre a edição da lei e o exercício do controle de constitucionalidade, maior peso terão o que ele chama de “limites objetivos”. Tais limites estariam também presentes para Mendes (*Jurisdição constitucional*, p. 261) que chega a falar em “expressão literal do legislador”. Já se apontou que nem mesmo a Corte Constitucional Alemã viu tamanhos entraves, e isto em relação ao próprio direito pré-constitucional (MEYER. *A decisão no controle de constitucionalidade*, p. 47 e ss).

⁴⁹ CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Petição inicial. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 29, destaques do original.

Mas, se o pedido jungia-se à questão principal de excluir da abrangência do texto normativo “crimes políticos ou conexos” a hipótese daqueles que praticaram crimes comuns nos porões da ditadura, não seria o caso, a rigor, de *interpretação conforme a Constituição*, mas de *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*. Pois o resultado almejado era mesmo o de uma declaração de inconstitucionalidade de certas hipóteses normativas passíveis de serem extraídas do texto mencionado. A crítica tem seu fundamento em que, ao seguir este caminho, seriam evitadas conclusões precipitadas, como, por exemplo, a de que uma *interpretação conforme*, no caso, tornaria o STF substituto de uma vontade legislativa representativa de um suposto acordo político em 1979. Estrategicamente, poder-se-ia dizer que o trabalho legislativo seria mantido, com a única exceção de excluir tais hipóteses. Ao cabo, contudo, é preciso reconhecer que o STF não distingue as técnicas.

Há um apontamento de importância também significativa: a utilização da *interpretação conforme a Constituição* serve ao propósito de manter incólume a anistia para aqueles que foram anistiados por terem se insurgido contra o poder de fato. Não se poderia levantar, pois, o argumento de qualquer decisão contrária tomada pelo STF levaria a que não houvesse anistia para opositores políticos – justamente aqueles privados de seus direitos no regime de exceção, quando julgados e condenados sem um devido processo legal – ou nem isto, quando mortos e torturados.

O problema da distância temporal entre a decisão do STF na ADPF n° 153/DF e a edição da Lei n° 6.683/1979 tem implicações diretas para uma problemática várias vezes invocado pelos Ministros: a da *prescrição da persecução penal*, problemática esta que impediria ações de responsabilização criminal de agentes públicos e ex-agentes públicos por crimes cometidos no período ditatorial. A questão não foi mencionada na inicial, talvez por definições estratégicas. Como já salientado, o Ministério da Defesa suscitou o problema em sede de preliminares para não conhecimento da ADPF por ausência de interesse processual. Os crimes abrangidos pela lei teriam ocorrido há pelo menos 29 (vinte e nove) anos, ultrapassando-se o limite máximo prescricional do Código Penal (art. 109, inc. I). No mérito, também, o Ministério da Defesa levantou a questão da imprescritibilidade, restringindo-a, porém, em relação ao crime de tortura e à inexistência de cláusula constitucional configuradora desta característica para tal crime⁵⁰. Destacou, também, uma possível

⁵⁰ BRASIL. Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa. Advocacia-Geral da União. Memorando n° 708/CONJUR-MD. Brasília/DF, 11 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 26.

“insegurança jurídica” gerada pela possibilidade de se estabelecer uma imprescritibilidade no futuro para crimes ocorridos no passado. Daí invocar princípios de índole penal como o da legalidade, da irretroatividade e da retroatividade benéfica ao réu, socorrendo-se, inclusive, do disposto no art. 9º do Pacto de San José da Costa Rica. Assim, qualquer interpretação em “sentido inverso” àquele supostamente disposto pela “vontade do legislador” de 1979 constituiria em retroação de lei penal mais gravosa.

No Supremo Tribunal Federal, quem mais se ocupou de discutir a problemática da prescrição foi o Ministro Marco Aurélio, como já mencionado. Não aderindo à maioria que deslocava o problema da prescrição para os casos concretos, além de votar pelo não cabimento da ADPF – destacando que a discussão seria estritamente acadêmica – ele mencionou sua posição na Extradução nº 974, na qual votou contra o pedido extradicionário ao argumento da ausência de paridade criminalizadora no Brasil justamente pela incidência da Lei de Anistia de 1979 (a um só golpe era colocado de lado o sistema jurídico argentino e todo seu trabalho transicional, bem como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre leis de auto-anistia). Seria temível, tanto na Extradução nº 974 quanto na ADPF nº 153/DF, a “reabertura de feridas” cobertas pela anistia e pela prescrição⁵¹.

Segundo Ost⁵², o tempo, mais do que um fenômeno físico ou uma experiência psíquica, é uma construção social, é uma instituição social. Esta conclusão, contudo, não pode se desvincular daquela que diz sobre o caráter performativo, constitutivo do direito: o direito contribui para a instituição do social, auxiliando a manter o vínculo social na medida em que garante identidade e autonomia⁵³. Assim, não se pode dissociar o caráter mutuamente constitutivo que tempo e direito têm um para o outro. E não se trata apenas de um tempo de caráter físico, de um dado inquestionável, nem da compreensão individual que se possa ter

⁵¹ Seus argumentos voltarão a ser analisados na Parte II, Capítulo III, Tópico 2. Uma análise mais pormenorizada da prescrição como condição a ser atendida no processo extradicionário encontra-se no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal dos pedidos feitos pela Alemanha, pela Áustria e pela Polônia em relação ao genocida nazista Franz Paul Stangl. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicações nº 272, 273 e 274. Requerentes: República Federal da Áustria, República Federal da Alemanha e República Popular da Polônia. Requerido: Franz Paul Stangl. Relator Ministro Victor Nunes Leal. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 18 jun. 2012.

⁵² OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Elcio Fernandes. Rev. téc. Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2005, p. 12.

⁵³ “*Tales regulaciones [normativas e, inclusive, jurídicas] tienen que representar, por un lado, restricciones fácticas que cambien de tal suerte la corona de datos, que el actor, en la actitud de alguien que actúa estratégicamente, se vea en la necesidad de efectuar en su comportamiento la adaptación que objetivamente se desea; por otro lado, esas reglas han de tener a la vez la capacidad de <<integrar socialmente>>, pues que imponen obligaciones a sus destinatarios, lo cual, según nuestros supuestos, sólo es posible sobre la base de pretensiones de validez normativas intersubjetivamente reconocidas*” (HABERMAS. *Facticidad y validez*, p. 89).

dele: cuida-se de, associando ambas as perspectivas, pensar o tempo como algo “sócio-histórico”, como resultado de construções coletivas.

A definição deste tempo social contém algo de conformação do poder político: a imposição de construções temporais diz quem pode deter o poder. Uma justa medida do tempo social luta contra formas de destemporalização. A primeira delas, uma nostalgia da eternidade ou a contínua recusa da mudança, forma esta contra a qual se luta justamente na afirmação de direitos humanos que invocam a assunção da incerteza da mudança e da finitude da condição mortal. Da eternidade perdida só poderia sobrar de perene, dialeticamente, a participação política que permite o relato da história, uma forma de imortalidade apenas possível na *ágora* – é como Ost recupera Hannah Arendt⁵⁴.

A segunda forma de destemporalização se apresenta na entropia do tempo em que passado e futuro dissolvem-se em um “presentismo”, justamente para o único ser que tem a capacidade de ligar e desligar o passado, de construir as possibilidades de um futuro antecipando-o. É aqui que se constrói de forma neguentrópica o tempo social: uma sociedade sem raízes é uma sociedade que tem vedado seu acesso ao futuro – novamente é de constituição mútua que se está a falar:

Apenas a fecundação recíproca, que P. Ricouer e R. Koselleck denominam “o espaço de experiência” e “o horizonte de expectativa”, garante ao tempo uma consistência neguentrópica (um sentido humano). A “experiência” remete a um passado sempre atual ou atualizável, uma aquisição sempre mobilizável, um ensinamento sempre coerente; a “expectativa” pressupõe um futuro já presente, um futuro antecipado, uma projeção já ativa. A experiência é passado, capitalizável, que sob certas condições (quando é revivificado pela expectativa), mostra-se portador de interesses; a expectativa é futuro penhorado que, sob certas condições (quando é garantido pela promessa), mostra-se portador de crédito. Um passado ainda “interessante” e um futuro já “creditado”, eis o tempo humano “valorizado”, eis a duração portadora de sentido⁵⁵.

É justamente no papel da hermenêutica jurídica que será possível proceder a esta abordagem neguentrópica: o juiz de hoje interpreta os textos do passado, os precedentes judiciais, aplicando-os no presente para a solução de controvérsias que podem ter impacto no futuro⁵⁶.

⁵⁴ OST. *O tempo do direito*, p. 27.

⁵⁵ OST. *O tempo do direito*, p. 29. Voltaremos a tais categorias presentes nas obras de Ricouer e Koselleck ao tratarmos da distinção entre os papéis do historiador e do juiz, na análise do voto do Ministro Eros Grau.

⁵⁶ O que não implica, neste último caso, assumir a posição de um pragmático – à moda de um *Critical Legal Studies* (cf. UNGER, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies Movement*. *Harvard Law Review*, vol. 96, nº 3, 1983, p. 563-675) tal qual Dworkin (*O império do direito*, p. 186) concebe esta vertente do pensamento jurídico norte-americano: “*O pragmático adota uma atitude cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária a*

Uma terceira forma de destemporalização pode ser vista na tentação do determinismo do tempo que se cristaliza em uma massa que impele à repetição. O tempo, contudo, continua a fazer valer sua premissa de um contínuo ligar e desligar: entre “tempos fortes” e “momentos históricos”, entre instantes suspensos de reflexão. Há hesitações e incertezas, conflitos que não podem ser ocultados. Não há um ritmo programado, pré-definido, aliás, qualquer aspiração neste sentido de caracterizar o tempo como algo dado só pode se revelar, na sua acepção de construção social, como anti-democrático. Entre aceleração e lentidão, é preciso atentar para o fato de que a democracia e suas infinitas deliberações dependem muito mais do tempo – em franca oposição à velocidade de edições e reedições de medidas provisórias, a tão almejada celeridade processual e aos atos administrativos que diuturnamente são praticados. Uma reflexão necessária ao presente caso se pensarmos no debate que poderia percorrer o controle difuso de constitucionalidade antes da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153/DF, bem como na necessidade de se pensar o tempo necessário para que a *justiça de transição* traga à tona todos os seus elementos – nem sempre, veremos, o momento pós-ruptura com regimes anti-democráticos é o propício para a eclosão de tais medidas (cf. Parte II, Capítulo II).

A quarta destemporalização se apresenta pelo risco da discronia. O tempo não é eminentemente plural, submetido a ritmos específicos. É preciso pensar em uma articulação desses diversos tempos. Poder-se-ia pensar, diante da pluralização social, em um tempo específico a cada grupo ou indivíduo: “*Cada um deve poder reconstruir o passado, de acordo com sua experiência, e construir um futuro, de acordo com suas expectativas*”⁵⁷. A chave consiste no ritmo articulador dos inúmeros tempos necessário para a integração social.

É diante dos riscos destas quatro formas de destemporalização que o direito propõe formas de retemporalização: memória (nostalgia da eternidade), perdão (vertigem da entropia), promessa (tentação do determinismo) e retomada da discussão (risco da discronia). Ligadas, todas essas categorias serão necessárias para evitar os danos da destemporalização. A memória, como afirmação da importância do passado no presente. O perdão demonstrando a importância de instituições jurídicas capazes de renovação que ultrapassam a lógica

coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude de qualquer decisão atual. Se os juízes se deixarem guiar por esse conselho, acredita ele, então a menos que cometam grandes erros, a coerção que impõem tornará o futuro da comunidade mais promissor, liberado da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência”.

⁵⁷ OST. *O tempo do direito*, p. 36.

compulsiva da dívida – mas um perdão pensado não em uma lógica de meios e fins⁵⁸. Já o futuro se afirma nas promessas de uma Constituição e de leis que são justamente voltadas para este tempo, mas que, ainda assim, invocam a questão de uma necessária atualização. O que acaba prevalecendo é que não há dissociação entre tais categorias e veremos, mais a frente, como isto é possível em termos de um *patriotismo constitucional* (Parte I, Capítulo VI, Tópico 3).

A primeira forma de retemporalização – a memória –, e que é interessante neste momento, está diretamente ligada ao papel exercido pelos juristas em geral. De fato, eles são o que Ost⁵⁹ chama de guardiães da memória, ao operar sobre normas jurídicas estabelecidas como em parte indisponíveis em algum tempo do passado. O que não quer dizer que o passado se apresente pronto e acabado, mas que, de certo modo, as instituições que procuram inovar nunca o fazem a partir do nada. Assim, cuida-se de um passado construído a partir do presente. A memória é movimentada a partir do presente e, por isto, antes de ser passiva e recebida ela é construída e normativa. Seria possível vislumbrar quatro tempos no passado: o tempo genealógico das fundações, o tempo de repetição das tradições, o tempo cronológico do desenrolar dos fatos e o tempo atemporal das invariantes jurídicas. Estes tempos é que enredam o direito na memória.

Essa relação se torna ainda mais clara no já mencionado papel institutivo da sociedade exercido pelo direito:

Enfim, a contribuição mais essencial do direito à fixação de uma memória social e à manutenção de uma tradição nacional reside certamente na afirmação, mais ou menos solenizada e reiterada, dos valores fundamentais da coletividade. É na Constituição que, de modo positivo, e no Código Penal, de um modo negativo, esses valores são afirmados com maior clareza⁶⁰.

Ou seja, o direito celebraria no passado a integração social que lançará as bases para que a sociedade confirme seu projeto instituinte ao longo da história. Ost traz à tona o exemplo da Lei de 13 de julho de 1980 na Bélgica que proíbe a contestação dos crimes contra a humanidade praticados durante a Segunda Guerra Mundial, assim como o dispositivo do art. 213-5 do Código Penal belga que define a imprescritibilidade dos mesmos tipos penais. São claras afirmações de caráter jurídico que se opõem ao esquecimento e também ao perdão,

⁵⁸ “Mas o perdão não é sem perigo quando inspirado pelo cálculo ou, de modo mais prosaico, pelo esquecimento, como se deixa observar em determinadas leis de anistia. Pior ainda acontece se o passado for manipulado por leis retroativas, onde se vê que o respeito da memória constitui a condição mesma de um perdão sensato” (OST. *O tempo do direito*, p. 40).

⁵⁹ OST. *O tempo do direito*, p. 50.

⁶⁰ OST. *O tempo do direito*, p. 89.

pagando tributo à memória pedagógica da punição do crime e à necessidade de respeito ao passado. Esses elementos não são estranhos à ordem jurídica brasileira caso a vejamos da perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁶¹.

Não é por outra razão que François Ost destacará que punir é recordar. Haveria como que uma anterioridade do crime em relação ao direito e este responderia a esta anterioridade com a memória instituída pela punição – e modernamente abrandada (abrandada em termos, diríamos) pela prescrição. Para além da discussão a respeito dos fins e funções da pena, seria possível associá-los ao tempo na medida em que a função preventiva preocupar-se-ia com o futuro, a função reparatória com o presente e a função de retribuição estaria vinculada com o passado. A justiça da pena estaria na função de *anamnésia* que ela pode exercer, trazendo ao presente o mal passado com a finalidade de verificar a importância da pena e evitar a repetição. Para que não se torne mera invocação do passado ao modo de uma Lei de Talião, cumpre distinguir entre o desejo cego de vingança, *vindicativo*, de uma instituição que busca conter a violência em limites aceitáveis, *vindicatório*⁶². Cuida-se de uma prática institucionalizada em nível estatal e jurisdicional da retribuição que reconstrói e transforma o conflito social.

Diretamente ligada à temática da prescrição (ou imprescritibilidade) dos crimes praticados por agentes públicos no período da ditadura de 1964-1985, é a figura de retemporalização do perdão. Ele será ainda devidamente tematizado, ao tratarmos da relação entre anistia e perdão (Parte I, Capítulo IV, Tópico I). Deve-se marcar, desde já, no entanto, que não há nenhum perdão, assim como não há qualquer memória, sem esquecimento. Até porque é necessário saber *o que* esquecer. O direito recorre a todo tempo ao esquecimento. Ele está presente no desuso relevante para a sedimentação de um costume *contra legem*; este, inclusive, pode servir de pretexto para dissimular uma transição⁶³. A prescrição cumpriria o

⁶¹ Diante do exercício da função jurisdicional ninguém prestará maior contributo a este vertente que Ronald Dworkin (DWORKIN. *O império do direito*, p. 213 e ss) e seu conceito de *integridade*. A fidelidade aos princípios morais da comunidade política é o passo inicial para o próprio desenvolvimento de uma concepção construtivista do direito.

⁶² OST. *O tempo do direito*, p. 125.

⁶³ Pense-se na malfadada ideia de que se era feliz na ditadura, e não se sabia, ou nas supostas glórias de um milagre econômico. “*Mas pode-se dissimular a influência e a utilidade deste concerto não deliberado, desta potência invisível, pela qual, sem choque e sem comoção, os povos fazem justiça das más leis, e que parecem proteger a sociedade contra as surpresas feitas ao legislador, e o legislador contra ele mesmo?*” [Portalis] *Este ensinamento nada perdeu de sua atualidade, frequentemente, de fato, ainda hoje, a passagem de um regime totalitário para um retorno progressivo do Estado do direito (a “transição democrática”) empresta este suave caminho do desuso: antes de pronunciar de vez a ab-rogação do sistema jurídico anterior, prefere-se desviar progressivamente, por via da interpretação jurisprudencial, principalmente, a significação e o alcance econômico, social e político das principais leis e instituições do Antigo Regime*” (OST. *O tempo do direito*, p. 157).

desiderato de tornar jurídico aquilo que factualmente não sensibilizou o direito e que se construiu justamente pelo decurso do tempo. Duas consequências: lamentar a injustiça propiciada pelo próprio direito ou incorporar a ideia de uma justiça que pede que se aceite o que muito tempo durou sem se realizar. Se o esquecimento pode ser visto como possibilidade de reconstrução, um dito “esquecimento-pacificação”, ele também pode ser traduzido como um “esquecimento-falsário” que institui histórias oficiais e ideologias ao arrepio de uma história construída coletivamente. Ou, ainda, “esquecimento-recalque”: a linguagem dos vencedores põe de lado o testemunho das vítimas⁶⁴.

Boa parte dos horrores da Segunda Guerra dependeriam da reconstrução coletiva de uma história que, oposta ao “esquecimento-recalque”, exige um *dar voz às vítimas*. Não é à toa que a grande figura apta a dar o testemunho sobre os campos de concentração nazistas seja o *Muselmann*, o muçulmano⁶⁵. Desprovido de qualquer caractere de humanidade, seria exatamente ele quem seria capaz de falar sobre o horror em seu grau máximo – a câmara de gás, a Górgona. Mas ele está para sempre silenciado pela morte. Por isto, em relação a eles, os submersos, o sobrevivente despe-se do “*superstites*” e passa ao “*testis*”; com relação a eles, Primo Levi é, efetivamente, um terceiro.

A prescrição fundar-se-ia na corrosão das provas provocadas pelo decurso do tempo e no desaparecimento do escândalo social causado pela infração, segundo François Ost. É duvidoso que este último motivo possa constituir efetivo fundamento para a prescrição; no entanto, se concordarmos com Ost, podemos verificar que o escândalo social em crimes não investigados ou submetidos a processos nunca aconteceria – ainda mais em regimes que sobrevivem do tolhimento da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa. Para o legislador, a utilização da prescrição pode ser um instrumento formidável de controle da relação entre memória, esquecimento e perdão:

⁶⁴ “O crime contra a humanidade introduz-nos na categoria da vitimização absoluta. A ideia de vítima vem do vocabulário religioso do sacrifício, correspondendo a um ser – animal ou humano – morto ritualmente em homenagem aos deuses. Simboliza, portanto, a passividade total, a vitória definitiva sobre o corpo do outro, excluído do próprio combate. A figura do herói, tal como a do vencido, subsiste ligada ao combate, logo, à acção. A vítima absoluta encarna um outro ser no mundo ou, mais exatamente, um não-ser. O aparecimento da vítima é inseparável de uma experiência histórica radicalmente inédita, que é a negação de qualquer laço humano. Se o combatente ocupa um lugar, o do adversário, já a vítima não tem lugar para ocupar, mesmo no meio da pátria humana” (GARAPON. *Crimes que não se podem punir nem perdoar*, p. 108).

⁶⁵ “Resulta claro que entre os homens existem duas categorias, particularmente bem definidas: a dos que se salvam e a dos que afundam. Outros pares de contrários (os bons e os maus, os sábios e os tolos, os covardes e os valentes, os azarados e os afortunados) são bem menos definidos, parecem menos congêntos e, principalmente, admitem gradações intermediárias mais numerosas e complexas” (LEVI. *É isto um homem?*, p. 89).

Logo, de fato, o legislador não hesitará em prolongar o prazo máximo dos processos, correndo, pois, em socorro do direito à memória: assim, esta lei de 4 de novembro de 1991, votada na Hungria depois da queda do regime comunista visava prolongar o prazo de prescrição de trinta anos para determinadas infrações cometidas entre 1944 e 1990. Essa lei, controversa devido ao seu caráter retroativo, queria, de fato, permitir o processo dos responsáveis, ainda vivos, da sangrenta repressão de 1956⁶⁶.

A grande problemática que se coloca diz respeito aos crimes de maior gravidade que não poderão se sujeitar a que o tempo os apague. Construída sob os auspícios do Tribunal de Nuremberg, a noção de *crimes contra a humanidade* quer evocar exatamente a lesividade provocada por atos que atentam contra o próprio sentido de humanidade do homem⁶⁷. Boa parte dos países aliados percebeu, durante a Segunda Guerra Mundial, que vários dos crimes praticados pelos nazistas não se dirigiam contra estrangeiros, mas, como é sabido, contra cidadãos da própria Alemanha; não haveria, desse modo, como puni-los ante do Direito Internacional vigente, assim como ante os costumes de guerra. A ideia de vários dos responsáveis pela elaboração do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg foi a de enquadrar tais atos ao que seria semelhante ao crime internacional de “agressão”⁶⁸. A seção 6 (c) do Estatuto acabou por tentar tipificar o que seriam *crimes contra a humanidade*⁶⁹. Acquaviva⁷⁰ salienta que, ante o princípio da legalidade, o grande argumento sempre levantado a favor desta definição é o de que ela estaria ligada, naquele momento, aos crimes

⁶⁶ OST. *O tempo do direito*, p. 169.

⁶⁷ “Com efeito, a humanidade é que se instala no estatuto de vítima, uma “vítima absolutamente única, que escapa ao Direito comum, diante da qual devem apagar-se os direitos do homem incapazes de apreendê-la, (...) mas as consequências dessa inovação são tão dolorosas politicamente que ela se torna uma noção conjuntural”. Por conseguinte, a grande dificuldade de falar em crime contra a humanidade, ao longo da história, decorre precisamente do fato de que ele pode corresponder ao tratamento desumano, por um Estado, de sua própria população, sobre seu próprio território, competência que outrora correspondia ao estrito domínio reservado dos Estados. O Acordo de Londres, que instituiu o Tribunal de Nuremberg, reverteu, já em 1945, o princípio da imunidade no que atine à responsabilidade individual dos violadores, ao possibilitar o julgamento de agentes públicos que atuaram odiosamente em nome do Estado e por meio de seu aparelho” (VENTURA. *A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional*, p. 217).

⁶⁸ Também de difícil definição no âmbito do Direito Internacional, apenas por meio de uma emenda ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma), que só entrará em vigor em 2017, é que se procurou dar contornos mais nítidos ao crime: “A definição do crime de agressão vem no art. 8 bis, §§ 1º e 2º, do referido acordo de emenda ao Estatuto. Ficou ali estabelecido que “uma pessoa comete um ‘crime de agressão’ quando, estando em condições de controlar ou dirigir efetivamente a ação política ou militar de um Estado, planeja, prepara, inicia ou realiza um ato de agressão que por suas características, gravidade e escala constitua uma violação manifesta da Carta das Nações Unidas” (MAZZUOLI. *Curso de Direito Internacional Público*, p. 961).

⁶⁹ “(c) Crimes against humanity:

Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connexion with any crime against peace or any war crime.” (Tradução livre: (c) Crimes contra a humanidade:

Homicídio, extermínio, escravidão, deportação ou quaisquer atos inumanos praticados contra qualquer população civil, ou perseguições com fundamentos políticos, raciais e religiosos, quando tais atos são praticados ou tais perseguições são levadas à frente na execução ou em conexão com qualquer outro crime contra a paz ou qualquer crime de guerra”.

⁷⁰ ACQUAVIVA. *At the origins of crimes against humanity*, p. 885.

de jurisdição do Tribunal de Nuremberg. A confirmação jurídico-política destes crimes deu-se efetivamente com a aprovação da Resolução nº 3/1946 e da Resolução nº 95 (I)/1946, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que confirmaram os princípios do Estatuto de Nuremberg e aqueles decorrentes das condenações no mesmo tribunal. Já a Resolução nº 2.391/1968 foi responsável por instituir a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade: ela especifica que tal imprescritibilidade incide mesmo para crimes contra a humanidade praticados em tempos de paz e mesmo que a legislação interna de um Estado não os tipifique. O Brasil não é signatário desta convenção⁷¹.

Entretanto, a ausência de adesão ao tratado internacional não importa para o reconhecimento de sua aplicação. E isto por duas razões. A primeira delas é a de que referida convenção, seguindo os passos de Nuremberg, apenas tornou explícita uma norma de *jus cogens*. No âmbito do Direito Internacional, o *jus cogens* atua como “fonte de direito”, sendo mencionado pelo art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁷², incorporada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 7.030 de 14 de dezembro de 1999. Observe-se, contudo, que, mesmo antes da definitiva incorporação, ela já era vista como obrigatória para todos os Estados, ainda que não tivessem os mesmos dado início ao processo de incorporação – tendo em vista seu caráter de Direito Internacional Geral⁷³. Tomuschat⁷⁴ salienta que, em relação ao *jus cogens*, efetivamente há um conjunto de normas internacionais que detêm primazia (ele fala em normas “hierarquicamente” superiores) sobre outras normas de Direito Internacional e que não podem ser derogadas pela vontade de dois ou mais Estados na medida em que permaneçam aceitas pela sociedade internacional. Este é o caminho construído pelos direitos humanos e que permite pensar em uma “comunidade jurídica internacional”, não obstante estejamos em um estágio rudimentar ainda. Paul Tavernier⁷⁵ chega a falar em um processo gradativo de moralização do Direito Internacional⁷⁶, o que não nos parece ser o caso, já que o *jus cogens* está assentado em norma jurídica internacional.

⁷¹ BISSOTO. *Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade*, p. 1.

⁷² “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.

⁷³ MAZZUOLI. *Curso de Direito Internacional*, p. 167.

⁷⁴ TOSMUSCHAT. *Reconceptualizing the debate on jus cogens and obligations erga omnes – concluding observations*, p. 426.

⁷⁵ TAVERNIER, Paul. *L'identification des règles fondamentales – un problème résolu?*, p. 1 e ss.

⁷⁶ O que nada tem a ver com qualquer concepção metafísica de Direito Natural ou com a necessidade de apelar para uma fórmula de Radbruch, algo completamente antagônico a qualquer noção de direito que seja posterior ao

Isto não significa que se esteja a deturpar e ignorar o sentido do princípio da legalidade, previsto em nosso ordenamento jurídico com referência ao Direito Penal expressamente no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição. Assim, quando Swensson Júnior⁷⁷ salienta que o princípio do *tempus regit actum* impediria a persecução penal, é preciso lembrar que a grande maioria dos crimes perpetrados estava sob a chancela e incidência da imprescritibilidade há muito reconhecida como norma de *jus cogens*. Não se trata, ainda, como quer o mesmo autor, de exigir a incorporação da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade para exigir a incidência da norma, nem de enquadrá-la como norma de direito costumeiro. O costume internacional (*consuetudo est servanda*) é a soma da reiterada prática de atos de cunho internacional (*inveterata consuetudo*) com a convicção de necessidade de cumprimento pelos atores internacionais (*opinio juris sive necessitates*); não se confunde, pois, com o *jus cogens* que, afinal, lhe é superior:

Dentro desse quadro, as normas de *jus cogens* passam a ser universais e superiores a quaisquer tratados ou costumes internacionais, e superiores inclusive ao próprio Direito Internacional Público, estando no ápice da hierarquia das normas da sociedade internacional. Configura-se, pois, um *minimum* legal de asseguramento da ordem mundial, além de manifestar a crescente institucionalização da sociedade internacional⁷⁸.

A partir disto, seria possível falar, inclusive, em incidência do próprio princípio da legalidade (ou *nullum crimen*) nos julgamentos de Nuremberg. Comparando as diversas traduções da decisão condenatória de Julius Streicher, Guido Acquaviva encontrará na edição francesa o destaque dado ao princípio da legalidade. Como ele integraria o *jus cogens* àquela época, assim como a própria noção de *crimes contra a paz*, foi necessário ligar os atos de Streicher a tais crimes, tipificando-os não só como crimes contra a humanidade:

giro lingüístico-pragmático. “As experiências do período de 1933 a 1945, no qual Radbruch, perseguido pelo nacional-socialismo, perdeu a sua cátedra em Heidelberg, ele quis registrar em uma nova edição de sua *Filosofia do Direito* após o término da Segunda Guerra Mundial. Aqui o *Direito Natural*, segundo seu famoso aluno Arthur Kaufmann, deveria assumir um grande papel.” (SCHOLLER, Heinrich. *Gustav Radbruch*, p. 686). É a posição defendida por SWENSSON JÚNIOR (SWENSSON JÚNIOR. *Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate*, p. 48, destaques do original): “[...] o fato é que a alternativa que resta aos que são a favor da punição a qualquer custo [sic!] dos torturadores e demais criminosos do regime militar é adotar uma posição jsmoralista, que entende não ser possível criar e aplicar o direito sem levar em consideração a moral e a justiça (tese da conexão) e sustentar que, caso a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau extremamente insuportável, a lei deve recuar diante da justiça (moralismo da validade). Sua formulação mais famosa encontra-se na chamada “Fórmula de Radbruch”, utilizada na Alemanha para justificar a punição dos “criminosos” nazistas e, mais recentemente, dos delitos praticados pela ex-República Democrática Alemã (RDA)”.

⁷⁷ SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert. *Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate*, p. 42.

⁷⁸ MAZZUOLI. *Direito Internacional Público*, p. 154.

Antonio Cassese demonstrou as semelhanças do texto Francês justificando a condenação de Streicher com a posição do Promotor Chefe Francês em Nuremberg, que declarou que as acusações de crimes contra a humanidade estavam ligadas às ‘noções jurídicas mais precisas de Crimes contra a Paz e Crimes de Guerra’ e constituiu simplesmente prática sistemática com fins políticos de crimes que já existiam dentro dos sistemas criminais de todos os ‘países civilizados’. Este ponto de vista é sustentado por interpretações históricas de acordo com as quais o Juiz Donnedieu de Vabres, durante os debates, foi um dos proponentes a formular uma condenação de Streicher por crimes de guerra também, embora ele não tenha sido nem acusado disto. Esta foi, em certo sentido, uma maneira de evitar infringir o princípio da legalidade, pois deste modo não haveria condenação *separada* por crimes contra a humanidade – a categoria de crimes que discutivelmente não teria sido definida de modo apropriado antes que os atos em questão fossem praticados⁷⁹.

É preciso também considerar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já reconheceu o caráter impositivo desta imprescritibilidade. O caso *Almocinad Arellano y otros vs. Chile*⁸⁰ envolvia a prisão e execução extrajudicial de Luis Alfredo Almocinad Arellano, professor, militante do Partido Comunista chileno e sindicalista. Ele foi preso em sua casa no dia 16 de setembro de 1973, levado à porta da mesma e ali fuzilado à vista de seus familiares. O Decreto-Lei chileno 2.191/1978 buscou anistiar tais crimes; depois de diversas tentativas infrutíferas de medidas judiciais internas visando estabelecer responsabilidades, a família de Arellano levou o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, posteriormente, provocou a Corte. Em seu julgado, a Corte Interamericana reconhece que a noção de crimes contra a humanidade é anterior ao próprio julgamento de Nuremberg: ela remonta à Convenção de Haia sobre Leis e Costumes de Guerra Terrestre de 1907 (número IV) e a expressão foi cunhada por França, Reino Unido e Rússia para remeter ao massacre dos armênios na Turquia em 1915. Para que se configure um *crime contra a humanidade*, segundo a Corte, basta que um único ato seja praticado no contexto de um ataque generalizado e sistemático contra uma população civil. O mais importante foi assinalar que todos esses elementos pré-existiam ao assassinato de Arellano.

Reconhecendo o conjunto de recentes medidas visando estabelecer responsabilizações por crimes contra a humanidade – por exemplo, as Resoluções 827 e 955

⁷⁹ ACQUAVIVA. *At the origins of crimes against humanity*, p. 891. Tradução livre de: “Antonio Cassese has shown the similarities of the French text justifying Streicher’s conviction with the position of the French Chief Prosecutor at Nuremberg, who had stated that the charges of crimes against humanity were linked to ‘the more precise legal notions of Crimes against Peace and War Crimes’ and merely constituted the systematic perpetration for political ends of crimes that already existed under the criminal systems of all ‘civilized countries’. This view is supported by historical accounts according to which Judge Donnedieu de Vabres during deliberations was one of the proponents of entering a conviction against Streicher for war crimes too, although he had not even been indicted under that count. This was, in a sense, a way to avoid infringing on the principle of legality, for in this manner there would be no separate conviction for crimes against humanity – the category of crimes which was arguably not defined properly before the acts in question had been committed”.

⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Almocinad Arellano vs. Chile*. San José, 26 de setembro de 2006. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em 20 out. 2011.

do Conselho de Segurança das Nações Unidas, os Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e Ruanda, assim como o Informe do Secretário-Geral das Nações Unidas que marca a impossibilidade de que acordos de paz estipulem anistias (S/2004/616, de 3 de agosto de 2004) – a Corte expressamente estipula o posicionamento aqui adotado:

Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa⁸¹.

A segunda razão que levaria a que se reconhecesse a imprescritibilidade de *crimes contra a humanidade* no contexto brasileiro está presente no que se tem chamado de um “monismo internacionalista de direitos humanos”. A efetividade do Direito Internacional dos Direitos Humanos depende da superação de qualquer posição de caráter dualista (Karl Heinrich Triepel⁸²), assim como de um monismo nacionalista, defendendo-se um monismo internacionalista (Hans Kelsen⁸³) – no caso brasileiro isto se torna ainda mais claro com a incorporação definitiva da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados com o Decreto 7.030/2009 (art. 27)⁸⁴.

É interessante observar que, neste aspecto, ao julgar a Extradução n° 1.085⁸⁵, o Supremo Tribunal Federal, em boa parte dos votos, invocou o dispositivo de primazia internacional constante do art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. A minoria vencida no referido julgado por diversas vezes destacou a necessidade de cumprimento do Tratado de Extradução de 17 de outubro de 1989 para que o Presidente da República se visse coagido a executar a decisão do Supremo Tribunal Federal e extraditasse

⁸¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Almocinad Arellano vs. Chile*. San José, 26 de setembro de 2006. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em 20 out. 2011, p. 60-61.

⁸² Cf. TRIEPEL, Karl Heinrich. *As relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional*. Trad. Amílcar de Castro. Belo Horizonte: 1964.

⁸³ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 515 e ss.

⁸⁴ Mazzuoli (*Curso de Direito Internacional*, p. 90, destaques nossos) chega a propor um “monismo internacionalista dialógico” para defender uma posição que em cada caso concreto se permita a aferição da norma de direitos humanos mais protetiva, seja ela interna ou internacional: “Assim, no que tange ao tema dos “direitos humanos” é possível falar na existência de um monismo internacionalista dialógico. Ou seja, se é certo que à luz da ordem jurídica internacional os tratados internacionais sempre prevalecem à ordem jurídica interna (concepção monista internacionalista clássica), não é menos certo que em se tratando dos instrumentos que versam direitos humanos pode haver coexistência e diálogo entre eles e as normas de Direito interno”. Cf., ainda, MAZZOULI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradução n° 1.085. Requerente: Governo da Itália. Extraditado: Cesare Battisti. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, 16 de dezembro de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 jan. 2009, p. 518.

Césare Battisti. Mas o que chama mais a atenção foi a argumentação desenvolvida pelo Ministro Gilmar Mendes ao tratar do papel do Supremo Tribunal Federal ao exercer jurisdição constitucional: efetivar direitos fundamentais.

Nenhuma outra decisão, contudo, deixou mais explícita a necessidade de fazer prevalecer a norma internacional mais favorável (“princípio internacional *pro homine*”) que o julgamento do Recurso Extraordinário n° 466.343/SP⁸⁶. Ao decidir a respeito da impossibilidade de prisão civil do depositário infiel no Brasil, ante a antinomia entre as normas do art. 5º, inc. LXVII, da Constituição, e do art. 7º, número 7, do Pacto de San José da Costa Rica – assim como o art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – o Supremo Tribunal Federal deu prevalência às normas internacionais. Louvável no resultado, mas criticável na fundamentação, a decisão acabou por colocar tratados internacionais de direitos humanos (a grande maioria deles) dos quais o Brasil é signatário em uma posição ainda inferior àquela que aqui se defende, ao caracterizá-los como normas “supra legais” para diferenciá-los daqueles que viesse a ser aprovados pelo rito qualificado do art. 5º, § 3º, da Constituição. Assim, em prol da devida efetivação de um Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma decisão que leve a sério a vinculação de tais normas deveria prestar tributo total e irrestrito a tais tratados internacionais, na esteira do que defendido, entre nós, por Celso Duvivier de Albuquerque Mello e Flávia Piovesan⁸⁷. Destaque-se, também, que tal decisão foi anterior àquela tomada na ADPF n° 153/DF; entretanto, ela foi simplesmente ignorada pelo Supremo Tribunal Federal – é dizer, mesmo em se tratando de normas “supra legais”, ainda encontraríamos fundamentos no Direito Internacional dos Direitos Humanos para uma decisão diferente daquela tomada.

Saliente-se, no entanto, que defender o argumento de imprescritibilidade dos *crimes contra a humanidade*⁸⁸ no presente contexto quer apenas significar que a definição da

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n° 466.343/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 set. 2010.

⁸⁷ Cf. MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25 e ss, e PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e do direito constitucional internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95 e ss.

⁸⁸ O que não significa, por outro lado, negar em abstrato a ocorrência de tais crimes durante o regime militar. Pelo contrário: “*Nesse diapasão, não persistem dúvidas sobre o fato de que os crimes comuns praticados por agentes públicos, durante a ditadura de 1964 a 1985, foram crimes graves, que tenderam a desumanizar e despersonalizar as vítimas, “consideradas como sub-homens, a ponto de seus algozes reputarem-se autorizados às maiores atrocidades, inclusive sua eliminação física”.* Não se duvida, de outra banda, de que foram atos cometidos na execução de uma política de Estado, eis que até um ato isolado, sob aparência de um crime comum, pode tornar-se um crime contra a humanidade, por sua vinculação a um “programa criminoso”. **Todos os elementos de qualquer conceito de crime contra a humanidade aqui se fazem presentes, ademais orçados por diversas circunstâncias já reconhecidas como agravantes, em numerosos casos, pelas jurisdições**

prescrição (ou não) de cada crime só poderia ocorrer no controle difuso de constitucionalidade⁸⁹. Podemos encerrar o presente Capítulo fixando algumas premissas. Em primeiro lugar, o ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental no Supremo Tribunal Federal mostrou-se inoportuno: ele antecipou de forma desnecessária um rico debate que poderia ocorrer em termos de jurisdição constitucional em cada caso concreto. Ultrapassada esta questão pela ordem dos fatos, em segundo lugar, a decisão do Supremo Tribunal Federal não poderia ser tomada sob a perspectiva de que os crimes “estariam” todos prescritos: equivale a denegação de justiça e privação do acesso ao Judiciário negar às vítimas dos mais variados crimes de obter um provimento jurisdicional certificando tal prescrição. Por fim, e em terceiro lugar, a precedência do Direito Internacional dos Direitos Humanos (seja em se tratando de normas de *jus cogens* ou de normas positivadas em tratados internacionais) catapulta a solução, novamente, para cada caso concreto: é diante de circunstâncias específicas que se demonstraria a presença ou não de crimes contra a humanidade⁹⁰.

internacionais penais” (VENTURA. *A interpretação judicial da lei de anistia brasileira e o direito internacional*, p. 210).

⁸⁹ “Diante daqueles que negam a existência do princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade no acervo de Nuremberg e ainda ousam brandir o moralmente nânico princípio do tratamento legal mais benéfico, eu apenas recobriria a lógica, esperando que seja ela um costume inquestionável. Os crimes contra a humanidade são imprescritíveis, sobretudo, porque, amiúde, há, nos Estados em que são praticados, a impossibilidade material de processo dos grandes violadores, antes que a remoção do entulho ditatorial opere-se no ordenamento jurídico nacional, critério temporal que não é passível de medição. No caso brasileiro, em particular, a tarefa é notoriamente inacabada. E acrescento: prescrição só pode ser arguida caso a caso, no seio do processo individuado, não podendo a Corte Suprema fundar a interpretação de uma lei de anistia no aventureiro pressuposto de que todos os crimes por ela abarcados prescreveram. No já citado Caso Cordero, infelizmente com base apenas no Direito interno, e a despeito da tipificação equivocada do crime de sequestro quando o suporte fático é de evidente crime internacional de desaparecimento forçado, o próprio STF deu-se conta da impertinência da prescrição em relação às graves violações de Direitos Humanos praticadas no âmbito da Operação Condor” (VENTURA. *A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional*, p. 217).

⁹⁰ Apenas como um último argumento da relação que deve obrigatoriamente existir entre o controle concentrado e o controle difuso, procurando sepultar a noção schmittiana de que o controle concentrado é um controle abstrato, assim como enfatizar a ausência de integridade nos julgados do Supremo Tribunal Federal, mencione-se: “Concede-se, porém, proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (Normebene) e no plano do ato singular (Einzelaktebene) mediante a utilização das chamadas fórmulas de preclusão” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 217.141-5/SP. Recorrente: Neusa Gomes Delgado. Recorrido: Instituto de Previdência do Estado de São Paulo – IPESP. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 13 de junho de 2006. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=331447>>. Acesso em 17 out. 2011, p. 698).

CAPÍTULO II – O VOTO DO MINISTRO EROS GRAU

A ADPF nº 153/DF foi distribuída ao Ministro Eros Grau em 21 de outubro de 2008. Já em 6 de abril de 2010, por determinação do mesmo, houve a inclusão em pauta de julgamentos do Plenário do Supremo Tribunal Federal, um tempo “recorde”, se acaso comparado com outros temas de relevância para a sociedade brasileira (por exemplo, a ADPF nº 54/DF, que reconheceu a constitucionalidade da antecipação do parto por anencefalia fetal levou oito anos para ser julgada). O julgamento ocorreu nas sessões de 28 e 29 de abril de 2010, tendo sido o pedido julgado improcedente. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil opôs recurso de embargos de declaração contra o julgado, sem que, até o momento de fechamento deste texto, fosse apreciado. Foi este o resultado que será objeto de análise nas próximas páginas. Neste Capítulo II, serão analisadas as principais premissas do voto do Ministro Relator Eros Grau¹.

2.1 – A distinção hermenêutica entre norma e texto de norma

O voto do Ministro Eros Grau começou por reafirmar uma distinção própria da atual quadra da Teoria do Direito. Reportando-se à petição inicial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ele repisou que o pedido é do que se dê *interpretação conforme a Constituição* para excluir da ambiência normativa da expressão *crimes conexos* da Lei de Anistia os crimes comuns praticados por agentes da repressão; mas o voto também incluiu um pedido de não recepção da Lei nº 6.683/1979 pela Constituição de 1988². O princípio da recepção, em boa parte do que sobre ele escreveu Kelsen, refere-se ao fenômeno da manutenção de normas infraconstitucionais por uma nova ordem jurídica justamente na medida em que com ela tais normas se conformam³. No tópico 5, referente ao pedido na

¹ Registre-se que o próprio Ministro Eros Grau foi preso político durante a ditadura de 1964-1985 (Cf. LEITE, Paulo Moreira. Eros pensa tortura em Paris. Revista Época, 11 de abril de 2010. Disponível em <<http://colunas.epoca.globo.com/paulomoreiraleite/2010/04/11/eros-pensa-tortura-em-paris/>>. Acesso em 1º nov. 2011; ABREU, Diego. Lei da Anistia: perdão mantido a torturadores. Correio Braziliense, 30 de abril de 2010. Disponível em

<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2010/04/30/interna_politica,189706/lei-da-anistia-perdao-mantido-a-torturadores.shtml>. Acesso em 1º nov. 2011.

² “A inicial compreende duas linhas de argumentação: [i] de uma banda visa à contemplação de interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar-se que a anistia concedida pela lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra os opositores políticos, durante o regime militar; [ii] d’outra, o não recebimento da Lei n. 6.683/79 pela Constituição de 1988” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>.

Acesso em 12 mar. 2011, p. 15).

³ KELSEN. *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 171-172, destaques do original: “Apenas o conteúdo dessas normas permanece o mesmo, não o fundamento de sua validade. Elas não são mais válidas em virtude de terem

petição inicial, há apenas um pedido de notificação do Procurador-Geral da República para que se manifeste no autos da arguição e o pedido principal, referente à utilização da técnica de *interpretação conforme*. No corpo da inicial, não há qualquer menção que permita a delimitação do pedido tal qual feita pelo Ministro Relator, aliás, há expressões em sentido contrário⁴. É importante marcar a diferença estabelecida pelo Ministro, uma vez que o próprio Supremo Tribunal Federal, se não se prende à fundamentação da inicial para declarar uma norma inconstitucional no controle concentrado, prende-se, contudo, ao pedido – ou ao princípio do pedido, que delimita a sua atuação jurisdicional⁵.

Mais do que isto: em um ponto de seu voto, o Ministro Eros Grau chega a concluir, a partir da premissa de que o Conselho Federal da OAB teria buscado uma declaração de não recepção, que seria possível aventar um não recebimento de toda a legislação pré-1988 por inconstitucionalidade formal. Há uma completa inversão do argumento da requerente na ADPF, chegando-se inclusive ao suposto de que ele poderia possibilitar a supressão da própria anistia voltada para seus legítimos destinatários, ou seja, os que se opuseram à ditadura:

O que se pretende é extremamente contraditório: a ab-rogação da anistia em toda a sua amplitude, conduzindo inclusive a tormentosas e insuportáveis conseqüências financeiras para os anistiados que receberam indenizações do Estado, compelidos a

sido criadas da maneira prescrita pela velha constituição. Essa constituição não está mais em vigor; ela foi substituída por uma nova constituição que não é o resultado de uma alteração constitucional da primeira. Se as leis introduzidas sob a velha constituição “continuam válidas” sob a nova constituição, isso é possível apenas porque a validade lhes foi conferida, expressa ou tacitamente, pela nova constituição. O fenômeno é um caso de recepção (semelhante à recepção do Direito Romano). A nova ordem recebe, i.e., adota normas da velha ordem; isso quer dizer que a nova ordem dá validade (coloca em vigor) as normas que possuem o mesmo conteúdo que normas da velha ordem”.

⁴ “Caso se admita, como parece pacífico, que a Lei n° 6.683/79 foi recepcionada pela nova ordem constitucional, é imperioso interpretá-la e aplicá-la à luz dos preceitos e princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal” (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Petição inicial. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 153. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 6, destaques nossos).

⁵ Inclusive em decisões relatadas pelo mesmo Ministro Eros Grau: “A jurisprudência desta Corte é firme no tocante à imprescindibilidade de impugnação dos textos normativos que cuidem da mesma matéria atacada na ação direta. A demanda não pode atacar apenas um dos atos contidos no complexo normativo. O sistema de leis vinculadas a determinado tema deve ser questionado em sua íntegra. A razão disso reside no fato de a eficácia da declaração de inconstitucionalidade alcançar tão somente o ato impugnado e não o complexo no qual inserido. Nesse sentido: a ADI n. 2.174, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 7-3-03; a ADI n. 1.187, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 30-5-97; a ADI n. 2.133, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 9-3-00; a ADI n. 2.451, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 1º-8-01; a ADI n. 2.972, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 29-10-03; e a ADI n. 2.992, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 17-12-04. Não conheço desta ação direta [RISTF, artigo 21, § 1º]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n° 4.043/SC. Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 4 de março de 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4043&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 17 out. 2011).

restituir aos cofres públicos tudo quanto receberam até hoje a título de indenização. A procedência da ação levaria a este funesto resultado⁶.

A partir desta primeira delimitação, o voto passou a marcar, repetidamente, a necessidade de distinguir o “*texto normativo*” e a “*norma jurídica*” ou, como ele também menciona, a “*dimensão textual*” e a “*dimensão normativa*”⁷. Ele se reporta ao fato de que a inicial mencionou uma tentativa do legislador de 1979 de estabelecer um texto propositadamente obscuro para alcançar os agentes públicos que cometeram crimes comuns. Insistiu-se em que a petição teria utilizado o termo “*norma*” ao invés de “*texto*” e que a mencionada obscuridade esconderia o que “*se procurou*” fazer em termos de anistia (ele repetirá, por todo o voto, tal expressão como uma forma ou de enfatizar a necessidade da distinção entre texto e norma ou como um modo de interpretar a tentativa da Ordem dos Advogados do Brasil). Assim, será possível dizer que todo texto normativo é obscuro porque dependente de interpretação. O caráter desta interpretação será o de uma efetiva aplicação – questão que será objeto do próximo tópico; fiquemos, por enquanto, nas contradições entre a distinção mencionada e o voto proferido.

Verifica-se, em primeiro lugar, que tal diferenciação não foi desconhecida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Ora, se um dos fundamentos da arguição era o de que há uma “obscuridade” a respeito do sentido normativo da expressão “crimes conexos” prevista no art. 1º, § 1º, da Lei 6.683/1979, tal obscuridade só poderia pairar sobre o sentido, e não sobre o texto; o que o voto do Ministro Eros Grau tenta esclarecer, em verdade, é um pressuposto subjacente à própria arguição. Além disto, em diversas ocasiões a inicial menciona que o que se discute é a “interpretação” do texto normativo; ainda que ela se refira a uma interpretação da “norma” prevista na Lei nº 6.683/1979, é ao sentido que ela se

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 20. A mesma conclusão chegou o voto da Ministra Ellen Gracie: “A afirmativa de não-recepção da Lei 6.683/79 pela Constituição Federal de 1988 vai além do que poderiam razoavelmente pretender os que as sustentam, pois conduziria ao paradoxo de retirar o benefício de todos quantos por ela foram alcançados” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 151).

⁷ Em trabalho doutrinário, a distinção já fora marcada: “As disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em normas (isto é, quando – através e mediante a interpretação – são transformados em normas). Por isso as normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, enquanto disposições, nada dizem – elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem.” (GRAU. O direito posto e o direito pressuposto, p. 80, destaques do original).

refere; de outro modo, por que pleitear uma *interpretação conforme a Constituição*? Veja-se, por exemplo, os seguintes excertos:

É notória a controvérsia constitucional surgida a respeito do âmbito de aplicação desse diploma legal. (p. 3, destaques do original);
A interpretação, segundo a qual a norma questionada concedeu anistia a vários agentes públicos responsáveis, entre outras violências, pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, tortura e abusos sexuais contra opositores políticos viola frontalmente diversos preceitos fundamentais da Constituição, conforme será demonstrado abaixo. (p. 8, destaques do original);

O fato é que se quis dizer que não há que se falar em o que “*se procurou*” fazer com a Lei de Anistia, uma vez que dada a obscuridade inerente a qualquer texto normativo, nada se poderia “ter procurado”. Além disto, esta acusação não condiz com a incessante busca feita pelo Ministro Eros Grau, mais à frente, em denunciar a existência de um suposto “acordo político” irrefutável. O próprio pedido de utilização da técnica de *interpretação conforme* pressupõe, necessariamente, a assunção da distinção tão conclamada:

[...] provavelmente o legislador constitucional não teve consciência de que as disposições não se confundem com as normas que delas se extraem ou considerou, simplisticamente, que a cada preceito corresponde uma única interpretação correcta. Ora, como sublinham GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, <<o ponto de partida para evitar a confusão lexical existente neste terreno terá de basear-se na distinção rigorosa entre o *preceito* (disposição, formulação, texto, forma linguística) e a *norma* (regra ou regras jurídicas nele contidas)>>⁸.

Vê-se, pelo próprio exemplo acima, que não há acordo terminológico para impor-se a diferenciação; de mais a mais, caso houvesse, ela cairia por terra, uma vez que implicaria, ela mesma, em uma dispensa do próprio trabalho hermenêutico. O Ministro Eros Grau já havia se referido à mesma em um trabalho acadêmico anterior. Nele, com base em Friedrich Müller, ele já havia salientado que os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos, mas porque devem ser aplicados a casos concretos.

As *disposições*, os *enunciados*, os *textos*, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em *normas* (isto é, quando – através e mediante a *interpretação* – são transformados em *normas*). Por isso *as normas resultam da interpretação*, e podemos dizer que elas, *enquanto disposições*, nada dizem – elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem⁹.

A não identidade entre norma e texto de norma não é nova e, aliás, pressupõe as consequências advindas de um giro hermenêutico. Se da perspectiva filosófica isto não é qualquer novidade, também não o é da perspectiva do Direito Constitucional. Friedrich Müller¹⁰ faz a afirmação lapidar de que o texto normativo é apenas a “ponta do iceberg”. Ele

⁸ MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade*, p. 329.

⁹ GRAU. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 80.

¹⁰ MÜLLER. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, p. 38.

conduz à formação do que chama de *programa da norma* que, aliado ao *âmbito da norma*, dá o passo inicial para o resultado normativo. A construção não termina por aqui. Há ainda que se falar em uma *normatividade* que não é passível de ser encapsulada no texto, compreendendo dados “extra-linguísticos” que se situam nas consequências sociais e culturais de efetivação da norma. A prescrição normativa apenas fixa como que um fio condutor para que instituições do Estado de direito dêem vazão a tal normatividade. Some-se a este processo todo o trabalho doutrinário e científico da comunidade acadêmica que auxilia nesta densificação normativa.

Uma cooperação salutar neste campo viria para a hermenêutica jurídica com o que Müller chama de “teoria da comunicação”. Ele se incumbem, inclusive, de criticar a presença de elementos ontológicos na busca pela hermenêutica jurídica de um sentido unívoco dos textos. Seria uma teoria da comunicação a responsável por uma atuação conjunta dos membros de um grupo social. Nexos são formados a partir de ações e organizações que não estão previamente controladas pela expressão lingüística da norma jurídica. Assim, os *conceitos jurídicos* (como o conceito de “crime político”, como o conceito de “crimes conexos”) forneceriam apenas sinais para descrições factuais da realidade social. “*O texto da norma não “contém” a normatividade e sua estrutura material concreta*”¹¹. Na tarefa de concretização da norma, muito ainda haverá que ser feito por parte de destinatários e de órgãos institucionais para construir o campo da normatividade.

Não se pode, contudo, correr o perigo de ontologizar a própria diferenciação, de objetivá-la. Quando se fala em “descrição da realidade social” não se pode incorrer no erro de reavivar uma oposição rígida entre normas e vida social, entre o chamado “fático” e o “normativo”. Perder-se-ia de vista a próprio caráter constitutivo da linguagem. Habermas¹² recupera no lingüista alemão Wilhelm von Humboldt as premissas básicas para demonstrar o papel da filosofia hermenêutica no giro lingüístico. Entre outras mudanças levadas a efeito pelo pensamento de Humboldt, a língua perde a primazia de designação de objetos para se tornar o *medium* do espírito de um povo e a concepção instrumental de uma linguagem que pré-estabelece noções e conceitos em prol da comunicação entre pessoas se esvai. Com isto, ganha sentido um perfil objetivo da linguagem somado a suas operações subjetivas, constituindo-se mutuamente. “*Sua parte, por assim dizer, morta deve ser sempre recriada no*

¹¹ MÜLLER. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, p. 41.

¹² HABERMAS. *Verdade e justificação*, p. 66.

pensamento, e vivificada na fala ou na compreensão”¹³. Para que as particularidades de linguagens objetivas ligadas a certos contextos nacionais não subtraia a possibilidade do entendimento mútuo, ela deve recorrer à pragmática: a linguagem passa a ser formadora do pensamento. Não há acesso direto a uma realidade não interpretada, uma conclusão que von Humboldt já anunciava no século XIX. E será na relação entre o Eu e o Tu que as proposições serão testadas e gerarão integração social.

Com isto, será possível já naquele momento agregar teoria da linguagem e teoria moral – uma analogia que poderia ser trazida para a mesma conclusão tirada por Müller da relação entre “teoria da comunicação” e Direito Constitucional. O que permeia tal ligação é um *mundo da vida* linguisticamente estruturado¹⁴. O problema apontado por Habermas é que tal assunção não permite explicar como se apreende fatos em relação ao mundo objetivo, nem como se pode progredir a partir de ganhos de conhecimento, ou seja, como relacionar devidamente hermenêutica, pretensões de verdade e pretensões de correção. Será apenas com o contributo de Gottlieb Frege e de Wittgenstein que se promoverá devidamente o giro lingüístico e uma superação da filosofia da consciência. A partir do último, será possível alterar o sentido da compreensão de uma faculdade psíquica para uma faculdade prática¹⁵.

Quem irá, contudo, dar um passo além a partir da discussão do estatuto científico da hermenêutica levado a cabo por Dilthey é Martin Heidegger: ela passa a ser radicalizada como inerente à própria existência humana. Seu problema foi não ter considerado devidamente a influência mútua do saber lingüístico e do saber sobre o mundo. Problema semelhante Habermas enxergará em Wittgenstein, que fixa previamente os critérios de definição da verdade e da falsidade de enunciados. Posição diferenciada terá Karl-Otto Apel:

De um lado, nela [na tese de Doutorado de Apel] ele se volta contra uma compreensão intencionalista do significado lingüístico e contra uma concepção instrumentista de comunicação lingüística, lembrando a visão de Humboldt “de que toda compreensão do mundo pressupõe também (!) um *a priori* sintético do sentido (não exatamente na forma de proposições prontas, mas de planos de construção de proposições, de categorias, conceitos, sim, de significados de palavras)...”. De outro, no entanto, Apel adverte contra a idéia de tornar a função de

¹³ VON HUMBOLDT in HABERMAS. *Verdade e justificação*, p. 67.

¹⁴ “*La mayor parte de lo que se dice en la práctica comunicativa cotidiana permanece aproblemático, escapa a la crítica y a la presión que ejercen las sorpresas provenientes de las experiencias críticas, porque vive del excedente de validez que representan las certezas sobre las que de antemano estamos de acuerdo, es decir, de la obviedad de las certezas de que está tejido nuestro mundo de la vida*” (HABERMAS. *Pensamiento postmetafísico*, p. 92).

¹⁵ “*Não podemos “vivenciar” o sentido de uma proposição, pois a compreensão não é um processo psíquico, mas depende da observância de uma regra: “Compare: ‘Quando suas dores diminuítam?’ e ‘Quando você parou de compreender essa palavra?’”. O saber quanto a maneira de aplicar um critério é uma faculdade prática – assim como se “sabe” jogar xadrez –, mas não um estado mental, nem uma propriedade psíquica*” (HABERMAS. *Verdade e justificação*, p. 78-79).

abertura lingüística ao mundo independente da função cognitiva de representação de fatos. Ele postula, antes, uma “relação de pressuposição recíproca” e “penetração” mútua entre um “projeto de significabilidade” particular e uma “atitude de pensamento de validade absolutamente universal”¹⁶.

Contudo, nenhuma análise do papel da hermenêutica no giro lingüístico seria devidamente feita sem a abordagem da proposta gadameriana. Seu passo inicial é pragmaticamente permeado pela mútua compreensão entre autor e intérprete. A hermenêutica de Dilthey encontrará sua pré-história na hermenêutica filológica e na hermenêutica bíblica; esta última é exemplar na medida em que, para Lutero, a tradição pode ser dispensada na compreensão das Sagradas Escrituras. Pelo contrário, estas teriam um sentido unívoco em sua própria literalidade. Esta proposta da Reforma Protestante será enterrada no século XVIII pela constatação de que a pluralidade de autores do texto bíblico reflete-se na necessidade de uma compreensão que desse importância ao contexto histórico, mais do que ao sentido gramatical¹⁷. Mas será apenas com Schleiermacher, no entanto, que se buscará dar à hermenêutica uma autonomia metodológica, não obstante ele falhe nesta tentativa ao enfatizar o psicologismo na interpretação¹⁸.

Gadamer recupera a noção positiva que Heidegger pôde perceber do círculo hermenêutico proposto por Schleiermacher. Essa noção permite que a compreensão se desprenda de intuições populares e se dê segurança ao tema científico advindo da coisa mesma interpretada. Ainda que sujeito aos mais variados desvios, o intérprete deve prestar tributo à coisa interpretada e ao que ela mesma pode oferecer. Para que isto ocorra devidamente, é necessária a elaboração de um projeto prévio que contará com pré-compreensões que poderão não se verificar no objeto interpretado; rever constantemente tal projeto e testar as opiniões prévias ante a coisa são partes do projeto de compreensão.

Este é o aspecto mais rudimentar da compreensão: entrar na linguagem da época de elaboração de um texto e na linguagem do autor. Apresenta-se o problema da liberdade frente a pré-conceitos, assim como o problema de se é possível livrar o texto de mal-entendidos entre opiniões prévias do autor e opiniões prévias do intérprete. Neste ato de comunicação, fácil é perceber que não é necessário, também, arvorar-se em tais preconceitos

¹⁶ HABERMAS. *Verdade e justificação*, p. 84.

¹⁷ Lembremos que, a despeito do contexto histórico ser importantíssimo na análise da Lei de Anistia, ele foi invocado indevidamente pelos votos dos Ministros do STF, principalmente pretendendo que fosse o mesmo irreconciliável com qualquer sentido atualizador do texto perante o contexto pós-1988.

¹⁸ “Disso segue-se – o que a hermenêutica jamais deveria esquecer – que o artista que cria uma obra não é seu intérprete qualificado. Como intérprete não tem nenhuma primazia básica de autoridade face ao simples receptor de sua obra. Na medida em que ele próprio reflete, converte-se em seu próprio leitor. Sua opinião como produto dessa reflexão não é paradigmática. O único critério de interpretação é o conteúdo de sentido de sua criação, aquilo que ela “quis dizer”” (GADAMER. *Verdade e método I*, p. 265).

e petrificá-los: a abertura para a opinião do outro e para a opinião do texto é uma possibilidade. Tal articulação, contudo, não se dá no vácuo de uma infinidade incontrolável de opiniões, pelo contrário, ela tem um chão firme determinado pela própria coisa em questão:

Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais¹⁹.

Isto não significa, contudo, o domínio do texto sobre o intérprete, mas tão somente a assunção consciente de suas próprias tradições e de sua relação com aquele objeto interpretado. Preconceitos não percebidos é que interrompem a comunicação. Não é à toa que o grande preconceito do Iluminismo seja seu preconceito em relação aos preconceitos. No campo do direito, a negatividade do preconceito, ou de um precedente, estaria na redução das chances daquele que litiga. A compreensão neutra e livre de preconceitos é parte de sua postulação. Mas mesmo o próprio escrito é dotado de um caráter autoritativo. É preciso um esforço maior para distinguir opinião e verdade derrubando a força detida pelo que foi escrito – neste passo, Gadamer remete à queda da autoridade da historiografia antiga e à necessidade de prudência na análise de arquivos e registros históricos defendida, por exemplo, por Collingwood²⁰. Para a *Aufklärung* moderna, nem mesmo esta tradição deve ser mantida.

Em caminho oposto, o Romantismo de Burke sobrevalorizará o preconceito – entretanto, sendo tão “preconceituoso” como a *Aufklärung*, tomando o velho como velho. Haveria algum tipo de sabedoria superior própria dos tempos antigos do mito. A ciência histórica do século XIX estará impregnada pela concepção de que o passado possui um valor próprio capaz de se impor ao presente. Sem cair, contudo, nas armadilhas do Romantismo, Gadamer pretende recuperar o sentido positivo do reconhecimento de que a inserção do caráter humano e da consciência histórica nas tradições é que iluminará a razão. É preciso reconhecer a existência de preconceitos legítimos. A ideia proposta pela *Aufklärung* de que a separação entre preconceitos legítimos e ilegítimos será feita com o recurso a métodos é

¹⁹ GADAMER. *Verdade e método I*, p. 358.

²⁰ GADAMER. *Verdade e método I*, p. 362. Ele se refere a Collingwood e ao paralelo que pode ser estabelecido entre a crítica das fontes e ao giro possibilitado por Francis Bacon em relação à investigação da natureza. No caso desta pesquisa, fica, desde já, a advertência contra aceitar, por exemplo, que um testemunho de época, o do ex-Ministro do STF Sepúlveda Pertence, possa deter primazia sobre o significado de um texto normativo interpretado...

evidentemente descartada por Gadamer em vista de seu caráter cartesiano. Não que Gadamer oponha efetivamente verdade *contra* método. Preferimos a assunção de Coreth²¹, que vê o próprio título da obra fundamental do primeiro alemão como verdade *e* método. Fique assinalado, de qualquer modo, que a tarefa hermenêutica não pode ser a de um apego irrefletido a métodos como pretendia a *Aufklärung* e como é parece ser a posição do Ministro Ayres Britto em seu voto na ADPF n° 153/DF ao recorrer, incessantemente, aos diversos tipos de interpretação propostos por Savigny.

É preciso percorrer o caminho da recuperação de um sentido positivo da autoridade: não se trata apenas de imposição por meio da abdicação da razão, pelo contrário, a autoridade implicar em um ato, ao mesmo tempo, de reconhecimento e de conhecimento. A autoridade não é outorgada, mas alcançada: ela se comunica não pelo que dito de forma arbitrária, mas sim por aquilo que é passível de compreensão. Esta autoridade liga-se diretamente à tradição e ao processo que a mantém: a conservação que, muito mais que ato irrefletido, é um ato de razão. Gadamer fará a afirmação lapidar de que mesmo em situações extremas de mudanças dramáticas, revoluções, se conserva muito mais do que se pretende esquecer²².

A investigação histórica, com isso, é ela mesma alimentada pela tradição, não sobrevivendo mais uma rígida distinção entre história e conhecimento da história. Trata-se de uma mesma relação humana com o passado e novos conhecimentos obtidos sobre a história se entrelaçam nela mesma. Não há, inclusive, que se falar em *um objeto* do conhecimento histórico, já que ele mesmo se apresenta como insubmisso a uma completa cognição.

O *círculo hermenêutico* pode, então, retornar sob uma nova perspectiva. Não se trata mais de enfatizar o psicologismo de Schleiermacher. A compreensão de um texto escrito se volta sobre uma dimensão de sentido autônoma, desligada da subjetividade do autor. O caso é antes de uma participação em um sentido comum do que de uma comunhão misteriosa

²¹ Cf. CORETH, Emerich. *Questões fundamentais da hermenêutica*. Trad. Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

²² Aqui se insere, claramente, um dos aspectos cruciais da *justiça de transição*: “re-projetar” no futuro como aprendizado o passado que se pretende exorcizar. “Assim, o que observamos em muitos países é que bem depois de julgamentos e histórias oficiais serem considerados conclusos, uma dinâmica de ‘ciclos de memória’ entra em cena. Isso está relacionado com mudanças de governo e de contexto político, e ao longo do tempo, com a mudança geracional. Wilde refere que as ‘irrupções de memória’, no caso do Chile, emergem como resultado de um ou outro evento que desencadeia ativismo renovado em torno da questão de injustiça passada. Porém, essas ‘irrupções’ fazem parte de ‘ciclos de memória’ mais amplos. Novos governos e cada geração devem interpretar o sentido das atrocidades do passado por si próprios, de modo que os consensos sobre o passado numa época podem ser alterados, modificados e revisados noutra, para suprir as necessidades do novo” (BRITO. *Justiça transicional e a política da memória*, p. 76).

de almas²³. Mas também sob o aspecto objetivo o círculo hermenêutico de Schleiermacher deve ser reinterpretado. O ir e vir da compreensão em direção ao texto que é suspenso no momento em que se realiza o fenômeno do entendimento deve ser substituído pela noção heideggeriana de que o círculo se realiza, mas também perdura no momento em que a compreensão se efetiva. A este círculo reconstruído é preciso aliar a condição de possibilidade que Gadamer chamará de “concepção prévia da perfeição”: algo só é compreensível se pressupomos que ele possui uma unidade de sentido perfeita e, apenas quando isto não ocorre, procuramos corrigir o movimento do círculo.

Da mesma forma que o destinatário de uma carta compreende as notícias que esta contém e vê as coisas, de imediato, com os olhos de quem escreveu, dando como certo o que este escreve, e não procura, por exemplo, compreender as opiniões particulares do escritor, também nós compreendemos os textos transmitidos sobre a base de expectativas de sentido que extraímos de nossa própria relação precedente com o assunto. [...] É só o malogro da tentativa de admitir como verdadeiro aquilo que foi dito no texto que gera o esforço de “compreender” o texto como a opinião de outro, psicológica e historicamente²⁴.

É assim que se mostra compreensível que o dispositivo do art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979, tenha por tantos anos mantido a controvérsia de se saber se houve ou não anistia para crimes comuns praticados por agentes públicos no período da ditadura. Poder-se-ia dizer que ele se encontrava em um suposto “estado de perfeição”, que estava sob o manto da “concepção prévia de perfeição”, aos olhos de boa parte da sociedade brasileira e aos olhos de boa parte de suas instituições estatais e constitucionais. Em termos transicionais, o processo de verificação de necessidade de rever esta “concepção prévia de perfeição” pode, sim, ser lento, já que envolve uma série de fatores não apenas de índole jurídica, mas política, social ou mesmo ideológica²⁵. Com isto, o texto normativo de 1979 gera, sim, condicionamentos para aquilo que Müller chamou de “âmbito da norma”.

Mas há outra razão que opera em somatória a este controle exercido pelo o que o texto pode oferecer. Ela se liga à questão de que, normalmente, um intérprete conhece mais de um texto que seu próprio autor; ou, melhor ainda, ao fato de que cada época compreende a

²³ GADAMER. *Verdade e método I*, p. 387.

²⁴ GADAMER. *Verdade e método I*, p. 389-390.

²⁵ “Uma questão central é a relação de forças e poder que se estabelece entre os agentes favoráveis e contrários à implementação de medidas transicionais. Em termos gerais, quanto mais uma transição ocorre com a derrota da velha elite autoritária e dos agentes da repressão, maior é a margem de manobra para o desenvolvimento de políticas de verdade e justiça. As transições por ruptura oferecem maior âmbito de ação, particularmente quando há derrotas em guerras, tanto por forças nacionais como estrangeiras. Em contraste, as transições negociadas ou “pactuadas”, ou transições “por libertação”, normalmente oferecem menor margem de ação, pelo fato das forças dos regimes autoritários ainda vigorarem, de modo que a elite democratizadora tenha de se esforçar habilmente para reverter a balança de poder em seu favor” (BRITO. *Justiça transicional e a política da memória*, p. 64).

seu modo um texto transmitido. A compreensão é sempre parte de um atuar produtivo e não meramente reprodutivo. Neste ponto, Gadamer chega a afirmar que compreender não é “compreender melhor”, mas compreender de uma forma diferente. Há que se discordar neste ponto. Dworkin, por exemplo, nos mostra que em termos interpretativos é, sim, possível, no nível de uma correção normativa, falar no campo do direito em uma *resposta correta*.

Se as partes diante de um processo judicial não detêm qualquer direito a uma decisão específica em um caso difícil, Dworkin²⁶ assevera ser injusto deixar que as partes se submetam a uma decisão controversa acerca dos direitos que elas possuem²⁷. É melhor que as partes se submetam a uma decisão falível, contudo, do que a uma decisão baseada em argumentos de política ou injustificada. As razões que pedem que os juízes utilizem sua melhor capacidade de julgar são preponderantes, mesmo que não se possa provar a veracidade de um julgamento. Em não poucos casos, os argumentos são utilizados equivocadamente. Entretanto, os cidadãos tendem a sair ganhando mesmo assim²⁸: eles supõem que detêm direitos e deveres, uns em relação aos outros (autonomia privada) e em relação ao Estado (autonomia pública), não obstante não esteja claro quais são estes direitos e deveres. Conseqüentemente, o debate público acerca de tais questões cresce na medida em que a justiça é concebida como algo importante para suas reivindicações e que, por isto, merece ser densificada. Com isto, a busca por uma única resposta correta passa a ser um porto mais seguro em ordenamentos de princípios. “*O princípio geral do direito é um ideal mais nobre do que o princípio dos textos jurídicos*”²⁹.

E será a distância temporal que permitirá a produtividade do movimento da compreensão. Mais do que transpor-se ao contexto histórico de elaboração do texto, a compreensão pode julgar melhor se distante temporalmente do objeto. Mais uma vez, é o transcurso do tempo que dirá a medida de questionar o passado – é o construtivismo temporal de termos jurídicos como *imprescritibilidade* e, atualmente, *transição*.

²⁶ DWORKIN. *Levando os direitos a sério*, p. 432.

²⁷ “*En efecto, en el marco de un Estado de derecho, y en la medida en que está proscrito el pronunciamiento de non liquet, los jueces tienen el deber institucional de resolver todos los casos litigiosos, y además el deber de hacerlo con arreglo a derecho. En este sentido actúan (y en realidad deben actuar) bajo la suposición de que siempre hay una solución – lo que es tanto como decir que el derecho no alberga lagunas – y que sólo hay una solución correcta en términos del sistema – lo que es tanto como decir que el derecho no adolece antinomias*” (PÉREZ. *Una filosofía para erizos*, p. 19).

²⁸ DWORKIN. *Levando os direitos a sério*, p. 518.

²⁹ DWORKIN. *Levando os direitos a sério*, p. 519. Para uma discussão sobre a necessidade de superação da dicotomia entre regras e princípios, cf. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 269 e ss.

Suspendamos temporariamente Gadamer e voltemos a Müller. Nem o último, nem o primeiro desprezam, como visto, o papel do texto da norma. E não se está aqui a retroceder em prol de um positivismo legalista. Müller se socorre do princípio do Estado de Direito para apontar que a construção da *norma jurídica*, respeitando o *âmbito da norma* e a *normatividade*, esbarram em uma função limitadora do texto da norma³⁰.

Um outro voto proferido pelo Ministro Eros Grau demonstra como se pode utilizar uma distinção que é sempre vista como avanço em relação às premissas do *positivismo jurídico*³¹. Na Reclamação nº 4.335/AC³², o Ministro Eros Grau votou no sentido de que o papel do Senado Federal, dentro do controle difuso de constitucionalidade, se reduz ao de um órgão de publicação da decisão tomada pela Corte em sede de recurso extraordinário. A questão é que o art. 52, inc. X, da Constituição, regula este mesmo papel atribuindo ao Senado Federal não a mera função de publicação, mas sim a de suspensão da lei reconhecida como inconstitucional – ou seja, não havendo o papel do Senado, não haveria que se falar em efeitos *erga omnes* para uma decisão tomada em um recurso extraordinário (em que os efeitos seriam, via de regra, *inter partes*).

Ele começa por invocar a tensão presente no direito entre a necessidade de preservação da segurança jurídica, de um lado, e a função de interpretação e desenvolvimento do direito, do outro. A segurança jurídica seria alcançada pela vinculatividade do *texto*; o desenvolvimento do direito, pela possibilidade do intérprete ir além dele. Aqui aparece um problema. Ora, é o *texto* que vincula, ou será a *norma* dele obtida? Não é aqui que reside a diferenciação proposta por Müller? É estranho que o próprio Ministro Eros Grau, linhas abaixo, reconheça que esta oposição não é extremada, que o processo de interpretação apenas se completa no desdobramento da *norma*. A partir disto, é necessário verificar se houve

³⁰ MÜLLER. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, p. 49.

³¹ O positivismo jurídico é caracterizado por Ronald Dworkin (*Levando os direitos a sério*, p. 27-28) por meio de um esqueleto formado por três proposições ou preceitos-chave: a uma, o positivismo concebe o direito de uma comunidade como o conjunto de regras utilizado direta ou indiretamente por ela com o fim de determinar quais comportamentos serão punidos ou coagidos pelo poder público – tais regras são identificadas por um procedimento formal, um teste de *pedigree* que determina quais regras realmente valem e quais regras são, ou não, regras jurídicas; a duas, o conjunto de regras abarca todas as possíveis situações de aplicação, de modo que, não se enquadrando determinada situação no âmbito das regras instituídas, o caso não será decidido por meio da aplicação do direito – ele será decidido pela autoridade pública mediante seu discernimento pessoal; e, a três, dizer que alguém tem uma *obrigação jurídica* é dizer que seu caso está dentro do quadro de uma regra jurídica válida; se esta inexistir, e o juiz decide por intermédio de seu poder discricionário nesses casos, um direito jurídico não está sendo aplicado, mas sim algo criado pelo juiz.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.335/AC. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 19 de abril de 2007. Disponível em < http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/249_rcl%204335.pdf>. Acesso em 19 dez. 2007.

realmente uma *mutação constitucional* que permitiria a já referida readequação do papel do Senado Federal no controle difuso³³.

Tal mudança viria também por ocasião da necessidade de enfrentar a multiplicação sucessiva de litígios perante o Poder Judiciário, litígios estes que ele vê como reflexos de uma “luta de classes”. Diante da gravidade do problema, caberia a este Poder Judiciário bem exercer suas funções, especialmente viabilizando esta “luta de classes”. Não é possível concluir devidamente o significado desta expressão. Mas é possível inferir que o pluralismo invocado pelo Ministro Eros Grau parece perigoso (e não salutar) para a ordem jurídico-democrática. É então que ele mesmo faz a pergunta fundamental: “*Até que ponto pode o intérprete caminhar, para além do texto que o vincula? [...]*”. Invocando a comparação feita por Jean-Pierre Vernant entre o texto mítico e o texto normativo, ele dirá que este último encontra limitações coletivas muito mais drásticas ao se transformar em norma (a), que os “intérpretes autênticos” não podem modificá-lo a seu bel prazer (b), que o texto de algum modo deve ser parâmetro de referência da norma para os destinatários em geral (c) e que deve-se respeitar a coerência interna do texto (d). O “intérprete autêntico” deve falar na língua do texto. Ao cabo, permanece uma inescapável tensão entre texto normativo e norma. Não se trata, assim, de atuar como “boca da lei”, mas de reproduzir o direito em uma dimensão normativa.

Diante deste contexto, é que ele examinará a proposta feita na mesma Reclamação 4.335/AC pelo Ministro Gilmar Mendes de que o próprio texto normativo do art. 52 da Constituição passaria por uma *mutação constitucional*. Seria permitida uma mudança do próprio texto. As referências do Ministro Eros Grau passam a ser os trabalhos de Georg Jellinek³⁴ (a partir de Paul Laband) e Hsü Dau-Lin³⁵: assim, a mutação constitucional ganha a força de uma alteração necessária imposta pelo próprio ordenamento jurídico aberto à realidade. Esta, de seu turno, já era embalada por propostas de alteração do papel do Senado já bastante antigas, como a defendida por Lúcio Bittencourt³⁶, assim como por um papel omissivo por parte do órgão legislativo. O texto tornar-se-ia obsoleto.

³³ Para uma análise do conceito de *mutação constitucional*, cf. PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

³⁴ Cf. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Trad. Christian Förster e Pablo Lucas Verdu. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

³⁵ Cf. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

³⁶ “*Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares, que, de fato, independem da colaboração de qualquer dos outros poderes. O objetivo*

Em seguida, ele questionará o papel da Ciência do Direito frente às decisões do Supremo Tribunal Federal:

Sucede que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso³⁷.

Ora, por que, então, a referência a Jean-Pierre Vernant, Georg Jellinek, Hsü Dau-Lin, Lúcio Bittencourt, e a ele próprio (em seus trabalhos doutrinários)? De que serve uma ciência do Direito subserviente e incapaz de criticar o papel das instituições constitucionais como o próprio Supremo Tribunal Federal? Não há razão para referendar tal posicionamento.

Diante disto, foi possível para ele superar do texto normativo do art. 52, inc. X, da Constituição, produzindo uma norma jurídica nunca extraível do referido texto³⁸. O texto deixou de ser o limite. E veja-se que mesmo a tradição constitucional não era pela dispensa do papel do Senado de suspensão da lei inconstitucional, ainda que se tratasse de controle concentrado: com o advento desta modalidade de controle com a representação de inconstitucionalidade por meio da EC n° 16/1965 à Constituição de 1946, o STF continuou a oficiar o Senado Federal para que suspendesse a lei inconstitucional até 1975³⁹.

*do art. 45, n° IV da Constituição [de 1967] é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado “suspende a execução” da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo “inexistente” ou “ineficaz”, não pode ter suspensa a sua execução” (BITTENCOURT. *O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 145-146, destaques do original).*

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n° 4.335/AC. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 19 de abril de 2007. Disponível em < http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/249_rcl%204335.pdf>. Acesso em 19 dez. 2007, p. 14.

³⁸ “É verdade que a posição assumida pelo STF demonstra uma faceta decisionista da função jurisdicional, principalmente no que tange ao exercício dos mecanismos de controle de constitucionalidade, já que passam a exercer um papel hipertrofiado, avocando uma legitimidade duvidosa para, não apenas “guardar” a Constituição, mas assumir como uma modalidade de Poder Constituinte permanente. Assim, se para o STF a Constituição de 1988 não está suficientemente em compasso com o que ele entende por “realidade”, a questão deixa de ser tratada sob o ponto de vista de uma discussão pública e democrática sobre a necessidade de reforma/alteração da Constituição pelos canais institucionais que o próprio Texto Maior prevê, e passa a ser vista como uma saída mais imediatista, qual seja, a alteração da normatividade constitucional pelo STF” (PEDRON. *A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*, p. 56-57).

³⁹ “O Supremo Tribunal Federal não diferenciava, inicialmente, a declaração de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de norma daquela proferida no caso concreto, para os efeitos de submissão ao Senado Federal. Somente a partir de 1975 firmou-se orientação no sentido de reconhecer eficácia erga omnes à declaração de inconstitucionalidade proferida in abstracto” (MENDES. *Jurisdição constitucional*, p. 66, nota 90).

As contradições, desse modo, não podem deixar de ser mencionadas. Enquanto o texto normativo da Lei 6.683/1979 é vinculante, não permitindo a produção de normas que pudessem restringir a anistia estabelecida naquele ano (ainda que as divergências sobre o significado histórico da anistia fossem colocadas à parte pelo Ministro Eros Grau), o texto normativo do art. 52, inc. X, da Constituição de 1988 não o é. Ou seja, é possível superar o texto normativo de uma Constituição, mas não é possível interpretar legitimamente uma norma a partir do texto normativo de uma lei infraconstitucional.

2.2 – A noção gadameriana de interpretação como aplicação

Uma outra concepção sustentada reiteradas vezes pelo voto do Ministro Eros Grau foi a de que a interpretação é, sempre, uma aplicação. Esta não é senão a tese da *applicatio* de Gadamer⁴⁰. Segundo Gadamer⁴¹, com a velha tradição hermenêutica, o problema hermenêutico se dividia em três momentos: compreensão, interpretação e aplicação. O que lhe interessa é recuperar a unidade desses momentos.

Caso exemplar desta coincidência de interpretação e aplicação está presente justamente na *interpretação jurídica*. A objetivação de uma teoria geral da hermenêutica fez com que a hermenêutica jurídica fosse posta de lado, fora do âmbito daquela disciplina autônoma. A hermenêutica jurídica estaria destinada a somar os efeitos de uma dogmática inábil para alcançar toda a sorte de casos. Gadamer quer saber se há realmente essa diferença, investigando, tal como Emilio Betti, a posição de um jurista e a de um historiador do direito. Na visão de Gadamer⁴², Betti estabeleceria a diferença no fato de que o jurista deve conhecer o sentido originário da lei e atualizá-lo para a aplicação⁴³. Sua tarefa é maior que a do historiador do direito, que deve localizá-la temporalmente (valor posicional na história), aferindo o que buscou o legislador ao editar a lei naquele momento histórico. Gadamer defende para o historiador a mesma tarefa do jurista: ele não pode compreender objetivamente o momento da publicação de uma lei, livre das pré-compreensões do presente que o cercam. Do mesmo modo que se dá nas ciências do espírito, o hermeneuta jurídico segue o mesmo procedimento.

⁴⁰ SILVA FILHO. *O julgamento da ADPF 153 pelo STF e a inacabada transição democrática brasileira*, p. 9.

⁴¹ GADAMER. *Verdade e método I*, p. 406.

⁴² GADAMER. *Verdade e método I*, p. 427.

⁴³ Para tanto, cf. BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Também o historiador do direito leva em conta a perspectiva de um jurista. Ele precisa reconhecer e desenhar os seus efeitos jurídicos ao longo do tempo. Aqui também se faz presente a tradição.

Ao contrário de Betti, que toma a atividade do historiador como paradigmática ao fazer depender a objetividade do juiz da objetividade do historiador, Gadamer vê a atividade do juiz como paradigmática, uma vez que a compreensão do historiador não é desinteressada, mas condicionada pelas necessidades do presente. Mas nem juízes e nem historiadores são simplesmente livres para ler o que quiserem em suas percepções do presente ou do passado. Pelo contrário, tanto as necessidades do presente como a história da interpretação jurídica condicionam e delimitam sua interpretação de modos que eles não consideram arbitrários. Em suma, para Gadamer, a compreensão sempre pressupõe uma tradição⁴⁴.

Assim, se o juiz tem também a tarefa de reconstruir no presente um passado que em verdade não passou, não há como ele se desprender das tradições deste presente. Nelas aparecem a necessidade de respeito a um procedimento democrático e a direitos fundamentais; não se pode querer, portanto, situar-se no ano de 1979 de uma forma objetivante⁴⁵ e produzir uma interpretação que não corresponde a uma reconstrução histórica das diversas posições a respeito da anistia. Neste passo, afirmações como a “[...] *batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei n. 6.683/79*”⁴⁶ ou aqueles que efetivamente “[...] *pisavam o chão da História*” apenas desconsideram parcialmente não só o que realmente se passou, mas o próprio papel que o Poder Judiciário deve assumir ao se posicionar ante aqueles anos.

Mais do que isto: como tais afirmações podem ocupar o mesmo espaço daquelas no sentido de que a “interpretação/aplicação” “[...] *expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto*”? A própria decisão

⁴⁴ HOY. *Interpreting the law: hermeneutical and poststructuralist perspectives*, p. 141. Tradução livre de: “*In contrast to Betti, who takes the historian’s activity as paradigmatic by making the judge’s objectivity depend on the historian objectivity, Gadamer sees the judge’s activity as paradigmatic since the historian’s understanding is not disinterested, but conditioned by present needs. But neither judges nor historians are simply free to read whatever they want into their perceptions of the present or the past. On the contrary, both present needs and the history of legal interpretation condition and delimit their interpretation in ways that they do not consider arbitrary. In sum, for Gadamer, understanding always presupposes a tradition*”.

⁴⁵ “*Nesses termos, não mais podemos ser ingênuos em relação à nossa própria história política. Temos que assumir essa história, que faz parte da construção permanente de uma identidade constitucional, não identitária e não idêntica, múltipla e aberta; que, por isso, não pode ser reificada por ninguém que pretenda adotar um ponto de vista privilegiado em relação a ela*” (CATTONI DE OLIVEIRA. *Democracia sem espera e o processo de constitucionalização*, p. 215).

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 21.

não se justifica ante a história institucional⁴⁷ materializada em outros acórdãos do mesmo tribunal, violando a necessária *integridade*⁴⁸ que deve permear a atuação jurisdicional. No julgamento, por exemplo, da ADPF nº 46-7/DF, em que se discutia o privilégio da União para a exploração do serviço postal, o Ministro Eros Grau salientou, com base em Hesse, que a Constituição não pode ser dissociada de sua realidade histórica, que “[...] *não se a pode separar da realidade concreta de seu tempo e a pretensão de eficácia de suas normas somente pode ser realizada se for levada em conta essa realidade*”. Disse mais:

O direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza⁴⁹.

Já no julgamento da ADI nº 2.240-7/BA, em que se declarou *inconstitucional sem pronúncia de nulidade* lei baiana que desmembrava Município à revelia da existência de lei federal dispendo sobre o período temporal em que aquela poderia ocorrer, salientou-se que a inconstitucional criação do Município poderia prevalecer sobre a norma constitucional do art. 18, § 4º. Ou seja, não obstante a omissão inconstitucional do legislador em produzir a lei complementar federal fixando o período temporal, seria a situação “dos fatos”, do “mundo do ser”, que deveria prevalecer:

Cumpra além do mais considerarmos que essa existência real não está inserida para além do ordenamento, senão no seu interior. É que o estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção⁵⁰.

⁴⁷ A história institucional desempenha um importante papel na legitimidade da atuação do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito. Esta ideia está presente na tese dos direitos de Ronald Dworkin (*Levando os direitos a sério*, p. 134). Sendo os juízes autoridades públicas, estão eles sujeitos à *responsabilidade política*. A doutrina da responsabilidade política prega que as autoridades só podem tomar decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que, por sua vez, possa alcançar outras decisões possíveis.

⁴⁸ A integridade “[...] *exige que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns*” (DWORKIN. *O império do direito*, p. 201).

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 46-7/DF. Arguente: ABRAED – Associação Brasileira das Empresas de Distribuição. Arguido: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Relator originário Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão Ministro Eros Grau. Brasília, 5 de agosto de 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>>. Acesso em 12 nov. 2011, p. 72.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 46/DF. Agente: ABRAED – Associação Brasileira das Empresas de Distribuição. Arguido: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão Ministro Eros Grau. Brasília, 5 de agosto de 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>>. Acesso em 18 out. 2011, p. 91.

Ora, resta saber se realmente prevalece o paradigma hermenêutico ou se ainda hoje podemos dizer que a própria norma “se suspende”. Após reiteradas vezes enfatizar que considerações sobre a inconstitucionalidade ocorrem no mundo do “dever ser”, pelo menos aos olhos do autor da ADI nº 2.240/DF, o voto do Ministro Eros Grau inverte novamente o sentido da oposição “ser/dever ser” ou “mundo jurídico/mundo dos fatos”, para dizer que mesmo a inconstitucionalidade deve ser lida como violação de uma ordem concreta situada historicamente no espaço e no tempo (incluindo-se aí o que se chama de “exceção”).

2.3 – O significado das chamadas “leis-medida”

Da necessária distinção entre norma e texto normativo, da coincidência entre os momentos de interpretação e aplicação no processo hermenêutico (tese da *applicatio*), seria de se esperar que a Lei nº 6.683/1979 fosse ela também interpretada à luz da Constituição de 1988, à luz da “realidade presente” como tantas vezes salientou o Ministro Eros Grau. Já vimos que a história⁵¹ foi outra. O voto do Ministro Eros Grau classificou a Lei de Anistia de 1979 como uma “lei-medida” que exigiria sua interpretação à luz do contexto histórico dos anos que antecederam a aprovação da lei – o que levaria à conclusão de que um “acordo político” alimentaria a interpretação de que a expressão “crimes conexos” abrangia atos ilícitos praticados por agentes do regime ditatorial.

Há dois problemas que podem ser invocados a partir dessa conclusão. Primeiro, o significado de uma “lei-medida” e o “impedimento” de que ela não se sujeitaria a uma interpretação atualizadora de sentido perante a Constituição de 1988 ante o caráter universal da interpretação; segundo, a questão de que teria havido um “acordo político” fundamental para a aprovação da Lei de Anistia, o que é questionável pelo próprio significado da expressão “acordo político” e diante do que a historiografia brasileira tem reconhecido sobre o período.

No âmbito do Direito Administrativo, o conceito de “lei-medida” remonta, segundo Canotilho⁵², a Ernst Forsthoff que, de seu turno, aprofundou a conceituação a partir da diferenciação schmittiana entre “lei” e “medida”⁵³. Ele compreendeu como inevitável a

⁵¹ É preciso lembrar que também o julgamento da ADPF nº 153 “fez história”. Também ele está agora sujeito à contínua revisão por parte dos historiadores e da própria esfera pública.

⁵² CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 717. Devo as impressões que se seguem sobre a origem das chamadas “leis-medida”, assim como a parte das indicações bibliográficas aos colegas Frederico Nunes de Matos e Maria Tereza Fonseca Dias.

⁵³ “*Con éste tendríamos el tercer legislador extraordinario de la Constitución de Weimar: el legislador del artículo 48, sección 2. Este legislador no es extraordinario racione materiae, como el legislador constitucional que dicta normas de carácter jurídico material; tampoco es extraordinario racione suprematatis, como el pueblo que decide por sí mismo; sino que es extraordinario, si me es permitido decirlo, racione temporis ac situationis.*”

adoção de um caminho por parte do legislador de utilização de leis tendentes a solucionar problemas sociais e econômicos no Pós Primeira Guerra Mundial. Forsthoff não está a se referir a um legislador extraordinário como pretendeu Schmitt, mas ao próprio legislador ordinário que estaria a se utilizar de verdadeiras “leis de sentido concreto”⁵⁴. Seguiu-se, posteriormente, uma discussão a respeito de qual seria o critério devido para a diferenciação entre “leis-norma” e “leis-medida”. Forsthoff, Menger e Ballestedt as qualificavam como “leis de escopo”, voltadas para finalidades concretas e, assim, infensas a um controle de legalidade tal qual o realizado sobre atos administrativos; desta maneira, tais “leis-medida” gerariam maiores possibilidades de lesão de interesses particulares e direitos fundamentais. Menger chega a dizer que “leis-medida” seriam opostas a “normas” uma vez que apenas estas seriam guiadas por reivindicações de justiça, ao passo que aquelas adotariam uma lógica finalística. Ora, dentro dessa concepção, seria inadmissível qualificar uma lei de anistia como “lei-medida”, dado que isto colocaria direitos fundamentais de vítimas claramente em risco.

A doutrina administrativista alemã também procura trazer como nota distintiva das chamadas “leis-medida” o fato de que elas tendem a conformar cada vez mais a atuação da Administração Pública, limitando seu espaço de ação:

“Na Alemanha, a monarquia e mesmo o Governo e a Administração republicanas conservaram, com forte autonomia política, também um poder de criação normativa. Só na mais recente época constitucional alemã, passaram a ser permitidas, entre outras, nos termos do art. 14 III 2 e 19 I 1 GG, **leis-medida**, isto é, leis referidas a uma situação concreta, sendo a Administração cada vez mais limitada à mera execução (Ver BVerfGE [Entscheidungen des bundesverfassungsgerichts - Decisões do Tribunal Constitucional Federal], 25, 371, 396; 95, 1, 15 ss.; Kunig, Jura 1993, 308 ss.). Esta evolução foi desencadeada pelo facto de a conformação social, graças ao seu caráter geral, igualitário e de salvaguarda da liberdade (por exemplo, criação de condições de vida iguais para todos BVerfGE 95, 1, 18) também exigir - para todo âmbito material, especial e actual - a decisão programática do legislador democrático (a chamada **teoria da essencialidade**; ver, para mais pormenor, Kloepfer, VVDStRL [veröffentlichungen der vereinigung der deutschen

*A través de todas las ficciones y nebulosidades normativistas, se abre paso en él la simple verdad científico-jurídica de que las normas sólo valen para situaciones normales y que la normalidad de la situación que presuponen es un elemento básico de su “valer”. Pero el legislador de la situación normal es algo distinto del comisario ejecutivo de la situación anormal que restablece la situación normal (la “seguridad y el orden”). Ahora bien: aunque a éste se le considere un “legislador” y a sus medidas “leyes”, a pesar de todas estas equiparaciones, subsiste en realidad una diferencia, que hace que las “medidas legislativas” del comisario ejecutivo, precisamente debido a su equiparación a “leyes”, destruyan el sistema de legalidad del Estado legislativo parlamentario” (SCHMITT. *Legalidad y legitimidad*, p. 313, destaques do original).*

⁵⁴ No âmbito da dogmática do Direito Administrativo brasileiro, pode-se verificar a discussão inicial do conceito em Seabra Fagundes (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 27): “Uma das formas de manifestação das leis apenas em sentido formal é a das chamadas ‘leis-medidas’, ou leis de efeito concreto, cada vez mais comuns no Estado Contemporâneo, no qual há constante necessidade de interferências pontuais do Estado legislador. São leis ‘de intervenção em situações concretas para precisos efeitos e que se traduzem, pois, em medidas ou providências dirigidas à resolução destes ou daqueles problemas em tempo útil (...), leis em que a actio dir-se-á suplantando a ratio ou a contituito”.

staatsrechtslehre - Publicações da Associação de direito constitucional alemão] 40 (1982), 67 ss; o. § 14 III 4 b e infra § 30”⁵⁵.

A referida “teoria da essencialidade” coloca em questão o papel essencial – daí o nome – a ser desenvolvido pelo Executivo e pelo Legislativo no desempenho de suas funções precípua no âmbito da separação de poderes. Esta teoria foi desenvolvida pela Corte Constitucional Alemã justamente no contexto do embate entre “lei” e “regulamento” para a conformação da Lei Fundamental de Bonn. Uma vez que apenas excepcionalmente esta Constituição determina quais matérias estão sujeitas à reserva de lei, a Corte assumiu a tarefa de estabelecer maiores balizas, sem que, com isso, comprometesse a atividade regulamentadora do Poder Executivo e o caráter de “fonte do direito” do regulamento: a lei deveria previamente delimitar o conteúdo do regulamento, mas sem sufocá-lo, e tal delimitação cresceria na medida em que a matéria estivesse relacionada a direitos fundamentais. Em vista da “teoria da essencialidade”, como o Parlamento detém maior legitimidade democrática, caberia a ele a decisão sobre os aspectos “essenciais” da disciplina jurídica⁵⁶.

Canotilho⁵⁷ traz ainda outro critério de distinção, este de natureza formal e que se abre para três possibilidades. Poder-se-ia falar de uma “lei-medida” segundo o número de destinatários, poucos em se tratando deste tipo normativo, e vários em se tratando de “leis-norma”. As “leis-medida” seriam “leis individuais”: daí que leis restritivas de direitos fundamentais só poderiam ser “leis-norma”, nunca “leis-medida”, vez que teríamos um claro abalo para o princípio da igualdade. Mais um contributo para refutar a ideia de que uma lei de anistia pudesse ser uma “lei-medida”: por um lado, ela atingiu um número generalizado de pessoas que lutaram contra o regime militar (e não os que estavam a seu lado, em uma interpretação constitucionalizada da lei de 1979); por outro lado, caso se abrace a tese de que ela instituiu uma auto-anistia, ela restringiu direitos fundamentais de vítimas, portanto, não poderia ser uma “lei-medida”, apenas uma “lei-norma”.

Aponta-se, ainda, o critério segundo o qual as “leis-medida” seriam leis destinadas a situações concretas e não a regulações em abstrato. Também aqui não procede o argumento de que leis de anistia pudessem assim ser qualificadas: em primeiro lugar, porque a

⁵⁵ WOLFF. BACHOF. STOBER. *Direito Administrativo*, p. 225, destaques do original. Novamente, sou grato a Maria Tereza Fonseca Dias por ter chamado a atenção para esta referência.

⁵⁶ MONIZ. *A recusa de aplicação de regulamentos pela administração com fundamento em invalidade*, p. 118. A discussão ganhou as vestes de *nondelegation doctrine* no seio da jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana, que discutiu os limites constitucionais dos *regulatory statutes* em casos como *Panama Refining Co. v. Ryan* [293 U.S. (1935) 388].

⁵⁷ CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 718.

distinção concreto/abstrato ignora a constitutividade que normas jurídicas linguisticamente mediadas possuem como caráter distintivo; em segundo lugar, por que as inúmeras e infundáveis situações abarcadas pela anistia de 1979 (incluindo combatentes do regime, ex-servidores públicos, agentes militares que se opuseram ao regime exceção etc., mas nunca agentes públicos que praticaram crimes em nome de uma suposta razão de Estado) não permitem dizer que houvesse a concretude exigida pelo critério de distinção mencionado.

Um último critério apontado é o de que as “leis-medida” seriam “leis temporárias” – critério este, em parte, adotado pelo voto do Ministro Eros Grau – já que editadas com prazo de vigência previamente estabelecido ou com limite temporal advindo da satisfação dos fins da própria lei. Ora, só se pode entender que a Lei de Anistia instituiu verdadeira “auto-anistia”, como pretendeu o STF, caso se admita que até hoje ela produz efeitos impeditivos, por exemplo, de uma persecução penal.

O estudo das chamadas “leis-medida” já havia sido feito doutrinariamente pelo Ministro Eros Roberto Grau e mencionado em votos como os proferidos na ADI nº 820-0/RS⁵⁸ e ADI nº 3.573-8/DF⁵⁹. Em *O direito posto e o direito pressuposto*⁶⁰, ele começa por salientar que concomitantemente às atuais definições imprecisas e vagas das leis (ora, mas essa conclusão não viria apenas no processo interpretativo, como ele enfatizou em relação à expressão “crimes conexos”?), estas passariam a defrontar-se com a necessidade de regular situações concretas semelhantes a um “procedimento administrativo especial”. Com base em Forsthoff, ele conclui que as “leis-medida” apareceriam no momento em que o legislador passa à ação e não edita mais normas gerais e abstratas, mas sim medidas de execução. As “leis-medida” seriam atos administrativos que a Administração Pública apenas completaria, “[...] mas trazendo em si mesmas o resultado específico pretendido ao qual se dirigem”.

Com efeito, Renato Alessi, também mencionado pelo Ministro Eros Grau, defende:

[...] enquanto norma é um preceito expresso mediante estatuição primária (como válido por força própria mesmo eventualmente com fundamento em um poder não originário, mas derivado ou atribuído ao órgão emissor), ao contrário lei é uma

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 820-0/RS. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 15 de março de 2007. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=512007>>. Acesso em 20 nov. 2011.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.573-8/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Brasília, 1º de dezembro de 2005. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395720>>. Acesso em 20 nov. 2011.

⁶⁰ GRAU. *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 254.

estatuição, mesmo que desprovida de conteúdo normativo, expressa necessariamente com valor de estatuição primária por um órgão legislativo ou outro órgão delegado por este último a substituir-se ao primeiro (hipótese, neste caso, que dá lugar às figuras do decreto-lei e do decreto legislativo)⁶¹.

Assim, nem sempre uma norma estaria estatuída em lei, do mesmo modo que uma lei nem sempre conteria uma norma. Consequentemente, poder-se-ia falar em “lei norma”, “lei não norma” e “norma não lei”. Sem nos determos em questões terminológicas (que deixariam mais confusas as diferenciações feitas ao longo do voto), já podemos refutar de imediato a diferenciação ante as mudanças ocasionadas pelo giro-hermenêutico pragmático, mudanças estas às quais não consegue estar infenso o Direito Administrativo. Pois se um texto de norma só é norma ante o processo interpretativo que se desdobra a partir dele, como uma “lei” poderia ser “lei não norma”? Ainda que ela não se disponha na clássica conceituação de “norma geral e abstrata”, ou seja, ainda que se trate de “lei em sentido formal” com destinatários e situações pré-delimitadas a regular, ela só se converte efetivamente em norma jurídica ante o caso concreto. Mas não era com fundamento nisto que o voto do Ministro Eros Grau criticou a iniciativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil quando estressou a diferenciação ao se prender à expressão o que “*se procurou*” contida na inicial?

Em relação à Lei n° 6.683/1979, nada mais incoerente: se a expressão “crimes conexos” sempre fora isenta de dúvidas, como explicar a atual controvérsia sobre a mesma? Aliás, o próprio reconhecimento da condição de anistiado dependeu do Decreto n° 84.143/1979 (que também disciplinou o procedimento para o pedido de retorno ou reversão ao serviço público ativo, dependente de decisão de “altas autoridades” de Estado que deveriam julgar a situação de cada requerente), assim como só a posterior Lei n° 10.559/2002 pôde definir o regime jurídico do anistiado político. Defender que as chamadas “leis-medida” não estão sujeitas à interpretação por serem leis apenas em sentido formal ou medidas de execução e que, por isto, estariam sujeitas a uma interpretação no contexto em que produzidas significa negar à hermenêutica o papel universal a ela imputado; pois se interpretação e aplicação coincidem, a Lei de Anistia só poderia mesmo ser interpretada à luz do presente “constitucionalizado democraticamente” a partir de 1988, não à luz do regime ditatorial de outrora.

⁶¹ ALESSI. *Principi di diritto amministrativo*, p. 7, destaques do original. Tradução livre de: “[...] *mentre norma è ogni precetto espresso mediante statuzioni primarie (in quanto valevole per forza propria ancorchè eventualmente in base ad un potere non originario bensì derivato o attribuito all’organo emanante) per contro legge è ogni statuizione, anche se mancante di contenuto normativo, espressa, necessariamente com valore di statuizione primaria, dagli organi legislativi o da altri organi delgati da questi ultimi a sostituirsi ai primi (ipotesi, quest’ultima, che dà luogo alle figure del decreto-legge e del decreto legislativo)*”.

Isto significa, pois, que a Constituição de 1988 permitiria o seu próprio descumprimento. Basta pensar, por outro lado, que a própria interpretação que o voto faz da Lei de Anistia é já uma “interpretação/aplicação”, ou seja, já espraia seus efeitos agora, no presente. Que efeitos são esses? Negar vigência a normas constitucionais como as que estabelecem o devido processo legal, a isonomia, a dignidade da pessoa humana e o direito à informação e à memória⁶². Assim, normas constitucionais como as constantes dos arts. 3º, incs. I e IV, e 5º, *caput* e inc. XXXIII, cedem lugar a uma interpretação da Lei nº 6.683/1979 que depõe cabalmente contra a Constituição.

Mencione-se ainda, e já antecipando a discussão do próximo ponto, que não há qualquer argumento que possa sustentar a impossibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade de supostas “leis-medida”. Para além da clara redação do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República, que instituiu ampla inafastabilidade jurisdicional, é preciso ressaltar que se leis estão sujeitas ao cumprimento de normas constitucionais, mais ainda atos de efeitos ditos “concretos”. O Supremo Tribunal Federal tem oscilado quanto a possibilidade de acatar como objeto do controle concentrado de constitucionalidade normas deste jaez. Assim, por exemplo, no julgamento da ADI nº 3.573-8/DF⁶³, a mesma conceituação de “leis-medida” foi impeditiva do exercício de controle de constitucionalidade sobre decreto legislativo expedido pelo Congresso Nacional e autorizador da implementação do aproveitamento hidrelétrico de Belo Monte no Rio Xingu. Por outro lado, contraditoriamente, ao julgar a MC-ADI nº 4.048-1/DF⁶⁴, que questionava a abertura de créditos extraordinários via medida provisória (matéria orçamentária vista como de “efeitos concretos” e imune a controle de constitucionalidade concentrado, segundo a jurisprudência

⁶² “De qualquer modo, pretender que a Lei nº 6.683 teve efeitos imediatos e irreversíveis constitui grosseiro sofisma, por dois singelos motivos. Em primeiro lugar, porque a premissa maior do silogismo já é a sua conclusão (vício lógico denominado *petição de princípio*); ou seja, a possibilidade de se reconhecer a conexão criminal entre delitos praticados com objetivos ou propósitos contraditórios. Em segundo lugar, porque, ao assim se exprimir, o magistrado demonstrou ignorar o fato óbvio de que os alegados efeitos imediatos de uma lei de anistia não podem estender-se a crimes continuados (como o de ocultação de cadáver), cujos autores permanecem no anonimato.” (COMPARATO. *A balança e a espada*, p. 2).

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.573-8/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator Ministro Ayres Britto. Redator para o acórdão Ministro Eros Grau. Brasília, 1º de dezembro de 2005. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 jan. de 2012. “1. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual [artigo 102, I, “a”, CB/88]. Os atos normativos que se sujeitam ao controle de constitucionalidade concentrado reclamam generalidade e abstração. 2. Não cabe ação direta como via de impugnação de lei-medida. A lei-medida é lei apenas em sentido formal, é lei que não é norma jurídica dotada de generalidade e abstração. 3. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida”.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.048-1/DF. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Requerido: Presidente da República. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 jan. 2012.

do STF⁶⁵), o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que a impossibilidade de controle das chamadas “leis formais” – equiparando-as a atos administrativos – contrariava a Constituição. Isto porque não teria havido por parte do constituinte a intenção de distinguir “leis em sentido formal” de “leis em sentido material”. Além disto, se tais atos deixassem de ser questionados na jurisdição constitucional exercida pelo STF, dificilmente poderiam ter sua legitimidade discutida na jurisdição ordinária.

É curioso que o Ministro Gilmar Mendes invoque a doutrina para colocar às escâncaras que a própria distinção abstrato/concreto, em termos normativos, é totalmente questionável⁶⁶. Em seu voto majoritário concessivo da medida cautelar de suspensão da norma impugnada e, portanto, entendendo possível o controle de constitucionalidade, o Ministro Relator foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Ayres Britto (o mesmo que na ADI nº 3.573-8/DF concordara com a mantença da noção de “leis-medida” para impedir o exercício do controle), Marco Aurélio e Eros Grau (isto mesmo: o mesmo Ministro que tanto enfatizou a noção de “leis-medida” já havia, dois anos antes, deixado a mesma de lado).

Como se tem visto neste trabalho, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, longe de se enredar em um romance em cadeia, tem se estabelecido de uma forma incoerente, na qual os julgados parecem poder ser a todo momento destacados por não se ater a exigência de *integridade*. No próximo tópico, este postulado também será afastado, como veremos.

2.4 – A dificuldade contramajoritária na relação entre controle de constitucionalidade e representação democrática

Segundo o voto do Ministro Eros Grau, “*Nem mesmo para reparar flagrantes iniquidades o Supremo pode avançar sobre a competência constitucional do Poder Legislativo*”⁶⁷. Essa afirmativa, não tomada isoladamente, mas sim no contexto de refutar a

⁶⁵ Cf., por exemplo, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 842/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 26 de fevereiro de 1993. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 jan. 2012.

⁶⁶ “*Os estudos e análises no plano da teoria do direito indicam que tanto se afigura possível formular uma lei de efeito concreto – lei casuística – de forma genérica e abstrata quanto seria admissível apresentar como lei de efeito concreto regulação abrangente de um complexo mais ou menos amplo de situações*” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.048-1/DF. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Requerido: Presidente da República. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 jan. 2012, p. 65).

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em:

possibilidade de se discutir a constitucionalidade no contexto atual da Lei nº 6.683/1979, foi também o fundamento para rechaçar o pedido na ADPF nº 153/DF. Mas qual era o pedido nesta ação? Repita-se:

Pelo exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pede:

[...]

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

Não havia, assim, interesse por parte da Ordem dos Advogados do Brasil em que a Lei nº 6.683/1979 fosse *in totum* declarada inconstitucional. Não havia um pedido constante na inicial no sentido de que o STF agisse como “legislador negativo”; muito pelo contrário, o pedido foi no sentido de que ele mantivesse a disposição de texto no ordenamento jurídico, apenas afastando as hipóteses normativas que considerassem os crimes praticados por agentes da repressão como crimes anistiados. Trata-se apenas da utilização de uma técnica de decisão no controle de constitucionalidade que presta homenagem ao trabalho do legislador mantendo a disposição textual no ordenamento e retirando normas ou interpretações em contrariedade à Constituição (novamente, a distinção norma e texto de norma, novamente a universalidade do problema hermenêutico). Então, não haveria que se colocar o problema de que o STF estaria tentando assumir o papel do legislador.

No entanto, a questão é mais problemática. Defender que um suposto papel de “revisão” da Lei de Anistia deveria ficar com o Legislativo ou que o dito “acordo político” só poderia ser questionado por ele, significa dizer que o Supremo Tribunal Federal poderia abdicar de seu papel de “guardião da Constituição” (art. 102, *caput*, da Constituição de 1988):

[...] Que o seja, mas é certo que ao Poder Judiciário não incumbe revê-lo [o “acordo político”]. Dado que esse acordo resultou de 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. [...] Esse acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária revisão da lei de anistia, deverá ser feito pela lei, vale dizer, pelo Poder Legislativo. Insisto em que ao Supremo Tribunal Federal não incumbe legislar sobre a matéria. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá – ou não – de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário⁶⁸.

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>.

Acesso em 12 mar. 2011, p. 38.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e

O que acontece, contudo, é que o mesmo STF por diversas vezes assumiu um papel muito mais ativo (criticável em certos casos, inclusive) no exercício da jurisdição constitucional. Mencione-se, novamente, a Reclamação n° 4.335/AC. Há, então, um papel a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade ou não? Está autorizado o Supremo Tribunal Federal a dar a um texto normativo da Constituição uma interpretação que ultrapassa o próprio texto, como reconheceu o Ministro Eros Grau, mas não está autorizado a declarar inconstitucional a Lei de Anistia de 1979 – fazendo o que não se pediu para fazer, como já ressaltado (tratava-se de uma *interpretação conforme a Constituição*).

No Recurso Extraordinário n° 633.703-MG⁶⁹, o Supremo Tribunal Federal não deixou de assumir uma posição pró-ativa a respeito da efetividade da Constituição, ainda que pudesse “desagradar a sociedade”. Mesmo considerando que a LC n° 135/2010 (conhecida como “Lei do Ficha Limpa”) correspondesse a um “anseio da maioria”, vez que advinda de projeto de *iniciativa popular* amplamente apoiado, ele determinou que a lei não poderia ser aplicada às eleições de 2010, fazendo incidir o disposto no art. 16 da Constituição da República, que estabelece o princípio da anualidade eleitoral, ou seja, a exigência de que mudanças no processo eleitoral só possam valer para eleições que ocorram após um ano da publicação de lei modificadora. Tal princípio foi posto pelo Ministro Gilmar Mendes como verdadeiro *direito de minorias* no processo político-eleitoral: ele recorreu à fórmula preconizada por Hans Kelsen ao associar democracia e jurisdição constitucional⁷⁰. O papel da jurisdição constitucional seria o de justamente reforçar as condições normativas da democracia:

É dever desta Corte esclarecer, por meio deste julgamento, o papel que cumpre na defesa da Constituição.

Por isso, acredito que nós estamos, hoje, cumprindo bem a missão, o *ethos* o qual esta Corte se destina.

Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>.

Acesso em 12 mar. 2011, p. 39.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n° 633.703-MG. Relator Ministro Gilmar Mendes. Recorrente: Leonídio Henrique Correa Bouças. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Brasília, 23 de março de 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>>. Acesso em 20 nov. 2011.

⁷⁰ “Toda minoria – de classe, nacional ou religiosa – cujos interesses são protegidos de uma maneira qualquer pela Constituição, tem pois um interesse eminente na constitucionalidade das leis. Isso é verdade especialmente se supusermos uma mudança de maioria que deixe à antiga maioria, agora minoria, força ainda suficiente para impedir a reunião das condições necessárias à reforma da Constituição. Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa idéia” (KELSEN. *Jurisdição constitucional*, p. 182).

O catálogo de direitos fundamentais não está à disposição; ao contrário, cabe a esta Corte fazer este trabalho diuturno, exatamente porque ela não julga cada caso individualmente, mas, quando julga o caso, ela o faz nessa perspectiva de estar definindo temas. Cabe a esta Corte fazer, diuturnamente, essa pedagogia dos direitos fundamentais, contribuindo para um processo civilizatório elevado⁷¹.

Colocando de lado alguns aspectos de caráter tutelar presentes na citação, neste julgado o STF pareceu caminhar no sentido de dar normatividade à Constituição. Ora, como não reconhecer que na temática da Lei de Anistia brasileira não se está a discutir direitos fundamentais? Vítimas de um regime ditatorial não são detentoras do direito fundamental de saírem da posição de vítimas? Como aceitar impunidade e, ao mesmo tempo, levantar a bandeira da defesa de direitos fundamentais em outros casos concretos?

O argumento da ausência de competência do STF para dar interpretação conforme a Constituição à Lei nº 6.683/1979 remete à chamada *dificuldade contramajoritária*, nascida, pelo menos, a partir de 1803 no tantas vezes mencionado caso *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)]. Republicanos, liberais, comunitaristas e procedimentalistas digladiam-se a respeito de qual seria o papel da Corte. Fiquemos com a advertência de que direitos fundamentais e democracia devem ser equiprimordialmente assegurados pelo órgão jurisdicional no exercício da atividade de controle de constitucionalidade⁷². Quanto a direitos fundamentais, a decisão na ADPF nº 153/DF ignora a titularidade destes por parte daqueles que foram atingidos pelos crimes cometidos durante o período de repressão e que ainda esperam por justiça. Quanto ao regime democrático, nenhuma interpretação poderia ser mais discutível do que aquela que enxerga um “acordo político” fundador da referida lei.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 633.703-MG. Relator Ministro Gilmar Mendes. Recorrente: Leonídio Henrique Correa Bouças. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Brasília, 23 de março de 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>>. Acesso em 20 nov. 2011, p. 117, destaques do original.

⁷² Para tanto, cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madri: Trotta, 1998. Veja-se: “A tarefa geral da Jurisdição Constitucional e, especialmente, do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, no marco do paradigma do Estado Democrático de Direito e na perspectiva da superação da distinção entre direito objetivo e direito subjetivo, é a garantia das condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos co-associados jurídicos, no sentido da equiprimordialidade e da interrelação entre elas” (CATTONI DE OLIVEIRA. *Devido processo legislativo*, p. 130).

Não obstante algumas acusações de que a ideia de um controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário incorreria em petições de princípio⁷³, a prática constitucional não só norte-americana, como mundial, demonstrou a consolidação desse sistema. A grande questão, assim, seria a de saber como um órgão jurisdicional deve exercer o poder de declarar inválidos atos produzidos pelo Executivo e pelo Legislativo. Algumas distinções são recorrentes na delimitação deste campo. Fala-se, por exemplo, em juízes conservadores cumpridores da Constituição e juízes liberais que a ignoram: Dworkin⁷⁴ aponta a falácia desta argumentação, já que ela despreza justamente o caráter interpretativo do direito – uma das premissas básicas do voto do Ministro Eros Grau. Tanto liberais como conservadores mantêm um grau de concordância a respeito do texto pré-interpretativo da Constituição e divergirão sobre normas no nível pós-interpretativo. Ambos estão, desse modo, apondo ao texto o que consideram ser uma interpretação correta. De mais a mais, juízes tidos por conservadores mostram-se extremamente liberais – basta pensar como Earl Warren surpreendeu o próprio Presidente Roosevelt em sua atuação perante a Suprema Corte Americana.

No mesmo contexto norte-americano também foi celebrada a distinção entre *interpretativistas* e *não interpretativistas*. Interpretativistas procurariam o sentido de uma disposição textual constitucional balizados diretamente por ela ou, no máximo, por claras implicações da mesma, ao passo que não interpretativistas iriam encontrar sentidos para além das bordas do texto⁷⁵. Esta seria apenas uma tradução acadêmica da distinção popular entre liberais e conservadores. Também nela se apresenta a questão fundamental de que os juízes

⁷³ “Em primeiro lugar, segundo Troper, o raciocínio de Marshall não é lógico, mas tautológico. Segundo ele, o que Marshall defende nada mais é do que o seguinte: “(1) Uma constituição é suprema (ou vinculante) se as leis inconstitucionais podem ser invalidadas; (2) Portanto, as leis inconstitucionais estão sujeitas à invalidação”. Além disso, um segundo argumento contrário às “lógicas” de Marshall e Kelsen é aquele que sustenta que há uma confusão entre um problema lógico e um problema prático, quando se afirma que a constituição perderia o seu caráter de limite ao Poder Legislativo caso a lei aparentemente inconstitucional tivesse que ser aplicada sem questionamentos pelos juízes. Esse argumento pretende salientar que a supremacia de uma constituição não tem nenhuma relação lógica necessária com a possibilidade ou impossibilidade de que juízes possam controlar a constitucionalidade das leis. Nesse sentido, o fato de os juízes franceses não poderem controlar a constitucionalidade das leis não torna a constituição francesa menos suprema do que outras constituições do mundo e não faz com que ela sirva menos do que essas outras constituições ao propósito do controle do poder político.

Esse argumento tem ainda uma última conseqüência: ainda que se afirme que um controle de constitucionalidade seja conveniente - porque talvez seja prudente desconfiar dos poderes e prever mecanismos para controlá-los -, esse controle não precisa ser necessariamente judicial, como demonstra o caso francês; ou, como já salientava Pontes de Miranda há décadas: há diversas formas de proteger uma constituição rígida e o controle judicial de constitucionalidade é apenas uma delas” (AFONSO DA SILVA. *O STF e o controle de constitucionalidade*, p. 202).

⁷⁴ DWORKIN. *O império do direito*, p. 428.

⁷⁵ Cf. NOGUEIRA DE BRITO, Miguel. Originalismo e interpretação constitucional. In AFONSO DA SILVA, Virgílio (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 55 e ss.

estão debatendo sobre interpretações que detêm a respeito da prática constitucional. Um modo de se corrigir a distinção seria substituir o *interpretativismo* por *historicismo*⁷⁶. Só seriam aceitáveis as interpretações da Constituição ligadas às intenções históricas dos pais fundadores. Tal qual o psicologismo hermenêutico de Schleiermacher, seria preciso reconstruir o estado de espírito dos membros de um corpo legislativo ou de uma assembleia constituinte. Mesmo uma interpretação originalista precisa, contudo, ser devidamente reconstruída. Senão, vejamos.

Dworkin⁷⁷ recorre à figura metafórica de um juiz Hermes (historicista e, portanto, diferente do juiz da integridade Hércules) que se depara com os debates de um antigo processo legislativo e verifica as divergências de convicções de cada representante popular. É preciso, então, combinar as diversas convicções individuais em um conjunto de convicções institucionais, já que o texto normativo resultou de um debate em que se consagrou uma determinada maioria legislativa em prejuízo de uma minoria. Mas mesmo dentro desta maioria seria possível identificar correntes das mais variadas abraçando convicções não de todo coincidentes. A única convicção que Hermes poderia enxergar deveria ser suficientemente abstrata. Convicções de legisladores por demais concretas, porém incoerentes com uma convicção mais abstrata não poderiam sobreviver – tais convicções concretas deveriam ser consideradas inconstitucionais.

E se ele avançar um pouco mais para achar que as circunstâncias se alteraram de tal modo que uma determinada convicção aceitável à época já não o é mais no futuro, ele também terá mais uma convicção que deverá ser reconhecida como inconstitucional. As soluções de compromisso que podem aparecer em um processo legislativo, entretanto, além de dar cumprimento à Constituição, não podem, na linguagem dworkiniana, aparecer como compromissos “opacos” (ou “obscuros”), mas sim transparentes. Por mais que legisladores divirjam a respeito do que significa a segregação racial, eles concordam que todos devem ser tratados de forma igual. Do mesmo modo, por mais que se divirja a respeito do significado de uma anistia, todos concordam que direitos fundamentais devem ser respeitados, ainda mais

⁷⁶ Ou o que a doutrina acadêmica norte-americana costumou chamar de *originalismo*: “*O originalismo evoca a disputa entre subjetivismo e objetivismo quanto ao problema do objeto da interpretação jurídica que caracterizou o pensamento jurídico na Europa. É patente a semelhança entre alguns argumentos que se faziam ouvir na controvérsia entre mens legislatoris e mens legis e alguns daqueles outros que são alinhados pelos originalistas e pelos que se lhes opõem: pense-se, por exemplo, na invocada necessidade de limitar o papel do juiz e de impedir que o mesmo não seja erigido em legislador; ou, em sentido oposto, no problema da intangibilidade da figura do legislador em cujo pensamento se possa fixar o objeto da interpretação*” (NOGUEIRA DE BRITO. *Originalismo e interpretação constitucional*, p. 57).

⁷⁷ DWORKIN. *O império do direito*, p. 433.

quando é o próprio Estado que se permite violá-los. Nenhum texto, desse modo, pode ser “obscuro” o suficiente para permitir uma interpretação “opaca” que contradiga *conceitos* que ele mesmo visa regular⁷⁸.

Tal como o Ministro Eros Grau invocara a necessidade de que o Legislativo fizesse a revisão da Lei de Anistia no Brasil, Dworkin⁷⁹ recorre a um outro tipo de historicismo que vê o processo democrático como um fato político que merece ser preservado – desse modo, são os representantes do povo que tinham o direito de dizer o que ela significa. Em termos de legitimidade, nada mais enganoso: no caso americano, basta pensar que mulheres, escravos e pobres se viram não representados nesse processo inicial de formação do daquele constitucionalismo. No nosso caso, ao nível da legislação, pior ainda: Senadores biônicos e representantes membros de partidos políticos de uma democracia formal bipartida é que foram responsáveis pela edição da lei mencionada. Além disto, não há razão alguma para defender por que as pessoas de hoje devem ser governadas por leis de um tempo de circunstâncias completamente diferentes, senão antagônicas, das atuais. Mesmo manifestações de caráter formal no curso do processo legislativo, ainda que integrem a história política, não podem balizar todo o contexto atual (como as declarações do ex-Ministro Sepúlveda Pertence), pena de ignorar-se uma forma de vida política diferente e o fato que a comunidade pode mudar suas finalidades públicas.

Um outro argumento de caráter historicista pregaria que a Constituição teria o poder de manter estáveis as instituições políticas e sociais se acaso ela for compreendida em um sentido concreto, mesmo que ele se torne obsoleto. Certeza e previsibilidade seriam o mote para aferrar-se a esta concepção⁸⁰: acontece, contudo, que nem sempre são estes

⁷⁸ Dworkin (*Levando os direitos a sério*, p. 211 e ss) marca uma diferença entre *conceitos* e *concepções*: “A diferença não diz respeito apenas ao grau de detalhe das instruções fornecidas, mas ao tipo de instruções. Quando recorro ao conceito de justiça, recorro ao significado do conceito de justiça, e não atribuo nenhuma importância especial a meus pontos de vista sobre a questão. Quando formulo uma concepção de justiça, defino um sentido para o conceito de justiça, e por isso meu ponto de vista está no cerne do problema. Quando apelo à justiça, coloco uma questão moral; quando formulo minha concepção de justiça, tento respondê-la”. Segundo Nogueira de Brito (*Originalismo e interpretação constitucional*, p. 79), “A distinção entre “conceito” e “concepção” foi pela primeira vez aflorada por Hart e depois desenvolvida por Rawls na sua teoria da justiça, a partir da qual foi adotada por Dworkin na construção da sua teoria interpretativa do direito. Tal como sublinha Lyons, Rawls entende que o simples conceito de justiça não implica a adoção de critérios substantivos de justiça, mas apenas a exigência de não existirem discriminações arbitrárias entre as pessoas. O objetivo de uma teoria da justiça é precisamente o de demonstrar a superioridade de uma concepção (isto é, de um princípio ou conjunto de princípios) entre concepções concorrentes, enquanto interpretação da referida exigência do conceito de justiça. Assim, a possibilidade de uma única interpretação correta de uma determinada disposição que refira o conceito de justiça depende da justificabilidade de uma particular concepção daquele conceito”.

⁷⁹ DWORKIN. *O império do direito*, p. 436.

⁸⁰ Este argumento também apareceu no voto do Ministro Eros Grau: “Em dois meses, com afincos, mas rapidamente, preparei este meu voto. Isso na medida em que – e por certo não me excedo ao observá-lo – a

princípios imperativos no direito. Podem sê-lo em se tratando de leis de trânsito ou requisitos de títulos de crédito. Em certos casos constitucionais, pode ter mais importância que o direito seja estabelecido do que saber exatamente o que ele é. Em verdade, a estabilidade mais importante é a própria noção de *integridade* – que, como estamos vendo, parece ausentar-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Outra distinção possível a respeito da *dificuldade contramajoritária* é aquela que opõe um *passivismo* do órgão jurisdicional – que deve mostrar deferência para com os demais Poderes – a um *ativismo* – em que ele sempre declara inconstitucionais atos dos demais poderes. Para o *passivismo*, é o próprio Legislativo que decide em nome do povo, não podendo do Judiciário imiscuir-se em tais decisões. Três ordens de questões surgem desta afirmação:

A primeira é a questão da aprovação. Quem deve fazer a Constituição? O direito fundamental deve ser escolhido por juízes que não foram eleitos, mas nomeados por toda a vida, ou, de algum modo mais democrático, por legisladores eleitos pelo povo perante o qual se torna responsável? A segunda questão é de competência. Que instituição, no sistema político norte-americano, tem autoridade para decidir o que a atual Constituição, devidamente interpretada, realmente exige? A terceira é a questão jurídica. O que a atual Constituição, devidamente interpretada, realmente exige? Alguns passivistas pensam estar respondendo à segunda questão; a maioria age como se estivesse respondendo à primeira. Mas a terceira, a questão jurídica, é aquela à qual se devem dirigir se pretendem que sua teoria tenha alguma importância prática⁸¹.

O fato é que esta terceira questão, a jurídica, é sempre inevitável. Por ser o direito um conceito interpretativo, a Constituição, por si só, como texto, não oferece nenhum direito fundamental aos cidadãos. Ela deve ser interpretada e, se uma Emenda Constitucional a altera, obviamente esta também demandará interpretação.

Em termos da defesa de direitos da minoria, não resta qualquer razão para acreditar que o Legislativo será mais capaz de, a longo prazo, desenvolver os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição. Eleitos por uma maioria política, os representantes fatalmente tenderão a ser fiéis a ela, mais do que a se preocupar com a minoria, pela simples razão de que poderão, no futuro, não ser reeleitos. O que não significa que juízes sejam melhores que legisladores: eles também estarão sujeitos a erros como os aqui

estabilidade social reclama pronto deslinde da questão de que aqui estamos, agora, a nos ocupar. Pronto deslinde, de uma vez por todas, sem demora” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 45).

⁸¹ DWORKIN. *O império do direito*, p. 443.

demonstrados. É justamente por isto que se deve também rejeitar a posição de um *ativista*, muito próxima de um *pragmatismo jurídico*. O direito como integridade vê nas duas posições a possibilidade de uma tirania.

Portanto, como estava diante de direitos de minoria, o Supremo Tribunal Federal não seria nem um *passivista*, nem um *ativista*, mas um fiel cumpridor da Constituição. Alegar que caberia ao Legislativo revogar a Lei de Anistia significa simplesmente abdicar do papel de defesa da Constituição e dos direitos fundamentais que cabem à nossa Corte.

Por outro lado, já se afirmou que não só na garantia de direitos fundamentais, mas também na manutenção das condições de possibilidade do processo democrático, deve atuar o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. A formação democrática da vontade política retira sua força legitimadora justamente da observância de pressupostos normativos e procedimentos que permitem a vitória do melhor argumento no processo legislativo. Um órgão jurisdicional que exerce o controle de constitucionalidade pode e deve atuar em prol de um processo democrático que não seja visto como um “estado de exceção” (não foi este justamente o contexto de aprovação de Lei de Anistia? É o que se desenvolverá no tópico seguinte):

La discusión acerca del activismo o del *sel-restraint* del Tribunal Constitucional no puede efectuarse en abstracto. Si se entiende la Constitución como interpretación y configuración de un sistema de derechos mediante el que se hace valer la conexión interna de autonomía pública y autonomía privada, una jurisprudencia constitucional ofensiva no sólo no resultará perjudicial en los casos en que se trate de hacer valer el procedimiento democrático y la forma deliberativa de formación de la opinión y de la voluntad política, sino que incluso viene normativamente exigida⁸².

Uma delegação desta atividade ao Poder Legislativo configura, assim, um descumprimento de um dever institucional estabelecido pela Constituição. De mais a mais, não há qualquer razão para supor que o Legislativo cumpriria mais adequadamente o papel de guarda dos direitos fundamentais. Em seu voto, o Ministro Eros Grau faz referência a exemplos no Chile, na Argentina e no Uruguai para tentar demonstrar que o reconhecimento da invalidade de leis de anistia se deu, em todos os casos, com a atuação do Legislativo. Contraditoriamente, ele menciona que nos mesmos casos o Poder Judiciário não se omitiu diante de sua tarefa de fazer prevalecer uma interpretação que desse prevalência aos direitos humanos.

⁸² HABERMAS. *Facticidad y validez*, p. 354.

No caso do Chile, a “Ley de Amnistía”, Decreto-Lei n° 2.191/1978, auto-anistiou servidores de Estado que tivessem incorrido em delitos durante a vigência do Estado de Sítio (11 de setembro de 1973 a 10 de março de 1978). O chamado “efeito Pinochet”⁸³ parece ter contribuído, ainda que a longo prazo, para uma reinterpretação desta lei. A Corte Suprema chilena manteve-se, inicialmente, fiel aos dispositivos da mesma, para só em setembro de 1998, julgando o caso que envolvia o seqüestro de Pedro Poblete Córdoba⁸⁴, determinar a reabertura de inquérito trancado pela Justiça Militar com base no decreto-lei de anistia. Ela considerou que as Convenções de Genebra impediam que o Estado do Chile, no longo período de Estado de Sítio, adotasse medidas que pudessem amparar crimes praticados contra pessoas determinadas ou garantissem impunidade. É certo que o caminho seguido pela Corte Suprema foi cheio de contradições: ela declarará a sujeição à prescrição dos *crimes contra a humanidade* de *desaparecimento forçado* praticados contra Ricardo Rioseco Montoya e Luis Cotal Álvarez⁸⁵. Apenas em dezembro de 2006 ela declararia como *crimes contra a humanidade* execuções sumárias perpetradas por agentes de Estado⁸⁶, fundando sua decisão no julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos – caso *Almocinad Arellano*. Esta mesma jurisprudência se manteve firme no caso José Matías Ñanco⁸⁷.

É certo que a Corte Suprema Chilena formou posteriormente uma tortuosa jurisprudência a respeito da matéria prescricional. Recorrendo ao art. 103 do Código Penal chileno⁸⁸, a Corte Suprema passou a considerar uma “prescrição gradual” não incompatível com a noção de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. A explicação estaria em que tal “prescrição gradual” seria uma “minorante qualificada de responsabilidade penal”, compatível com a imprescritibilidade em vista de um caráter “humanitário” por ela detido, já

⁸³ “E, contudo, o incrível aconteceu: no dia 16 de outubro de 1998, às 23 horas e 15 minutos, Pinochet foi preso em seu quarto de hospital londrino: um policial entrega na residência uma citação para comparecer em juízo, seguida de um mandato [sic!] de prisão internacional e um pedido de extradição, expedidos pelas autoridades espanholas. Assim, um julgado ousou: contra a sacrossanta razão de Estado, todo o peso das cumplicidades diplomáticas e econômicas e a pretensa imunidade jurídica dos antigos chefes de Estado, o juiz espanhol Baltazar Garzon pretende julgar Pinochet, fazendo, assim, valer um novo direito internacional, em vias de formação, mais receptivo à queixa das vítimas” (OST. *O tempo do direito*, p. 133).

⁸⁴ CHILE. Corte Suprema. S.C.S., 09.09.1998, Rol n° 469-98.

⁸⁵ CHILE. Corte Suprema. S.C.S., de 04.08.2005, Rol n° 457-05.

⁸⁶ CHILE. Corte Suprema. S.C.S., de 13.12.2006, Rol n° 559-04.

⁸⁷ CHILE. Corte Suprema. S.C.S. de 18.01.2007, Rol N° 2666-04.

⁸⁸ “Art. 103. Si el inculpado se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta. Esta regla no se aplica a las prescripciones de las faltas y especiales de corto tiempo.”

que não faria sentido apenar tão gravemente crimes há muito tempo ocorridos⁸⁹. Ora, logicamente, tal atenuante mostra-se impossível de ser aplicada de forma concomitante à imprescritibilidade; por outro lado, não se está aqui a reconhecer a incidência total de uma prescrição. É certo que em janeiro de 2007, ao julgar o caso *Puente Loncomilla*, a Corte Suprema reconheceu a incidência de uma prescrição plena em favor do Coronel de Exército Claudio Lecaros Carrasco, como cita o Ministro Eros Grau: contudo, não mencionou ele a peculiaridade de ter a Corte reconhecido os crimes de homicídio por ele perpetrados e, apenas diante do fato ter ocorrido em 15 de setembro de 1973, a prescrição incidiria. Portanto, sua responsabilidade mostrou-se incontroversa, ainda que, contraditoriamente, a Corte Suprema tenha reconhecido a prescrição. Além disto, as Convenções de Genebra não foram aplicadas ao caso por não terem sido naquele momento assinadas pelo Chile⁹⁰.

Este e outros julgados, contudo, constituem jurisprudência minoritária na Corte Suprema do Chile. Não poderiam ser referidos de modo seletivo como o fez o voto do Ministro Eros Grau. A jurisprudência dominante ainda é pela aplicação da “prescrição gradual”. Veja-se:

Al margen de estos fallos aislados y diametralmente distintos, la Corte Suprema continúa, en la mayoría de los casos, aplicando la prescripción gradual y otorgando la libertad a los responsables de tan graves crímenes. Llama la atención el fallo pronunciado por la Corte Suprema en el caso seguido por el homicidio de David Urrutia Galaz, toda vez que había sido declarado prescrito por el tribunal de primera y de segunda instancia y la Corte Suprema acogió las casaciones de fondo presentadas por la parte querellante y el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y que tenían por fundamento las normas integrantes del Derecho Internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la Corte Suprema, tras declarar la imprescriptibilidad del delito, aplica la prescripción gradual otorgándoles la libertad vigilada a cuatro de los cinco autores, todos integrantes del Comando Conjunto, incluso al General de la Fach Freddy Ruiz Bungler quien, no obstante haber sido condenado como autor de homicidio en tres ocasiones, continúa siendo beneficiado por la Corte Suprema con la libertad vigilada⁹¹.

No Uruguai, as Leis 15.737 e 15.848 de 1986 (esta última conhecida como “*Ley de La Caducidad de la Pretensión Punitiva do Estado*”) buscaram estabelecer auto-anistias. Na data de 16 de abril de 1989, a maioria do povo uruguaio votou pela manutenção desta última lei; mas em 19 de outubro de 2009, a Lei 15.848/1986 foi declarada

⁸⁹ Decisões de tal modalidade foram tomadas nos casos S.C.S. de 30.07.2007, Rol: 3808-06, e S.C.S. de 05.09.2007, Rol: 6525-06.

⁹⁰ “*Los magistrados del voto de mayoría consideraron que existen 16 antecedentes en el proceso que comprueban que las víctimas fueron asesinadas en la fecha indicada, por lo que no es posible aplicar la figura del secuestro permanente en este caso, pese a que no se han encontrado los restos de las víctimas*” (CHILE. Poder Judiciário. *Noticias del Poder Judicial. Corte Suprema aplica prescripción en causa de DD.HH.*, p. 1).

⁹¹ NEIRA. *Breve análisis de la jurisprudencia chilena*, p. 486.

inconstitucional pela Suprema Corte de Justicia no caso *Sabalsagaray*⁹². Na sequência, em 25 de outubro de 2009, nova maioria manifestou-se pela não revogação da lei. Em 24 de fevereiro de 2011, contudo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado do Uruguai pelos *desaparecimientos forçados* de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman e de María Macarena Gelman García, familiares do poeta Juan Gelman. Veja-se que no dispositivo da decisão, a CteIDH foi enfática em refutar a possibilidade de que a “*Lei de la Caducidad*” pudesse impedir investigações e responsabilizações, em decisão semelhante a proferida no Caso *Gomes Lund*:

El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia⁹³.

Dando cumprimento à decisão da CteIDH, Câmara dos Representantes e Senado uruguaios, com a sanção do Presidente José Mujica, aprovaram a Lei 18.831 de 1º de novembro de 2011, definindo que fica restabelecida a pretensão punitiva estatal para os delitos de terrorismo de Estado praticados até 1º de março de 1985, abarcados pelo art. 1º da Lei 15.848/1986⁹⁴. Além disto, a lei estabeleceu que prazo algum de caráter processual ou prazos de decadência ou prescrição poderiam ser contados de 22 de dezembro de 1986 (data da vigência da Lei 15.848) até 1º de novembro de 2011 (data da vigência da Lei 18.831)⁹⁵.

⁹² URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. Sentencia n° 365. Relator: Dr. Jorge Omar Chediak González. SABALSAGARAY CURUTCHET, BLANCA STELA. DENUNCIA. EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 1, 3 Y 4 DE LA LEY N° 15.848, FICHA 97-397/2004. Disponível em <<http://unisinos.br/blog/ppgdireito/files/2009/10/Suprema-Corte-Uruguay-Caso-Sabalsagaray-19-10-2009.pdf>>. Acesso em 30 nov. 2011.

⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso Gelman v. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em 30 nov. 2011, p. 85.

⁹⁴ “Artículo 1º.- Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto”.

⁹⁵ Registre-se como a relação entre tempo e direito pode ganhar novos contornos pela ação do legislador, como mencionado páginas acima em relação ao caso húngaro de prolongamento da prescrição. Ost (*O tempo do direito*, p. 169) cita outros exemplos: “Em outras circunstâncias, o legislador se dedicará a retardar o ponto de partida da prescrição da ação pública: é o caso notadamente de vários países em que, sob a pressão da opinião pública, a lei só permite a prescrição para os fatos de mau trato ou de abuso sexual cometidos contra as crianças, a partir do dia em que a vítima tiver atingido a maioridade. Ressalta-se, também, a imoralidade da prescrição clássica que se escoou há muito tempo, depois que a vítima tiver encontrado, por fim, os recursos

Por fim, a própria lei cuidou de caracterizar tais crimes como de lesa humanidade nos termos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Importa, contudo, destacar o quanto a Suprema Corte Uruguaia reforçou a necessidade de uma decisão de caráter contramajoritário. O controle de constitucionalidade, no Uruguai, obedece a um modelo concentrado em que tanto podem ser ajuizadas ações diretas, como podem ser formuladas exceções pelas partes em um processo judicial que serão dirimidas pela Suprema Corte de Justiça, desde que haja da parte um interesse direto, pessoal e legítimo. Um Representante do Ministério Público uruguaio (*Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 2º Turno*) havia oposto uma exceção em um procedimento criminal para a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 1º, 3º e 4º da Lei 15.848/1986, no que foi acompanhada pela vítima e assistente Blanca Stela Sabalsagaray Curutchet, irmã da vítima de um homicídio em dependências militares em 29 de junho de 1974, Nibia Sabalsagaray. Um dos primeiros argumentos sustentados foi o de que a ordem constitucional uruguaia não se colocaria de acordo com o disposto na referida lei que indica ter a caducidade se assentado em um acordo político e não institucional, é dizer, na “*lógica de los hechos*”. Ou seja: nenhum acordo político e nem a ordem dos fatos (consistentes em estabelecer tal decadência por meio de imposições de uma ditadura militar) poderia se sobrepor à soberania popular materializada na Assembleia Nacional uruguaia (argumento este também pertinente para nosso contexto, como veremos). Além disto, segundo a Corte, a Lei 15.848/1986 não estabeleceu nem uma anistia, nem um indulto, mas simplesmente outorgou uma caducidade ou prescrição.

Complementarmente, a Lei 15.848/1986 revestir-se-ia de inconstitucionalidades de caráter procedimental violadoras do devido processo legislativo. A uma, porque a matéria referente a uma “caducidade” já havia sido rejeitada na mesma sessão legislativa quando da aprovação da Lei 15.737/1986; portanto, seguindo os dispositivos constitucionais, só poderia ser objeto de nova deliberação na próxima sessão legislativa (1987). A duas, porque na Câmara dos Representantes não se alcançou a maioria absoluta de votos exigida.

Mas a instituição de uma caducidade (ou prescrição) é também, por si só, inconstitucional, vez que ela não é da alçada do Poder Legislativo, mas do próprio Poder Judiciário em cada ação penal.

morais e a força necessária para prestar queixa contra um sedutor, sob cuja dependência poderá ter vivido longos anos”.

Quanto ao referendo de 1989, e aqui a dificuldade contramajoritária ressurgiu, a Suprema Corte de Justiça do Uruguai ressaltou que o indeferimento da revogação pelos cidadãos não tem o poder de convalidar uma lei inconstitucional na sua origem. Aludindo a Ferrajoli, ela sustentou que os princípios e direitos fundamentais constituem um marco constitucional que orienta a maioria sobre o que não pode ser decidido e sobre o que pode ser decidido:

Superando el rol que le asignaba el viejo paradigma paleoliberal, la jurisdicción se configura como un límite de la democracia política. En la democracia constitucional o sustancial, esa esfera de lo no decidible —que implica determinar qué cosa es lícito decidir o no decidir— no es sino lo que en las Constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la decisión de la mayoría. Y el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley⁹⁶.

Reconheceu-se expressamente, também, que as normas de caducidade impediram o exercício pelas vítimas de um direito de acesso à Justiça para a identificação e responsabilização dos culpados por fatos acontecidos durante a ditadura. De outra parte, ficou do mesmo modo consignado que a Suprema Corte de Justiça aceita o entendimento de que convenções internacionais de direitos humanos integram o ordenamento constitucional uruguaio por intermédio do que dispõe o art. 72 da Constituição daquele país⁹⁷. Assim, apesar de falar em um ultrapassado “jusnaturalismo”, a Corte marcou que a já superada doutrina da soberania não poderia ser invocada para se desconsiderar direitos humanos. No momento de edição da lei de 1986, podiam ser verificados diversos tratados internacionais que subsidiavam a proteção das vítimas, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. A lei vinha sendo mencionada ano a ano em seus relatórios pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A Suprema Corte de Justiça fez diversas referências à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos *Barrios Altos*, *Almocinad Arellano y Otros* e *La Cantuta*. Ela também se referiu aos pronunciamentos da

⁹⁶ URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. Sentencia n° 365. Relator: Dr. Jorge Omar Chediak González. SABALSAGARAY CURUTCHET, BLANCA STELA. DENUNCIA. EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 1, 3 Y 4 DE LA LEY N° 15.848, FICHA 97-397/2004. Disponível em <<http://unisinos.br/blog/ppgdireito/files/2009/10/Suprema-Corte-Uruguay-Caso-Sabalsagaray-19-10-2009.pdf>>. Acesso em 30 nov. 2011, p. 34-35.

⁹⁷ “Artículo 72°.

La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

Corte Suprema argentina que caracterizam mencionadas normas como integrantes do *jus cogens* internacional.

Todas essas decisões demonstram como foi o uso do argumento da dificuldade contramajoritária na ADPF n° 153/DF. Ele serviu para enfatizar uma posição passivista da Corte que não costuma ser observada por ela. Basta pensar nas sucessivas questões não resolvidas pelo Poder Legislativo nos últimos anos e sobre as quais o STF não adotou uma posição “minimalista”⁹⁸. Caberia, pois, ao Supremo avançar sobre o texto da Lei de Anistia e conferir-lhe uma interpretação consentânea com a Constituição de 1988.

2.5 – A Lei n° 6.683/1979 e a ausência de um “acordo político”

Em diversas passagens do seu voto, o Ministro Eros Grau faz referência a um suposto “acordo político” que seria fundamento legitimador da Lei de Anistia de 1979. Neste acordo, teria havido uma transição conciliada, “[...] *suave em razão de certos compromissos*”⁹⁹. Ele se refere, ainda de um modo discutível ante o direito de resistência, a “subversivos” que, postos contra a parede, se viram obrigados a assinar este “acordo político”. Estes não poderiam agora se opor inclusive aos que agiram em seu nome, como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que viria a assumir posição diametralmente oposta.

Mais ainda: a expressão “anistia ampla e irrestrita” teria surgido no Decreto Legislativo n° 22/1956, que concedeu anistia a civis e militares que se envolveram nos movimentos revolucionários ocorridos entre 10 de novembro de 1955 e 1° de março de 1956. Assim, “conexão” seria uma expressão de definição *sui generis*, “própria ao momento histórico da transição para a democracia”. Daí o caráter bilateral da anistia ampla geral e irrestrita. Em seguida, menciona o voto do Ministro Eros Grau diversas anistias cujo caráter amplo seria reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal ao proferir diversos acórdãos: o HC n° 34.866, julgado em 1957; os Recursos Criminais n° 1.396 e 1.400, de

⁹⁸ Para o minimalismo judicial, cf. SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism at the Supreme Court*. Londres, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 37. A Advocacia-Geral da União manifestou-se em sentido semelhante: “*O diploma legal surgiu da negociação havida entre a sociedade civil e o regime militar, que possibilitou, à época, a transição para o regime democrático. Dessa forma, assegurou-se, com a lei, que ambos os lados seriam beneficiados com a anistia, evitando-se, inclusive, qualquer espécie de revanchismo no novo governo*” (BRASIL. Advocacia-Geral da União. Secretaria-Geral de Contencioso. Nota AGU/SGCT/N°01-DCC/2009. Brasília, fevereiro de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 nov. 2011, p. 12).

1979; e, por fim, o Recurso Extraordinário nº 165.438, entre outros (analisados mais detidamente a seguir).

Com base nessas premissas, Grau sustenta que “*Há momentos históricos em que o caráter de um povo se manifesta com plena nitidez. Talvez o nosso, cordial, se desnude na sucessão das frequentes anistias concedidas entre nós*”¹⁰⁰. Nessa esteira, seria necessário observar que apenas no período republicano podem ser encontrados mais de trinta normas de anistia. Em todos esses casos, a definição do que sejam os crimes conexos aos crimes principais anistiados depende da verificação do momento histórico. Não seria diferente com a Lei nº 6.683/1979: deve-se investigar a migração da ditadura para a democracia, o momento de “*transição conciliada*”. “*É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada*”¹⁰¹.

Nesse ponto, o magistrado faz referência ao parecer elaborado pelo então Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Sepúlveda Pertence, em agosto de 1979, e encaminhado ao Presidente do Senado Federal. No parecer, Pertence faz crítica contundente ao fato de que o projeto de lei enviado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República e que resultaria no texto da Lei nº 6.683/1979 é violador do princípio da igualdade ao não estender a anistia aos já condenados definitivamente, nos termos do § 2º do art. 1º; entretanto, dado o caráter de *objetividade* da anistia, nem mesmo a repulsa que a tortura pode causar poderia impedir a ideia de um “desarmamento geral” estabelecida na lei. Contraditoriamente – em vista de uma suposta necessidade de analisar o contexto histórico de aprovação da lei – o voto também se refere a recente entrevista de Pertence dada à Revista Carta Maior em 18 de maio 2010 em que ele reforça o argumento¹⁰²:

Fui no entanto, modesto partícipe e testemunha privilegiada da luta pela anistia. Relator, no Conselho Federal, da manifestação unânime da OAB sobre o projeto de lei da anistia - reivindicação pioneira da Ordem – afinal extraído do governo do General Figueiredo, nada tenho a alterar no parecer que então submeti aos meus pares

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 36.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 43.

¹⁰² CARTA MAIOR. PNDH 3 é fiel à Constituição, diz Sepúlveda Pertence, p. 1.

No projeto, havia um ponto inegociável pelo Governo: o § 1º do art. 1º, que, definindo, com amplitude heterodoxa, o que se considerariam crimes conexos aos crimes políticos, tinha o sentido indisfarçável de fazer compreender, no alcance da anistia, os delitos de qualquer natureza cometidos nos “porões do regime” - , como então se dizia – pelos agentes civis e militares da repressão.

Meu parecer reconheceu abertamente que esse era o significado inequívoco do dispositivo. E sem alimentar esperanças vãs de que pudesse ele ser eliminado pelo Congresso, concentrava a impugnação ao projeto governamental no § 2º do art. 1º, que excluía da anistia os já condenados por atos de violência contra o regime autoritário.

O acordo, na sua visão, teria efetivamente existido. Outra conclusão seria revisão e interpretação indevida pelo Poder Judiciário de uma lei que só caberia ser revista pelo Poder Legislativo. Também o art. 4º, § 1º, da Emenda Constitucional nº 26/1985 à Constituição de 1967 teria constitucionalizado o que ocorrera em 1979. Isso porque o legislador de 1979 (o mesmo dos senadores biônicos) seria guindado ao posto de Poder Constituinte da Constituição de 1988. A emenda constitucional consubstanciaria uma “revolução branca” apta a colocar de lado qualquer discussão de ilegitimidade da Lei nº 6.683/1979.

Por fim, a improcedência do pedido na ADPF nº 153/DF não impediria que outros instrumentos não penais fossem utilizados, principalmente para assegurar o conhecimento de documentos e informações da época¹⁰³. O Ministro finaliza seu voto: “*É necessário não esquecermos, para que nunca mais as coisas voltem a ser como foram no passado. Julgo improcedente a ação*”¹⁰⁴.

Outros votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal seguiram os passos do voto do Ministro Eros Grau. A Ministra Cármen Lúcia destacou que não se poderia ignorar o trabalho de instituições como a CNBB – Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, assim como o Comitê Brasileiro pela Anistia e o Instituto dos Advogados do Brasil que teriam dado sua concordância com o documento que se estaria a aprovar. Não se poderia ignorar o que se passou, “[...] *goste-se ou não do que nele se contém ou que dele resultou*”¹⁰⁵.

¹⁰³ Contrariamente a o que previra o Ministro Eros Grau, veremos que a jurisdição ordinária viria a frustrar várias outras medidas de caráter não judicial em vista da decisão na ADPF nº 153/DF. Cf. mais à frente, Parte II, Capítulo II, Tópico 2.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 66.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 82.

Mesmo o Ministro Ayres Britto, que compôs a minoria vencida, ressaltou que, ante uma busca pela já decomposta “*vontade objetiva*” da lei não seria possível vislumbrar uma “*anistia de mão dupla*”¹⁰⁶.

A visão da maioria dos Ministros do STF coloca a questão de se realmente as anistias no Brasil decorreram de acordos políticos ou se foram meras imposições dos ocupantes do poder político. A resposta a essa investigação não pode ser, contudo, encontrada sem um termo de comparação. Um dos precedentes que merece consideração no exame da Lei de Anistia de 1979 é o Decreto-Lei n° 7.474/1945, que concedeu anistia a todos quantos cometeram crimes políticos no período entre 16 de julho de 1934 e 18 de abril de 1945. O referido decreto, à semelhança da Lei n° 6.683/1979, excluiu determinados crimes da anistia que determinou: são os crimes comuns não conexos com os políticos e os praticados, em tempo de guerra, contra a segurança do Estado. O decreto-lei também estabeleceu que “*Consideram-se conexos para os efeitos deste artigo os crimes comuns praticados com fins políticos e que tenham sido julgados, pelo Tribunal de Segurança Nacional*” (art. 1º, § 2º).

Não é preciso ir muito longe para concluir que esta primeira anistia veio de uma imposição do regime que acabava de ser colocado de lado. Os decretos-leis foram medidas legislativas adotadas pelo Presidente da República e previstas justamente nos dois períodos de escancarada ditadura no Brasil. A pesquisa a respeito dos efeitos do referido decreto-lei nos anos que se seguiram a 1945 e, pelo menos, até 1964, fornece um parâmetro importante para a definição dos verdadeiros efeitos alcançáveis pela Lei n° 6.683/1979. Toma-se, então, como um dos principais referenciais, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário: por exemplo, no HC n° 29.151/DF¹⁰⁷, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1945.

Este *habeas corpus* tinha como paciente Eduard Arnold, preso em 1945 em virtude de condenação proferida pelo Tribunal de Segurança Nacional pelo crime de *espionagem*. Entendia o paciente que o cumprimento da pena de reclusão consistia em verdadeiro constrangimento ilegal. A base de sua condenação seria uma carta da qual ele era destinatário, mas na qual nem o Serviço Secreto Inglês e nem o Serviço Secreto Americano

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 144.

¹⁰⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n° 29.151. Paciente: Eduard Arnold. Impetrado: Tribunal de Segurança Nacional. Relator Ministro Laudo de Camargo. Rio de Janeiro, 26 de setembro de 1945. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 nov. 2011.

vislumbraram qualquer “mensagem secreta”. O relatório do Ministro do STF Laudo de Camargo chega a mencionar que o juiz que o condenara no Tribunal de Segurança Nacional reconheceu em decisão posterior a injustiça da condenação.

Apesar de tudo, Arnold continuava preso e requereu perante o Tribunal de Segurança Nacional os benefícios anistiadores do Decreto-Lei nº 7.474/1945, o que fora feito em primeira instância, mas com decisão reformada em grau de recurso *ex officio*. Perante o STF, Arnold impetrou *habeas corpus* fundando-se no argumento de que a decisão do TSN se deu em um recurso de ofício que não encontrava guarida na legislação processual vigente; além disto, os fatos atribuídos a ele eram anteriores ao Decreto-Lei nº 4.766/1942, decreto-lei este que previu crimes para o período de guerra (e que estava expressamente excluído da anistia de 1945), mas que não poderia atingi-lo.

O STF rechaçou a tese de incompetência do Tribunal de Segurança Nacional por suposta ausência de previsão legal para o recurso de ofício. É que a legislação vigente determinava que “*haverá sempre apelação ex officio, com efeito suspensivo da sentença absolutória*” e a decisão reconhecedora da anistia extinguiu a punibilidade, fato semelhante à absolvição. No que respeita à anistia, o voto do Ministro Laudo de Camargo conclamou jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal que rechaçava a possibilidade de aplicação do benefício aos crimes praticados em tempo de guerra contra a segurança nacional. Valorando os argumentos do paciente (o Ministro chega a mencionar que ele aceitou a tese de sua culpabilidade), ele refuta também que a atividade criminosa tenha sido anterior ao estado de guerra, porquanto ela teria se estendido por cerca de um mês após o recebimento da carta, em 27 de fevereiro de 1942:

Mas, entre 28 de janeiro de 42, data daquela ruptura e a prisão do paciente a 27 de fevereiro, houve o decurso de um mês.
E nesse lapso de tempo entendeu o Tribunal Pleno que ainda houve atividade criminosa do paciente.
Entendeu bem, entendeu mal? Isto constitue apreciação de provas, a ser feita na revisão e não no *habeas corpus*¹⁰⁸.

É dizer: por duas vezes, tanto em relação ao valor probatório da carta, quanto em relação à extensão do *iter criminis*, no mesmo processo, o Poder Judiciário brasileiro reconhece erros e coloca questões formais acima deste reconhecimento. Disse mais o Ministro Laudo de Camargo: o Tribunal de Segurança Nacional reconheceu expressamente que a atuação criminal por parte do paciente se deu toda para além da data de ruptura de relações

¹⁰⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 29.151. Paciente: Eduard Arnold. Impetrado: Tribunal de Segurança Nacional. Relator Ministro Laudo de Camargo. Rio de Janeiro, 26 de setembro de 1945. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 nov. 2011, p. 197, destaques do original.

com as potências do Eixo. Assim, por restarem os fatos sem “*nitidez precisa*”, a ordem de *habeas corpus* deveria ser denegada, tendo em vista o caráter sumaríssimo deste procedimento. Ele foi seguido pelos Ministros Vicente Piragibe e Flaminio de Rezende.

O Ministro Philadelpho de Azevedo também acompanhou a maioria, mas seu voto traz outros elementos importantes. Ele destacou que o Código Penal Militar vigente à época conceituava o “estado de guerra” de um modo que deveria efetivamente beneficiar o agente, já que o ato a ele imputado era anterior a este estado. Mas a ordem de *habeas corpus* não seria concedida por outro motivo. É que o Decreto-Lei n° 7.474/1945 concedia anistia a “crimes políticos”: desde 1891, longo debate se instaurara na jurisprudência e na doutrina pátrias quanto a este conceito. Mas nos idos de 1945, era importante também destacar a diferenciação entre “crimes políticos contra a segurança interna” e “crimes políticos contra a segurança externa”. E, então, ele começa a desenvolver uma atividade muito semelhante àquela que o STF desenvolveu em 2010 sobre a lei de 1979: era preciso saber se o legislador de 1945 queria ou não abranger pela anistia aqueles que praticaram “crimes políticos contra a segurança externa”.

Ele destacou, em seguida, que a anistia de 1945 foi reivindicada pela opinião pública, com campanhas de imprensa e reivindicações de toda a ordem, mas não era possível divisar que tais anseios eram em favor de “crimes políticos contra a segurança externa”:

Os crimes políticos previstos na lei de anistia foram apenas os crimes políticos contrários à organização interna do país, de modo que não se poderia tolerar a exegese ou inteligência do art. 1º para ampliar o favor aos delitos de traição e espionagem, embora sob aspecto genérico pudessem ser in genere também delitos políticos, segundo vem de acentuar o eminente Carvalho de Mourão em curso, feito para o recrutamento de servidores da reserva da justiça militar.¹⁰⁹

Aderiram à maioria, sem grandes inovações, os Ministros Goulart de Oliveira, Orosimbo Nonato, Castro Nunes e Annibal Freire.

Impressiona, pois, que a mesma lógica formalista e, principalmente, autoritária esteja presente na decisão do HC n° 29.151. Apesar de reconhecidos os erros materiais das decisões do Tribunal de Segurança Nacional, o Supremo Tribunal Federal já preferia remeter o paciente a outras ardorosas vias processuais do que enfrentar diretamente a questão. Como destaca Anthony W. Pereira¹¹⁰, o Tribunal de Segurança Nacional foi criado pela Lei n°

¹⁰⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n° 29.151. Paciente: Eduard Arnold. Impetrado: Tribunal de Segurança Nacional. Relator Ministro Laudo de Camargo. Rio de Janeiro, 26 de setembro de 1945. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 nov. 2011, p. 204.

¹¹⁰ PEREIRA. *Ditadura e repressão*, p. 85.

244/1936 em meio a um contexto de exigência de reforço da segurança e de superação do “*doloroso anacronismo da democracia liberal*”, nas palavras de Vicente Ráo. É de chamar a atenção que este tribunal tenha decidido, no mais das vezes, muito mais com base na “livre consciência” de seus julgadores do que em provas concretas. Mesmo desmontado menos de vinte anos antes do Golpe de 1964, a herança deste tribunal pôde ser vista por toda a parte no Judiciário brasileiro e seria repetida pelo Supremo Tribunal Federal quase que oitenta anos após seu surgimento. A tese de Pereira é a de que o nível de contaminação do Judiciário pelo autoritarismo imposto pelas Forças Armadas no pós-1964 é que contribuiu para a manutenção de um regime tão longo, pouco discutido e apto a não ser julgado após o “apagar das luzes”:

O subsistema brasileiro encarregado de lidar com os acusados de crimes políticos era, portanto, muito mais integrado à justiça civil ordinária do que os de seus vizinhos, a Argentina e o Chile. Na Constituição de 1934, a justiça militar havia sido incorporada ao sistema de tribunais civis, e essa situação nunca mudou. Os oficiais militares que faziam parte dos tribunais militares permaneciam na cadeia de comando e serviam por período de apenas três meses. Uma vez que só o juiz civil tinha formação jurídica, era comum que exercesse forte influência sobre o processo decisório do tribunal. Os advogados atuantes no tribunal eram na maioria civis: os promotores da justiça militar, e a maioria dos advogados de defesa provinha de um pequeno e seletivo grupo de advogados civis que defendiam prisioneiros políticos. Além do mais, durante todo o regime militar, como vimos antes, os casos podiam ser levados, por via de recurso, até o Supremo Tribunal Federal (em nítido contraste com o que ocorreu no Chile entre 1973 e 1978)¹¹¹.

Esta é a lógica por detrás de tal julgamento. O Ministro Eros Grau, contudo, no julgamento da ADPF nº 153/DF, invoca este acórdão como paradigma à vista do fato de que nele, principalmente no voto do Ministro Orosimbo Nonato, seria possível verificar que uma lei de anistia deve ser interpretada quanto a seu momento histórico e que o decreto-lei seria o resultado de um amplo clamor público. Ora, como um decreto-lei pode ser considerado resultado da vontade popular? Para além disto, esta mesma vontade popular consentiria em que um diploma normativo não pudesse anistiar um indivíduo condenado ilegalmente?¹¹² Ao que nos parece, não.

¹¹¹ PEREIRA. *Ditadura e repressão*, p. 90-91.

¹¹² O voto do Ministro Eros Grau compara os momentos de 1946 e 1979: “*Até parece, Senhores Ministros, que Orosimbo Nonato falava das jornadas de 1979, avançando sobre o meu argumento de agora*” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 32).

Já no HC n° 34.866/DF¹¹³, estava em jogo a anistia concedida pelo Decreto-Legislativo n° 27/1956¹¹⁴. Antonio Pan Fidalgo e Outros eram acusados do crime de “incitamento à greve em serviços públicos” – a questão era a de saber da amplitude da anistia de 1956, é dizer, se ela abrangia também o incitamento e não apenas a participação. O dispositivo do art. 2º, nas palavras do Ministro Luiz Galotti, era generoso e abrangia, por *conexão*, os crimes de incitamento. Assim, a discussão é completamente oposta àquela colocada nos autos da ADPF n° 153/DF, já que, efetivamente, quem incita, prepara, dirige ou ajuda a greve, dela participa¹¹⁵. Algo completamente diferente é dizer que há conexão entre quem se opõe a um regime militar e quem o auxilia praticando crimes.

No contexto da anistia de 1979, pode-se trazer à análise o julgamento do Recurso Criminal n° 1.396/DF¹¹⁶. Maria Aparecida Santos e Outros foram condenados pelo Superior Tribunal Militar por crimes contra segurança nacional. Alguns deles, à vista da exceção do art. 1º, § 2º, da Lei n° 6.683/1979, não poderiam ser beneficiados pela anistia caso a decisão em seus respectivos processos houvesse transitado em julgado, segundo o Ministro Relator Xavier de Albuquerque. A expressão “condenados” do dispositivo teria o significado de “condenados por decisão transitada em julgado”. Desse modo, caso houvesse condenação definitiva, *a contrario sensu*, o STF estaria mantendo a anistia restrita que a sociedade brasileira tanto quis evitar. Nada de anistia ampla, geral e irrestrita. Com isto, a referência a este precedente pelo voto do Ministro Eros Grau na ADPF n° 153/DF soa contraditória: ora, a amplitude não seria tamanha que abrangeria uma anistia recíproca? Não há sentido, então, a remeter-se a um julgado sabatinador de uma anistia restritíssima.

¹¹³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus n° 34.866. Pacientes: Antonio Pan Fidalgo e Outros. Relator Ministro Luiz Galotti. Rio de Janeiro, 3 de abril de 1957. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 nov. 2011.

¹¹⁴ “Art. 1º É concedida anistia aos trabalhadores de empresa estatal ou privada que, por motivo relacionado ou decorrente de participação em movimento grevista ou em disputa de direito regulado na legislação social sejam acusados ou se encontrem condenados por crime previsto nos Decretos-Leis ns. 431, 4.766 e 9.070, respectivamente de 1938, de 1 de outubro de 1942 e de 15 de março de 1946, bem como na lei n° 1.802, de 5 de janeiro de 1953, ou no Código Penal.

Art. 2º Os benefícios desta lei não aproveitarão, em hipótese alguma, os reincidentes específicos (Código Penal, art. 46, § 2º, n° 2), nem acusados ou condenados por homicídio doloso, mesmo praticado nas condições a que se refere o art. 1º”.

¹¹⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus n° 34.866. Pacientes: Antonio Pan Fidalgo e Outros. Relator Ministro Luiz Galotti. Rio de Janeiro, 3 de abril de 1957. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 nov. 2011, p. 305.

¹¹⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso criminal n° 1.396. Recorrentes: Maria Aparecida Santos e Outros. Recorrido: Ministério Público Militar. Relator Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, 18 de setembro de 1979. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 nov. 2011.

Mesmo entendimento foi aplicado no Recurso Criminal nº 1.400/DF¹¹⁷. O que chama a atenção, contudo, neste julgado da Relatoria do Ministro Leitão de Abreu, é que houve uma clara atribuição de similitude entre os crimes contra a segurança nacional e os crimes políticos:

O Dec.-lei nº 898, de 29.09.69, a que sucedeu a Lei nº 6.629/78, definia os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social. Crime contra a segurança nacional, desde que tenha móvel político, classifica-se como crime político.¹¹⁸

Mantendo a noção de que seria necessário o trânsito em julgado para a qualificação da condenação como definitiva, o Ministro Leitão de Abreu fez ainda menção ao Parecer nº 78/1979 do Presidente da Comissão Mista de Anistia do Congresso Nacional, cujo papel será destacado abaixo. Mas, neste caso, nem menção à amplitude ou restrição da anistia houve.

Mais recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 165.438¹¹⁹, a discussão também não guardava qualquer pertinência com o que se discutiria na ADPF nº 153/DF. Apesar de, como reconheceu o Ministro Eros Grau, o Ministro Cezar Peluso ter mencionado que “[...] em tema de anistia, a interpretação tem de ser ampla e generosa, sob pena de frustrar seus propósitos político-jurídicos”¹²⁰, o caso julgado discutia a extensão da anistia como forma de garantir a promoção a que teriam direito servidores militares. A questão era a de que o art. 8º do ADCT não poderia exigir critérios de merecimento, mas apenas de tempo, dos que foram lesados em seus direitos pelos atos de exceção. Mais especificamente, envolvia acusado de participação da Intentona Comunista de 1935. O STF decidiu a favor do anistiado. O que chama a atenção é que, no voto-vista do Ministro Gilmar

¹¹⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso criminal nº 1.400. Recorrentes: Altino Rodrigues Dantas Júnior e outro. Recorrido: Ministério Público Militar. Relator Ministro Leitão de Abreu. Brasília, 14 de setembro de 1979. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 nov. 2011.

¹¹⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso criminal nº 1.400. Recorrentes: Altino Rodrigues Dantas Júnior e outro. Recorrido: Ministério Público Militar. Relator Ministro Leitão de Abreu. Brasília, 14 de setembro de 1979. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 nov. 2011, p. 86.

¹¹⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário nº 165.438. Recorrente: União Federal. Recorrido: Carmegildo Filgueiras. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, 6 de outubro de 2005. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 nov. 2011.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 384.

Mendes, ele ressalte o tempo todo que interpretar uma norma é atualizá-la – algo impossível com as conclusões da ADPF nº 153/DF¹²¹.

Assim, abre-se espaço para uma recapitulação equivocada da própria *história institucional* do Supremo Tribunal Federal. Invoca-se uma gama de decisões anteriores que não se ajustam ao caso a ser julgado, procurando-se amparar em premissas que depõem contra a própria decisão tomada na ADPF nº 153/DF.

O sentido de uma “anistia ampla, geral e irrestrita” não esteve ligado, pelo menos como pode ser conhecido nesta luta da sociedade, a uma “anistia de mão dupla”. Em verdade, o que se buscava era evitar o advento do § 2º do art. 1º da Lei nº 6.683/1979, que restringia a anistia e excluía do seu benefício condenados por terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal¹²².

Fico¹²³ retroage à criação, em 1975, do “Movimento Feminino pela Anistia”. Não se deve deixar de considerar, evidentemente, que a anistia fez parte do contexto da chamada “lenta e gradual abertura”. Não é à toa que Fico enfatiza como se deu todo o processo histórico em que a anistia fora “concedida” (o que nos parece correto). Isto não refuta, contudo, que a anistia foi algo buscado pela sociedade: o problema é saber o que se buscou e como foi implementado e, mais do que isto, se este resultado é hoje legítimo. Carlos Fico chega a destacar declarações à época de Jarbas Passarinho no sentido de que o governo, em verdade, via com bons olhos a anistia e o retorno de opositores como Prestes, Brizola e Arraes por que isto poderia “pulverizar” a oposição.

Já Greco¹²⁴ destaca que a articulação dos movimentos em prol da anistia começou com a ação dos Comitês Brasileiros pela Anistia em 1977, procurando enfatizar o modo como a sociedade civil protagonizou a luta pela anistia. O primeiro deles foi o Comitê Brasileiro de Anistia do Rio de Janeiro, lançado em fevereiro de 1978. No mesmo ano, surgem os comitês de Goiás, Bahia, São Paulo, Londrina, Rio Grande do Norte, Santos, São

¹²¹ “Essa colocação coincide, fundamentalmente, com a observação de Häberle, segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada (Es gibt keine Rechtsnormen, es gibt nur interpretierte Rechtsnormen), ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública [...]” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário nº 165.438. Recorrente: União Federal. Recorrido: Carmegildo Filgueiras. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, 6 de outubro de 2005. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 nov. 2011, p. 398).

¹²² “Art. 1º

[...]

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.”

¹²³ FICO. *A negociação parlamentar da anistia de 1979*, p. 319.

¹²⁴ GRECO. *Dimensões fundacionais da luta pela anistia*, p. 59.

Carlos e Brasília. Em novembro de 1978 ocorre o I Congresso Nacional pela Anistia, contando com a presença de cerca de mil pessoas. A (grande) imprensa escrita divulga de forma maciça o Congresso; o Departamento de Censura da Polícia Federal proíbe que emissoras de rádio e televisão comentem o assunto. É marcante que o Congresso tenha como objetivos: a) transformação do movimento em uma luta de massas; b) denúncia permanente de violações a direitos humanos; e, c) repúdio a anistia parcial.

Emblemática, contudo, é a “Carta do Congresso – Compromisso com a Anistia”, que terá o seguinte e elucidativo conteúdo (destaques do original e destaques nossos):

A anistia pela qual lutamos deve ser **Ampla** – para todas as manifestações de apoio ao regime; **Geral** – para todas as vítimas da repressão; e **Irrestrita** – sem discriminações ou restrições. **Não aceitamos a anistia parcial e repudiamos a anistia recíproca.** Exigimos o fim radical e absoluto das torturas e dos aparatos repressores, e a responsabilização dos agentes da repressão e do regime a que eles servem.¹²⁵

O debate ainda se ampliaria: um II Congresso Nacional ocorreria em novembro de 1979 e um terceiro encontro congregaria 45 (quarenta e cinco) entidades de todo o país. Esta ação multifacetada se somará ao descontentamento popular com o regime (pelos problemas políticos, mas também pelos erros econômicos) e tanto a “grande mídia”, como agentes estatais, começam a participar da discussão. Apesar de o Presidente Ernesto Geisel ter declarado que um consenso básico não incluiria a anistia, Aureliano Chaves e Delfim Neto defenderão uma anistia ainda que parcial. No lançamento do Comitê Brasileiro pela Anistia do Rio de Janeiro, a presença do General Peri Bevilacqua, punido com base no AI n° 5/1968 reforça o movimento¹²⁶. Os cerca de dez mil exilados no exterior internacionalizam a luta e, em 1979, Lelio Basso organizará na Itália a Conferência Internacional pela Anistia. O governo militar vê-se obrigado a reconhecer a necessidade de uma tomada de posição e não tratará a sociedade como um interlocutor.

Desse modo, a gestação da luta pela anistia veio de um movimento social que não poderia compactuar com a “anistia de mão dupla”, “anistia recíproca” ou “anistia para torturadores”. Esta é uma exigência do *princípio democrático*; a não ser que as condições de participação política estivessem distorcidas e pudesse ser imposta uma solução, ao invés de resultar de um consenso. De fato, o Projeto de Lei n° 14 de 1979, de iniciativa privativa do

¹²⁵ CONGRESSO NACIONAL PELA ANISTIA in GRECO. *Dimensões fundacionais da luta pela anistia*, anexo.

¹²⁶ GRECO. *Dimensões fundacionais da luta pela anistia*, p. 82.

Presidente da República (art. 57, inc. VI, da Emenda Constitucional nº 1/1969), será todo gestado dentro do Executivo e não será debatido.

Enviado ao Congresso Nacional em 27 de junho de 1979, o projeto aparece para a na imprensa como parte do “dia mais feliz” da vida do Presidente General Figueiredo, com direito a lágrimas do mesmo na ocasião e a um devido boicote do MDB. O projeto era um beneplácito do governo. Nem mesmo a ARENA foi parte no processo de elaboração. Ele foi elaborado por Petrônio Portella e no interesse direto de Golbery do Couto e Silva: este via no Ministro da Justiça a sabedoria necessária para criar um ardil que impusesse a *anistia recíproca* sem reconhecer descaradamente a ocorrência de crimes nos porões da ditadura.

De fato, Golbery valorizava esse tipo de ardil. Ele admirava o antigo presidente do Senado, que, no governo Geisel, havia conduzido a chamada “missão Portella” – tentativa de comprometer setores moderados da oposição com a abertura política. Como ministro da Justiça no governo Figueiredo, Petrônio Portella foi responsável pelo projeto da anistia. Golbery do Couto e Silva o julgava capaz de sobrepujar os oponentes com suas “magistrais manobras políticas”, desnortando adversários “como que postos sob luz estroboscópica”.

[...]

A menção aos crimes conexos realmente demandava uma extraordinária capacidade de tergiversação, dada a esdrúxula circunstância de o projeto anistias pessoas desconhecidas e não condenadas. A fórmula obscura foi adotada porque o governo não estava apenas preocupado com torturadores. Ao anistiar os “crimes políticos ou praticados com motivação política”, o projeto garantia que, no futuro, nenhum militar seria punido em função das ilegalidades praticadas durante a ditadura¹²⁷.

No Congresso Nacional, apesar da Presidência da Comissão Mista de Anistia ter sido incumbida a Teotônio Vilela, foram designados como Relator Ernani Satyro, da Arena, e como Vice-Presidente Murilo Badaró. Todo o material da discussão no Congresso Nacional está reunido no documento *Anistia*¹²⁸. Na própria Mensagem nº 59/1979 enviada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional com o Projeto de Lei nº 14/1979, é possível vislumbrar a concepção de anistia que a Presidência da República tinha em mente. A anistia seria “*um ato unilateral de poder*”. Ela é limitada, já que “[...] [o chamado] *terrorista não foi e não é um político, a menos que se subvertam conceitos em nome de um falso liberalismo*”. A anistia seria, então, ofertada ao Congresso Nacional “[...] *com a mesma e serena confiança com que, na informalidade da vida cotidiana, estendo a mão a todos os*

¹²⁷ FICO. *A negociação parlamentar da anistia de 1979*, p. 321.

¹²⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Mista sobre Anistia *Anistia*. Volumes I e II. Brasília, 1982. “*Estas atas, bem como toda a documentação recebida pela Comissão Mista e todo o material produzido durante os trabalhos, estão transcritas literal e integralmente em dois volumes (1.304 páginas) organizados por determinação de seu presidente, o senador Teotônio Vilela. A obra foi publicada em 1982 pelo Congresso Nacional sob o título Anistia. Trata-se de mais uma peça fundamental para a construção da contramemória, registro fidelíssimo do que aconteceu no parlamento no período de discussão e votação do projeto de anistia. Nas suas páginas é possível visualizar claramente o tensionamento instituinte/insitituído que marca o processo*” (GRECO. *Dimensões fundacionais da luta pela anistia*, p. 233).

brasileiros”. No que respeita ao projeto que saiu do governo, não há qualquer diferença de grande monta que importe para o resultado da anistia buscada pela sociedade e aquela (de mão dupla) a ser imposta pelo governo. Estabelecamos a comparação. De acordo com o Projeto de Lei n° 14/1979 da forma em que acompanhava a Mensagem n° 59/1979:

Art. 1° É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 31 de dezembro de 1978, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Pública, de fundações vinculadas ao Poder Público, aos dos Poderes Legislativo e Judiciário e aos militares, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1° - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2° - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

Já que no que respeita ao dispositivo da forma como veio aprovado na Lei n° 6.683/1979:

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

§ 1° - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2° - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

§ 3° - Terá direito à reversão ao Serviço Público a esposa do militar demitido por Ato Institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do art. 3°.

O que se verifica é que a lei, tal qual aprovada e após o procedimento de sanção/veto, trouxe como mudanças em relação ao dispositivo do art. 1°: a) o prazo compreensivo dos fatos anistiados foi alargado, passando do termo final de 31 de dezembro de 1978 para o termo final de 15 de agosto de 1979; b) foram também anistiados os crimes eleitorais; c) foram também anistiados os dirigentes e representantes sindicais. Quanto à “anistia ampla, geral e irrestrita”, ela não aconteceu, pois o § 2° criou as exceções dos crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal; no que respeita à anistia “recíproca” ou de “mão dupla”, esta viria travestida na expressão “crimes conexos”, de modo que nem o Estado declarava sua culpa, nem, à primeira vista, responsabilizações poderiam ser estabelecidas.

O trabalho na Comissão Mista de Anistia seria ainda fortemente controlado pelo Governo ante a maioria de membros pertencentes à ARENA: 13 no total, contra 9 do MDB. Algumas tentativas de abrir o debate, como a oitiva do então Ministro da Justiça,

Petrônio Portela, seriam colocadas de lado. A pressão exercida pelos Comitês Brasileiros de Anistia foi grande e ela está anexa ao documento oficial *Anistia*. Nele é possível encontrar o tantas vezes citado parecer do ex-Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil Sepúlveda Pertence. Mas contém também o parecer do também advogado Egydio Ferreira Lima, que acusa o projeto de ser mesquinho e casuístico, além de beneficiar repressores e excluir os que se opuseram à repressão. Crítica semelhante viria de Hélio Saboya Ribeiro dos Santos e Paulo Fróes Machado:

A primeira crítica que ocorre é a definição adotada com relação ao crime conexo ao político. Se o objetivo é conferir um *bill* de indenidade aos agentes do poder público que – para usar de um eufemismo – se excederam no seu “trabalho” de repressão, não há como excluir da anistia aqueles que também se excederam empregando a violência política. É verdade que a consciência mundial condena, quem, toldado pela paixão, apela para a agressão. Mas não é menos verdade que esta mesma consciência reprova com a maior veemência os que, em nome da ordem, recorrem à tortura que a lei não aceita nem admite.¹²⁹

Cartas de presos políticos também demonstram a total insatisfação com o projeto governista. Haroldo de Lima, Paulino Vieira e Theodomiro dos Santos são enfáticos em ressaltar que a expressão “crime conexo ao crime político” é um embuste vergonhoso utilizado sorrateiramente pelo governo para encobrir seus torturadores. Eles ressaltam: “Ninguém defendeu abertamente a necessidade de anistiá-los”¹³⁰. Do mesmo modo se manifestaram familiares de presos políticos desaparecidos, insatisfeitos com a impossibilidade de elucidação dos fatos.

É preciso reconhecer, contudo, que houve “concessões” em prol da anistia, é dizer, que se aceitava a *anistia recíproca* caso este fosse o caminho para se chegar à anistia dos opositores políticos. Fico¹³¹ noticia que Therezinha Zerbine, representando o Movimento Feminino pela Anistia, declarou que seus companheiros de oposição democrática não se oporiam a esta que parecia ser a via de uma “*felicidade do povo*”; por outro lado, Pedro Simon declarara no próprio documento *Anistia* que o Congresso Nacional não melhorou o projeto por que não o quis. É claro que é preciso considerar bem as coisas nesse campo: este não querer é aquele proveniente de uma maioria pró-governo, uma maioria que apoiava a ditadura e o *seu* projeto de anistia¹³².

¹²⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Mista sobre Anistia *Anistia*. Volume II. Brasília, 1982, p. 445.

¹³⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Mista sobre Anistia *Anistia*. Volume II. Brasília, 1982, p. 480.

¹³¹ FICO. *A negociação parlamentar da anistia de 1979*, p. 322.

¹³² “Os parlamentares do MDB apresentaram 209 emendas ao projeto (de um total de 305). Dentre as 209, o partido submeteu 65 propostas de alteração do art. 1º (aí incluídas 09 emendas substitutivas que ofereciam um novo projeto na íntegra). Dessas 65, apenas 11 propunham a exclusão do perdão aos responsáveis pela repressão, 45 mantinham o benefício previsto no projeto e 9 eram irresolutas. Os parlamentares da Arena não

Na tramitação, o que se observa é uma forte ingerência do Ministro da Justiça Petrônio Portella na análise das emendas parlamentares. O MDB tenta ainda salvar o projeto apresentando um substitutivo que rejeita a reciprocidade e institui a anistia ampla – o que acaba por colocar de lado a ideia hoje defendida de que a chamada “pacificação” deveria ser feita a partir de esquecimento e ausência de responsabilização. Como, no Plenário, o substitutivo do MDB acaba sendo derrotado por 209 votos a 194, parte-se para o substitutivo de Ernani Satyro que é aprovado em bloco pelas lideranças dos dois partidos¹³³. Como dirá Teotônio Vilela em sua declaração de voto na ocasião: “*Agora está em pauta no Congresso Nacional mais um projeto discriminatório. Através dele, anistia-se irrestritamente os torturadores e parcialmente os opositores do regime*”¹³⁴. Assim, o projeto parcial enviado pelo governo e por ele exigido retirava do foco a discussão sobre uma anistia recíproca.

O que fica consignado, portanto, é que a Lei nº 6.683/1979 não foi o resultado da luta pela anistia que a sociedade travou. É claro que se tratou de uma imposição do regime e as interpretações que os votos dos Ministros do STF procuraram dar ao período acabam por desconsiderar todas as pretensões em jogo naquele momento. Uma análise mais percuciente demonstra que não resta, assim, qualquer critério jurídico que pudesse unificar torturadores e opositores do regime na expressão “crimes conexos”¹³⁵.

Não se pode desconsiderar quão gravemente pode ser ferida a *responsabilidade política* de um tribunal que, além de se arvorar em historiador, o faz sob a possibilidade da *coisa julgada*. É possível aceitar que houve um acordo político a alimentar o projeto que levou à Lei de Anistia de 1979 ou estaríamos diante de uma reescrita da história? A própria terminologia “acordo político” é criticável nesse contexto. Aceitando que o critério de

apresentaram emendas sobre a questão. Portanto, o tema não foi o principal objeto dos debates havidos na Comissão Mista, até porque a não inclusão dos “terroristas” atraía a atenção dos parlamentares para a discussão sobre o caráter parcial da anistia proposta por Figueiredo. Conforme o deputado João Gilberto (MDB-RS), a anistia dos que participaram da luta armada era “o ponto crucial do debate da anistia” (FICO. A negociação parlamentar da anistia de 1979, p. 323).

¹³³ “*Em 22 de agosto de 1979, o projeto de anistia do MDB foi derrotado em uma votação apertada: 194 votos a favor e 209 votos contra. A seguir ocorreu a votação da emenda Djalma Marinho, sendo derrotada por 206 votos contra 201 votos a favor. Apesar da pequena margem de votos, o Congresso aprovou o projeto de anistia proposto pelo Executivo. O resultado da votação permite perceber as disputas existentes no Congresso e quão polêmico o texto do projeto se mostrava à época, contribuindo para acirrar as discussões ainda hoje*” (GONÇALVES. *O preço do passado*, p. 50-51).

¹³⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Mista sobre Anistia Anistia. Volume II. Brasília, 1982, p. 237.

¹³⁵ “*No entanto, sob esse aspecto, a aceitação da anistia de dupla via padece de um ponto de vista errado sobre o conceito de violações dos direitos humanos e crimes políticos, pois essa anistia diverge do conceito político-legal universalmente aceito de que as anistias são aplicáveis aos crimes políticos praticados pelos cidadãos. Igualar genuínas violações dos direitos humanos praticadas por agentes estatais aos atos criminosos cometidos por grupos armados dissidentes distorce a natureza específica dos primeiros, ou seja, o efeito é a perversão do verdadeiro conceito de direitos humanos*” (BASTOS. *Anistia*, p. 196).

legitimidade de um ato de Estado é a possibilidade de que seus destinatários possam sentir-se como seus autores (o princípio do discurso somado à forma jurídica, ou seja, o próprio princípio democrático¹³⁶), como conceber uma tal conclusão a respeito do processo que levou à anistia de 1979?

Em primeiro lugar, é difícil enxergar quem seriam as partes deste “acordo político”. Como ressaltado, a própria Lei de Anistia foi reconhecida como parte do processo de “lenta e gradual distensão” imaginado e executado pelo General Ernesto Geisel, muito de acordo com a Doutrina de Segurança Nacional defendida por Golbery do Couto e Silva. É nesse quadro que, diante da vitória nas urnas do MDB em 1974, o Regime Ditatorial mantém-se altamente repressivo, bastando lembrar do “massacre da Lapa” dos dirigentes do Partido Comunista Brasileiro João Baptista Franco Drummond, Ângelo Arroyo e Pedro Pomar¹³⁷, assim como o assassinato de Vladimir Herzog em 1978.

É impossível falar, pois, em um “acordo político”. A não ser que de uma parte estivesse a sociedade e, de outro, o Estado. Pois já não havia oposição política efetiva por parte da luta armada e da esquerda brasileira, massacrados pelos anos de chumbo dos governos Costa e Silva, Médici e Geisel. Mas, ainda que a sociedade fosse esta parte no “acordo”, ela não estava em posição de negociação. Ora, em 1977, o General Geisel, com base no AI-5, baixa o “pacote de abril”: governadores e um terço dos senadores eleitos indiretamente por colégios eleitorais formados por vereadores em sua maioria da ARENA, imunidade das Polícias Militares ao controle jurisdicional civil, criação de mais um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade no STF – sob provocação unipessoal do Procurador-Geral da República (nomeado pelo Presidente da República, frise-se) – e a aprovação de uma nova Lei de Segurança Nacional em 1979. Diante de todo este contexto, como esta sociedade negociaria algo na anistia por ela buscada?

Nota-se, portanto, que nenhum “acordo político” efetivamente aconteceu. Dizer que haveriam partes aptas a celebrar um acordo ao invés de reconhecer a imposição à força à qualquer dissidência política de um projeto de anistia unilateralmente concebida nada mais é do que arvorar-se o Poder Judiciário no papel de historiador. Para além disto: um historiador despreocupado com a verdade, despreocupado com o “princípio da realidade”. Este é o grande risco que uma anistia promovida em períodos de exceção pode correr: o de provocar um esquecimento manipulado, abusivo, inconsciente de seu dever de memória.

¹³⁶ É a tese exposta em HABERMAS. *Facticidad y validez*, p. 147 e ss.

¹³⁷ SILVA FILHO. *O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal*, p. 20.

Trata-se de um risco presente mesmo em regimes democráticos que se seguem a períodos de exceção: o que dizer de uma lei votada por senadores “biônicos”¹³⁸?

2.6 – O papel do juiz e o papel do historiador na obra de Paul Ricouer

Vê-se, portanto, que não sobram razões para que se cogite de um “acordo político” em 1979. A anistia, tal qual estabelecida pela Lei nº 6.683/1979, foi imposta pela ditadura, ainda que a reivindicação tenha vindo da sociedade civil. Cuidou-se de uma concessão na qual goela abaixo se empurrava uma auto-anistia. Daí o questionável papel exercido pelo STF ao sustentar tal tese de “acordo político”. Ela confunde o próprio papel que o juiz pode exercer diante da história, colocando-o na tarefa de verdadeiro historiador, permitindo uma confusão muito bem desfeita por Paul Ricouer em *A memória, a história, o esquecimento*.

Se a primeira parte desta obra foi dedicada à fenomenologia da memória, a segunda a uma epistemologia das ciências históricas, a terceira parte será dedicada ao enfrentamento das condições de possibilidade do discurso mnemônico. Isto será feito a partir da hermenêutica, tida por Ricouer¹³⁹ como exame de modos de compreensão voltados para saberes com vocação objetiva¹⁴⁰. A grande questão a ser respondida remete a o que significa compreender em termos históricos. Aqui se faz presente também, como em toda a obra, a representação do passado (a presença de uma coisa ausente) e sua relação com o *esquecimento*. Ricouer divide seu empreendimento a partir de três análises: da perspectiva crítica, o alvo consiste em demolir qualquer pretensão totalizante ligada ao saber histórico, buscando-se validar as operações objetivantes da escrita da história; da perspectiva ontológica, a análise volta-se sobre as pressuposições existenciais do saber historiográfico e do saber crítico verificado na primeira perspectiva – trata-se da discussão da “condição

¹³⁸ “Para quem atravessou todas as camadas de configuração e de refiguração narrativa desde a constituição da identidade pessoal até a das identidades comunitárias que estruturam nossos vínculos de pertencimento, o perigo maior, no fim do percurso, está no manejo da história autorizada, imposta, celebrada, comemorada – da história oficial. [...] Está em ação aqui uma forma ardilosa de esquecimento, resultante do desapossamento dos atores sociais de seu poder originário de narrarem a si mesmos. Mas esse desapossamento não existe sem uma cumplicidade secreta, que faz do esquecimento um comportamento semipassivo e semi-ativo, como se vê no esquecimento de fuga, expressão da má-fé, e sua estratégia de evitação motivada por uma obscura vontade de não se informar, de não investigar o mal cometido pelo meio que cerca o cidadão, em suma por um querer-não-saber” (RICOEUR. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 455).

¹³⁹ RICOEUR. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 299.

¹⁴⁰ Aqui cabe a advertência a respeito dos próprios limites e possibilidades da hermenêutica, que ganha em Gadamer (*Verdade e método II*, p. 255 e ss) a pretensão de universalidade. Tal pretensão foi objeto de um longo debate com Jürgen Habermas, que faz as importantes advertências de que a partir da interpretação o autor poderia aprender com o intérprete (DWORKIN. *O império do direito*, p. 62, nota 2), bem como de que os pré-conceitos devem ser apreendidos a partir de uma hermenêutica crítica (HABERMAS. *Dialética e hermenêutica*, p. 86 e ss).

histórica”; por fim, da perspectiva do esquecimento, pretende-se reerguer esse suposto inimigo da memória e da história na linha de sua capacidade denotativa da vulnerabilidade da condição histórica.

É em Kant e em sua *Crítica do juízo* que Ricouer¹⁴¹ buscará a fonte de inspiração para refletir a respeito de uma filosofia crítica da história que discute a natureza da compreensão nos momentos que atravessam a operação historiográfica, seja para limitar as pretensões absolutizantes de um saber de si da história, seja para testar o saber histórico objetivante. A partir da “história dos conceitos” proposta por Reinhart Koselleck, foi possível traçar a distância entre os modelos da operação historiográfica e as categorias temporais da história¹⁴². A historização generalizada dos saberes do campo prático faz-se acompanhar de uma experiência da história – o que indica uma hermenêutica ontológica da condição histórica.

Tal filosofia crítica da história pode ser vista a partir de duas posições negativas e duas posições positivas. A primeira posição negativa é a que coloca em xeque a auto-suficiência pretendida pela fórmula “a própria história”; o mesmo problema reaparece com a posição negativa da concepção de “nossa modernidade” como diferente e mais importante que outras fases. A primeira posição positiva, de outra parte, está na própria dialética externa entre julgamento judicial e julgamento histórico, dialética esta que, no caso dos crimes de massa do século XX, produz o fruto teórico da singularidade moral de tais crimes, assim como o fruto prático do importante dissenso cívico alimentado pelas controvérsias presentes na esfera pública com a participação da história na definição dos contornos da memória coletiva. A segunda posição positiva destaca a dialética interna entre o projeto de verdade e o elemento interpretativo da própria operação historiográfica.

Ricouer¹⁴³ trará da obra de Reinhart Koselleck duas categorias que pretendem fundamentar a possibilidade de uma história. Segundo Koselleck¹⁴⁴, a história dos conceitos é uma propedêutica para uma teoria científica da história: ela mede e estuda a diferença ou convergência entre os conceitos antigos e os atuais. Chama-se a atenção, nesse particular, as categorias da “experiência” e da “expectativa”: elas possuem um elevado grau de generalidade, o que, contudo, não dispensa seu uso. Além disto, esse par não propõe uma

¹⁴¹ RICOEUR. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 309.

¹⁴² Cf. KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Trad. Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Ver. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006.

¹⁴³ RICOEUR. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 311.

¹⁴⁴ KOSELLECK. *Futuro passado*, p. 306.

alternativa, antes, requer um uso comutativo. As condições de possibilidade da história – expectativa e experiência – são as próprias condições de seu conhecimento e mostram a relação interna que existe entre passado e futuro. A experiência pode ser definida como o passado atual em que acontecimentos foram incorporados e podem ser lembrados, sempre em um sentido intersubjetivo; do mesmo modo interpessoal, a expectativa constitui-se como futuro presente.

O que diferencia as categorias é que elas se manifestam de forma diferente¹⁴⁵ e isto se evidencia também pelos termos espaciais aplicados a cada uma delas. A experiência constitui-se em um todo em que vários estratos de tempo estão presentes de modo simultâneo, sem que se possa definir uma ordem cronológica. Já o horizonte descortina uma linha por trás da qual está um futuro desconhecido ainda. Mas, novamente, o ponto de destaque não são as divergências: é da tensão entre o *espaço de experiência* e o *horizonte de expectativa* que resulta o tempo histórico.

Em Ricouer, tais categorias visam, portanto, tentar definir o *tempo da história*. Seria possível vislumbrar um paralelo entre o *horizonte de expectativa* e o *espaço da experiência*, na linguagem de Koselleck, de um lado, e, de outro lado, o presente do futuro e o presente do passado, na linguagem de Santo Agostinho. Também tais estruturas do tempo histórico exerceriam uma função corretiva sobre as estruturas do tempo mnemônico, assim como o tríplice presente agostiniano apresenta-se em uma dialética que exige, em dado momento, a confirmação de sua marca. A principal contribuição de Koselleck está em que suas categorias permitem a verificação de mudanças que afetam o tempo histórico e de peculiaridades que estão presentes na visão da modernidade sobre a mudança histórica. Sua tese é a de que nesta modernidade a diferença entre experiência e expectativa aumenta progressivamente: a novidade da modernidade é a distância cada vez maior das expectativas em relação às experiências. No mundo social¹⁴⁶ fortemente agrícola e artesanal da Europa dos séculos XVII e XVIII, as experiências dos antepassados estavam ligadas umbilicalmente às

¹⁴⁵ “Isto pode ser explicado por uma frase do Conde Reinhard, que em 1820, depois do inesperado retorno da revolução na Espanha, escreve a Goethe: “Tendes toda razão, meu caro amigo, no que dizeis a respeito da experiência. Para os indivíduos ela sempre chega tarde demais, para os governos e para os povos ela nunca está disponível.” O diplomata francês retomava uma expressão de Goethe, que se havia imposto naquele momento, por exemplo em Hegel, e que provava a impossibilidade de se aplicar diretamente as lições da história” (KOSELLECK. *Futuro passado*, p. 310).

¹⁴⁶ Koselleck (*Futuro passado*, p. 315) não deixa de fazer a importante advertência de que sua constatação serve, com limitações, ao mundo social, mas não ao mundo político e ao mundo espiritual, que experimentaram outras relações entre experiência e expectativa a partir das descobertas ultra-marinas, das Cruzadas, da Reforma etc.

expectativas dos descendentes; as rupturas eram empreendidas em uma velocidade muito menor.

Talvez isto explique o porquê do passado da ditadura não querer passar. A ausência de uma verdadeira ruptura com o fim do regime, a chamada “transição conciliada”, a “lenta e gradual distensão” e mesmo o fato de só agora o Brasil começar a lidar mais frontalmente com elementos de *justiça de transição* são todos fatores que demonstram uma forte ligação entre experiências e expectativas que, se não estão na generalidade da sociedade brasileira, pelo menos se faz presente na história político-constitucional. Não é à toa que um dos grandes atores institucionais da luta pela anistia, pelo retorno do *habeas corpus* e pelo fim da ditadura, Raymundo Faoro, foi também um grande crítico dos processos de conciliação da história nacional¹⁴⁷.

Basta pensar que experiência e expectativa na doutrina cristã estão de tal forma atreladas no século XVII que qualquer expectativa que pretendesse se separar deveria ter como objeto algo para além desta vida. Algo apocalíptico que, a cada vez que não se realizava, nutria novamente a expectativa para uma próxima vez. Este conceito de “*profectus*” viria a ser substituído por um sentido terreno da perfeição pós-apocalipse passível de ser encontrado no conceito de *progresso*. Ele permitiu dar à história um caráter processual que visa ao contínuo aperfeiçoamento de geração a geração, ainda que ele incluía erros. “[...] a partir de então o horizonte de expectativa passa a incluir um coeficiente de mudança que se desenvolve com o tempo”¹⁴⁸. Mas não só o horizonte de expectativa alterou-se: também o espaço de experiência, já que o próprio progresso passou a se alimentar de experiências individuais e progressos em certos setores que antes não existiam. Com isto, surge a possibilidade do não-contemporâneo no contemporâneo.

A diferença temporal progressiva entre experiência e expectativa aparece ainda em outro conceito, o de *aceleração*. Se a experiência dos progressos científicos e técnicos não anda no mesmo passo dos progressos moral e político, também nestes últimos campos o que se vê é que a história contemporânea se dilui nos múltiplos acontecimentos de ontem. É a aceleração que permite falar de diminuição de intervalos, das noções de adiantamento,

¹⁴⁷ “Patrocinada pelo governo, a Conciliação por meio das influências familiares, locais, pela via dos partidos, deve integrar a ordem conservadora. Essa função legitimará por meio das instituições a monarquia, evitando o debate, o dissídio e a opção em torno das liberdades políticas. Sai desse estado, não o governo representativo, mas o governo tradicional, afirmado pelo jogo, pelo aparelhamento parlamentar, sem as aferições de confiança de baixo para cima” (FAORO in GASPARI. *A ditadura encurralada*, p. 449). A citação fez parte do prefácio venezuelano a *Um estadista do Império*, de Joaquim Nabuco.

¹⁴⁸ KOSELLECK. *Futuro passado*, p. 317.

estagnação e regressão. Também é consequência do distanciamento entre experiência e expectativa a definição do caráter disponível da história: trata-se de “[...] *uma capacidade que é ao mesmo tempo a dos agentes da história e dos historiadores que dispõem da história ao escrevê-la*”¹⁴⁹. Isto aparece no fato de que *história* designa tanto o singular coletivo da sequência dos acontecimentos quanto o conjunto dos discursos que descrevem tal singular. Some-se a isto a contaminação existente entre *Geschichte*, enquanto complexo de acontecimentos, e *Historie*, enquanto discurso científico da história, destacando Koselleck que esta resta absorvida por aquela. Teremos como consequência que a própria história seja senhora de seu discurso e que ela ganhe, de forma ingênua, uma pretensão própria à verdade.

Duas consequências aparecem, segundo Ricouer, do desenvolvimento da teoria de Koselleck apresentado em *Futuro passado* e em um conjunto de artigos denominado *L'Experience de l'histoire*: de um lado, o conceito de experiência é revisitado, posto que ele passa a recobrir as três instâncias temporais – a história passa a ser onitemporal; de outro lado, a humanidade passa a ser sujeito e objeto da história.

Tais conclusões indicam problemas em concepções totalizantes de uma história universal do mundo. Em primeiro lugar, pelo fato de existirem histórias especiais dentro da história universal, consequência imediata do próprio pluralismo. Em segundo lugar, é a mesma história universal que é paradoxalmente narrada como a história desta ou daquela nação – “[...] *a história é proclamada mundial por historiadores patriotas*”¹⁵⁰. Em terceiro lugar, em termos da temporalização da marcha da história, o passado corre o risco de ser depreciado por uma ruptura que não tem condições de ser ela mesma a engrenagem da história.

Mas a história como saber absoluto não aparece apenas sob o signo de “a própria história”; ela surge também com a concepção de uma “nossa” modernidade. O presente seria observatório e tribunal das formações culturais que o precederam. Trata-se de uma modernidade autovalorizadora e auto-referencial que se caracteriza como época superior. Problema surge em relação aos valores que essa modernidade, pretensamente diferente de “outras” modernidades, defende. Ela passa a ser a época dos sucessos e insucessos.

Apontados os problemas da “própria” história e da “nossa” modernidade, Ricouer¹⁵¹ concentra-se na comparação das tarefas do *historiador* e do *juiz*. Terceiros em

¹⁴⁹ RICOEUR. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 313.

¹⁵⁰ RICOEUR. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 317.

¹⁵¹ RICOEUR. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 330.

relação aos atores do espaço social, o primeiro almeja a verdade, ao passo que o segundo visa à justiça e ambos à imparcialidade. A filosofia crítica da história assume aqui um papel importante na medida em que a busca pela verdade e a busca pela justiça pautam-se por critérios de legitimidade – é preciso reconhecer que nenhum terceiro absoluto é possível¹⁵². Nem por isto se pode abdicar desta virtude intelectual e moral – intelectual no sentido de que devemos nos abstrair do que somos, moral no sentido de que devemos considerar outros pontos de vista como dotados de igual valor e dignidade. A questão da comparação entre o papel do juiz e o papel do historiador ganha uma nova roupagem diante dos crimes de massa cometidos no final do século XX. Estes crimes possuem, ao mesmo tempo, uma singularidade moral e histórica.

Em tal comparação, a primeira observação que deve ser feita é a de que ao passo em que o juiz está concentrado na definição de uma responsabilidade individual, o historiador tende a ampliar seu julgamento aos contextos mais abertos da ação coletiva. Mas não apenas isto: pode-se dizer que esta primeira amplitude do julgamento histórico sobre o julgamento judicial é confrontada com uma outra amplitude do julgamento judicial sobre o julgamento histórico; é dizer, o julgamento judicial envolve também uma responsabilidade jurídica.

Uma estrutura de linguagem que aparece tanto do lado do juiz como do lado do historiador é a do testemunho. Em ambos os casos, destaca-se uma preocupação com a produção da prova e com a credibilidade dos testemunhos. Pode-se dizer que no âmbito do processo judicial, pelo menos na fase instrutória, ocorre uma experimentação historiográfica, já que os testemunhos são ouvidos diretamente e confrontados. Nesse contexto é que se coloca a tese de Carlo Ginzburg sobre o “paradigma judiciário” – tanto historiador como juiz devem ser peritos nas falsificações e na forma como lidam com a suspeita. Prova e verdade são duas noções claramente presentes em ambos os ofícios. Deve-se atentar, contudo, para os limites que são trazidos por um “princípio de realidade”, na linguagem de Ricouer: não podemos ficar apenas na fase instrutória do processo, se queremos comparar mesmo juiz e

¹⁵² Nada mais gadameriano: “*Toda hermenêutica histórica deve começar, portanto, abolindo a oposição abstrata entre tradição e ciência histórica (Historie), entre história (Geschichte) e conhecimento da história. A ação (Wirkung) da tradição que perdura e a ação da investigação histórica formam uma única ação, cuja análise só poderia encontrar uma trama de ações recíprocas. Nesse sentido, faremos bem em não compreender a consciência histórica – como pode parecer à primeira vista – como algo radicalmente novo dentro do que sempre tem sido a relação humana com o passado. Em outras palavras, o que importa é reconhecer o momento da tradição no comportamento histórico e indagar pela sua produtividade hermenêutica*” (GADAMER. *Verdade e método I*, p. 375).

historiador, devemos, sim, seguir adiante, passar à fase que precede a decisão judicial e ao próprio provimento.

O *paradigma judiciário*, entretanto, apareceria mais fielmente em lides que envolvem bens privados. Litígios de ordem civil ou mesmo criminal que não ultrapassam os interesses das partes (limite este de difícil definição, diga-se, pois a efetivação da ordem jurídica é algo que submete à velha dicotomia público/privado?) ou que confrontam pretensões comensuráveis parecem ser mais instrutivos. Não é isto o que ocorre em relação aos crimes de massa, deve-se lembrar. Em um processo criminal os fatos passados são representados no presente à luz de uma qualificação criminal definida antes da própria fase instrutória e que visa, no futuro, possibilitar a decisão judicial. Tal representação consiste em uma “teatralização” solenizada por um processo, em princípio, público e que conta com a participação das partes, diferentemente do ritual mais solitário do leitor de um arquivo.

Assim, o processo põe em cena um tempo reconstituído do passado no qual são visados fatos que, por sua vez, já constituíam provações da memória: além dos danos físicos infligidos a entidades definidas por sua história própria, as rupturas de contratos, as contestações a respeito da atribuição de bens, de posições de poder e de autoridade, e todos os outros delitos e crimes constituem outras tantas feridas de memória que demandam um trabalho de memória inseparável de um trabalho de luto visando a uma reapropriação por todas as partes do delito e do crime, apesar de sua estranheza essencial¹⁵³.

Pode-se dizer, então, que na comparação entre a atividade do juiz e a atividade do historiador, são discerníveis duas ordens de traços de comparação: os pertencentes à fase deliberativa e aqueles pertencentes à fase de decisão. Veja-se:

- a) Fase deliberativa: o processo é um espaço de linguagem que coloca as partes em confronto; os argumentos são confrontados em simétrica paridade ou isonomia das partes; busca-se traduzir os sentimentos das partes conflitantes na linguagem própria do processo; argumentações e interpretações são desenvolvidas em prol da sequência narrativa dos fatos e da incidência da norma penal;
- b) Fase de decisão: não se pode fazer com que o aspecto punitivo se sobreponha à função restauradora da ordem jurídica e da dignidade das vítimas; a decisão reveste-se de algo que não está presente na tarefa do historiador, qual seja, a atribuição de efeitos de coisa julgada à mesma, sua irreversibilidade; a necessidade da decisão célere também tem o efeito de evitar a perpetuação dos danos¹⁵⁴.

¹⁵³ RICOEUR. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 334.

¹⁵⁴ “E não julgar deixaria a última palavra a esse mal e acrescentaria desconhecimento e abandona aos danos infligidos à vítima” (RICOEUR. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 335). Bem por isto a *justiça de*

Para o condenado, abre-se um novo horizonte de expectativa a partir da decisão transitada em julgado, em que só aí aparecem as noções de esquecimento e perdão. O que se verifica na comparação é que cabe ao juiz, como dever constitucional, julgar e decidir, buscando tentar restaurar o equilíbrio entre vítima e perpetrador, algo que o historiador não faz e não pode fazer, pois correria o risco de estabelecer-se como um tribunal da história. Mas se ele assume uma posição parcial – que, aliás, dificilmente ele conseguirá refutar totalmente, já que ninguém é um terceiro absoluto, como o próprio Ricouer reconhece – esta sua posição está sujeita à crítica do público especializado e não especializado, da sociedade, portanto sujeita a uma permanente revisão, bem ao contrário do que ocorre com o juiz. Juiz este que, de seu turno, tem em mira um acusado definido que responde pessoal e individualmente pela imputação penal que lhe é dirigida. Por mais que o juiz permita a ampliação do círculo de elementos que contornam a ação delituosa, ele não pode ultrapassar limites e ao cabo julgar este ser humano por estes fatos criminais. Mas se ao juiz não é dado manter-se nos círculos concêntricos que abriu, ao historiador sim. Este pode perquirir outras situações individuais que contribuíram para a ocorrência do delito, este pode investigar se o fato imputável pertence a uma sequência histórica. É, portanto, na fase final do julgamento que se amplia a diferença entre a tarefa do juiz e a tarefa do historiador, diferença esta que já estava presente em todas as fases do processo.

Tal relação ganha nova perspectiva em relação aos que tiveram que enfrentar os crimes de massa praticados no curso do século XX, enfrentamentos estes que ocorreram em períodos de reconstrução ou de transição para Estados Democráticos de Direito. Ricouer¹⁵⁵ tem em vista os processos criminais do pós Segunda Guerra, assim como a controvérsia dos historiadores alemães a respeito dos acontecimentos que envolveram o Holocausto ou *Shoah*. De um lado, juízes entrando no campo de atuação dos historiadores e, de outro, historiadores que podem sofrer uma condenação moral, jurídica ou política justamente pelo cumprimento de seu ofício.

Em sua comparação, Ricouer toma por referência a concepção de Mark Osiel¹⁵⁶ de “atrocidade em massa” ou “massacre administrativo” (*mass atrocity*), utilizada para designar crimes de Estado praticados tanto pela Alemanha na Segunda Guerra, quanto pela Argentina ou pelos colaboradores de Vichy. O que se destaca é o dissenso gerado pela

transição não dispensará como um de seus elementos seja a necessidade de submissão dos perpetradores de violências a julgamento seja a instalação de comissões de verdade.

¹⁵⁵ RICOEUR. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 337.

¹⁵⁶ Cf. OSIEL, Mark. *Mass atrocity, collective memory and the law*. New Jersey: Transaction, 2000.

publicidade dos processos que envolvem tais crimes e a função educativa que o dissenso gera para a opinião pública e para a memória coletiva. Na comparação das tarefas do juiz e do historiador, dois obstáculos (que podem ser tratados como um só) ao cumprimento dessa educação cívica a partir dos julgamentos chamam a atenção: a abordagem historiográfica utilizada na argumentação desenvolvida por acusação e defesa nos processos e a sua presença no trajeto que vai do tribunal à esfera pública. Esses obstáculos crescem na medida em que se atenta novamente para o princípio da responsabilidade pessoal: nesses julgamentos figuram no banco dos réus os mais altos superiores na escala hierárquica do Estado e, no mais das vezes, apenas eles. O historiador não se detém nesses atores: ele os liga a multidões, povos, forças e correntes não identificadas. Não é à toa que os advogados desses acusados apelem justamente para o “estrito cumprimento de um dever legal” na grande maioria destes julgamentos.

Além disto, apesar dos processos criminais visarem a uma justiça rápida, porém definitiva, sua versão dos fatos se coloca à prova de discussão perante a memória definitiva. Visto que almejam uma decisão correta (de pretensões semelhantes, mas não iguais, à do historiador em relação à verdade¹⁵⁷), tais julgamentos pretenderão também estabelecer uma versão oficial passível de críticas. Isto porque pesa sobre eles a possibilidade de que as partes promovam distorções. Estas só podem ser controladas mediante o asseguramento não só de um devido processo legal, mas principalmente do tratamento isonômico dos argumentos levantados pelas partes. Mesmo que os advogados dos acusados promovam a distorção dos próprios fundamentos do julgamento (mediante uma suposta “obediência hierárquica” de seus clientes, por exemplo) imputando um *tu quoque* ao tribunal, deve-se destacar a primazia de valores éticos liberais, por exemplo, mediante a própria concessão da palavra.

Entretanto, garantir voz aos acusados não significa que o juiz deve assumir o papel do historiador. No momento da ampliação do debate caro à memória coletiva, quem entra em cena é este último. Contrariamente a juízes que julgam conforme normas (em um código binário), os historiadores podem assumir as histórias parciais e encontrar a verdade em um consenso parcial, sem pretender escrever uma única história de perpetradores, vítimas e testemunhas¹⁵⁸. É por isto que o juiz não pode se confundir no seu papel com o historiador.

¹⁵⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 267 e ss.

¹⁵⁸ “A sentença é definitivamente o grande critério de diferenciação entre a prática jurídica e histórica, pois a narrativa na qual consiste a sentença viabiliza a incidência do poder do Estado sobre algo (coisa ou pessoa), o

Se em Osiel a questão passa pela contribuição que juízes podem dar para uma formação educativa cívica mediante o dissenso, Ricouer formula outra questão a partir do debate entre historiadores alemães sobre a *Shoah*. Ela pergunta como este debate pode ocorrer à luz de uma condenação já proferida pela opinião pública nacional e internacional e diante de um julgamento judicial já encerrado. Resta saber se é possível dar um tratamento historiográfico que não confunda dissenso com desculpação, elogio com repreensão, a algo que Friedlander chamar de “o inaceitável”¹⁵⁹: além de singulares historicamente, tais crimes são praticados pelo próprio Estado que deveria proteger o povo, tolerados por certas camadas sociais e perpetrados contra uma parte indefesa da população. Ante tais crimes é que surge uma tarefa árdua para a sociedade que enfrenta a transição: como condenar e, ao mesmo tempo, compreender? Em relação ao Terceiro Reich, Ricouer traz o contributo de Ernst Nolte para o debate. Evitando qualquer tipo de negacionismo, Nolte teria em mente compreender a Shoah mediante três instrumentos: ampliação temporal do contexto, comparação com fatos semelhantes e verificação de uma relação de causalidade. A questão seria mudar a perspectiva em relação ao passado para evitar que as sombras de Auschwitz não obscureçam acontecimentos anteriores, como os Gulags soviéticos. Isto permitiria fazer com que o passado efetivamente passasse.

Já Jürgen Habermas irá pôr em xeque a distinção entre revisão e revisionismo. Seu questionamento não se coloca sobre o problema metodológico, mas sobre pressupostos éticos e políticos implícitos: revisionismo associado à conservação nacional, retirada dos lugares-comuns da antropologia e atribuição do fenômeno histórico à modernidade técnica. Acabaria por haver uma dissolução da singularidade de Auschwitz. O ataque habermasiano a esse revisionismo viria mediante essas conotações morais (sem entrar na questão da unicidade) que ele vê como próprias do Estado-nação, uma forma de identidade nacional infensa ao pluralismo e oposta à sua proposta de um *patriotismo constitucional*. Esse patriotismo, que funda a identidade de um povo nas normas ético-políticas mais abstratas do Estado Democrático de Direito, só teria encontrado o terreno para seu crescimento,

que significa que as conseqüências serão mais gravosas em caso de erros do que a mera desconsideração em que incorrerá a pesquisa infundada do historiador. Em síntese, o julgamento judicial é definitivo, ao passo que o julgamento histórico é provisório” (CATTONI DE OLIVEIRA. MACHADO. *Recontando o passado*, p. 114).

¹⁵⁹ O tema está presente também em Ricouer no Capítulo 3 da II Parte de *A memória, a história, o esquecimento* (p. 268): “Foi contra esse pano de fundo carregado de interrogações e paixões referentes à própria possibilidade de “historizar” (Historisierung) o nacional-socialismo, e singularmente “Auschwitz”, que se desenrolou o colóquio americano sobre o tema “History, Event and Discourse”, durante o qual Hayden White e Carlo Ginzburg opuseram seus pontos de vista sobre a noção de verdade histórica. Foi assim que a questão dos limites da representação sob suas formas narrativas e retóricas pôde tomar a proporção de uma submissão à prova – uma provação – dos limites do próprio projeto de se representar um acontecimento de tal magnitude”.

infelizmente, após o III Reich. Não é objeto das análises de Habermas, pois, a singularidade dos crimes nazistas, algo que interessará Ricouer e que ele analisará sob a ótica de três teses.

Sua primeira tese é a de que tal singularidade é de índole historiográfica e não moral. Sua segunda tese é a de que é possível identificar um primeiro e mais banal conceito de singularidade histórica que se liga a uma sequência narrativa não repetível no tempo e no espaço; ela mantém vínculos com a singularidade moral na medida em seria necessário identificar agentes individualizados e ações a eles imputáveis. A respeito da Shoah, aparece aqui o debate entre intencionalistas que buscavam identificar os dirigentes responsáveis por conduzir a solução final e funcionalistas mais preocupados com instituições, forças anônimas e ação da população. Esse debate aponta para direção de uma responsabilidade coletiva de um povo. Sua terceira tese é a de que o conceito de singularidade remete a uma ideia de incomparabilidade: o processo de obtenção deste resultado envolve a mesma continuidade histórica, devendo-se, por exemplo, analisar as semelhanças e dessemelhanças entre as estruturas e práticas dos Gulags de Auschwitz.

Os problemas que surgem do processo de comparação apontam para a distância entre semelhanças e dessemelhanças que poderiam evidenciar um caráter desculpante da cópia em relação ao modelo. Mas mesmo que a Shoah seja efetivamente incomparável, não há, segundo Ricouer, problemas para a condenação moral caso os crimes nazistas e outras atrocidades de massa sejam colocadas sob o mesmo rótulo de pertencentes a regimes totalitários. Isto porque a condenação far-se-á individualmente em relação a cada caso: a singularidade reaparece sob o signo de singularidade moral, já que não há graus para o desumano. Assim, aparece um vínculo entre a singularidade moral e a singularidade histórica: a exemplaridade do singular. Com isto, um debate como aquele ocorrido entre os historiadores alemães a respeito da Shoah ganha relevo se trazido para a esfera pública. Uma opinião pública esclarecida pode transformar o julgamento de seu passado em promessa de não repetição.

Assim, acresça-se ao papel do juiz e ao papel do historiador o papel do cidadão. Sua perspectiva é formada tanto pelo julgamento penal quanto pela investigação histórica publicada. É ele quem deve decidir a respeito da memória coletiva:

Sob todos os aspectos, ele continua sendo o árbitro derradeiro. É ele o portador militante dos valores “liberais” da democracia constitucional. Apenas a convicção do cidadão justifica, em última instância, a equidade do procedimento penal no recinto do tribunal e a honestidade intelectual do historiador nos arquivos. É essa

mesma convicção que, em última instância, permite, retrospectivamente, nomear o desumano como contrário absoluto dos valores “liberais”¹⁶⁰.

É preciso ainda, na análise da reflexão da história sobre seu projeto de verdade, considerar uma última limitação interna, relativa à noção de interpretação. Sua amplitude é reconhecida na medida em que Ricouer não a analisa apenas como uma das fases da operação historiográfica, mas como dependente de uma reflexão mais abrangente sobre a totalidade da operação. Entretanto, tal amplitude não está de fato reconhecida na confrontação comumente apresentada como objetividade e subjetividade na história. O que tal oposição destaca é tanto o envolvimento pessoal do historiador no processo como o envolvimento social ou institucional, duplo envolvimento que aponta, de seu turno, para a dimensão da intersubjetividade do conhecimento histórico como domínio do conhecimento de outrem. A palavra-chave aqui é alteridade.

O problema objetividade/subjetividade em história apareceu em Dilthey, Raymon Aron e Henri-Irénée Marrou; Ricouer questiona, entretanto, que ao lado de uma crítica à objetividade deveria estar presente uma crítica à subjetividade no sentido da construção de operações subjetivas precisas, definindo o que ele chama de “boa subjetividade”. Para tanto, um bom laboratório seria a história contemporânea que confronta o trabalho dos arquivos com o testemunho dos vivos. A singularidade deste momento é destacada sob dois aspectos: seria o caso, pois, de não confundir, ante tais objetos de análise, os papéis de memorialista e historiador; e, o período estudado é caracterizado por seu inacabamento. Outra dificuldade: como realizar o trabalho do luto em relação a um passado tão recente? A objeção da necessidade de um distanciamento poderia ser derrubada com o fortalecimento do político e do acontecimento, um desafio que mereceria ser lutado para permitir um diálogo entre vivos, entre contemporâneos, trabalhando-se uma fronteira importante entre arquivo e testemunho que muito diz sobre o que permanece do passado nas representações coletivas.

Ricouer¹⁶¹ separa os diversos atos que compõem o complexo interpretativo do seguinte modo:

- a) A atividade de tentar torna mais compreensível as significações consideradas pelo intérprete;
- b) A admissão de inevitáveis e plúrimas interpretações sobre o mesmo objeto;

¹⁶⁰ RICOEUR. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 347.

¹⁶¹ RICOEUR. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 351.

- c) A pretensão de submeter a interpretação encontrada ao teste do melhor argumento ante outras possíveis interpretações;
- d) O reconhecimento de que por trás do intérprete há todo um pano de fundo de tradições, de um mundo da vida do qual ele nunca se dá conta completamente.

Ora, é sobre a base deste complexo de operações que se assenta a ligação entre a subjetividade e a objetividade do conhecimento histórico. A definição de um arquivo passa por critérios seletivos: nem tudo pode ser arquivado e nem todos os testemunhos transformam-se em arquivos. Portanto, o processo de constituição do arquivo é também interpretativo. Já na fase da consulta ao arquivo, nova seletividade se apresenta para o intérprete que deve formular as questões que lhe interessam. Também a crítica dos testemunhos que presidem a fase documental exige o equilíbrio entre confiança e desconfiança. A própria noção de prova documental poderia ser colocada sob o teste de Karl Popper de verificação e refutação. O que levanta também a questão da relação entre interpretação, de um lado, e, de outro, explicação/compreensão. A diferença que deveria permanecer em Dilthey (própria às ciências do espírito e às ciências da natureza, respectivamente) ou se misturar, como para Weber, nos faz refletir sobre por que o historiador prefere esta ou aquela posição nos jogos de escalas. Ainda sobre o documento escrito, não seria demais enfatizar que a distinção entre *representação* e *interpretação* merece ser respeitada: ela evita a perda de um instrumento distinto de análise, assim como possibilita ver onde estão realmente as ligações entre interpretação e argumentação¹⁶². O que se enfatiza, pois, é que todas as operações historiográficas trazem a relação subjetividade/objetividade: daí que talvez seja preciso substituir esse par pelo de interpretação e verdade.

¹⁶² Quanto à questão específica do direito, Ricouer (*O justo*, p. 143 e ss) já havia esclarecido anteriormente sua posição quanto à necessária dialética entre interpretação e argumentação: “*Ora, o que se propõe aqui, sob título duplo, é uma análise em que a interpretação é posta a par duma operação presumidamente rival, a saber, da argumentação. [...] A questão maior é então a de saber se é necessário determo-nos numa concepção puramente antinômica da polaridade interpretação/argumentação, ou se, como segundo creio, devemos tentar elaborar uma versão propriamente dialéctica desta polaridade*”. A partir de uma comparação entre Dworkin, de um lado, e Alexy e Atienza, de outro lado, ele traçará os contornos dessa dialética: “*O ponto em que interpretação e argumentação se separam é aquele em que se cruzam a via regressiva e ascendente de Dworkin e a via progressiva e descendente de Alexy e Atienza. A primeira inicia-se com a questão bicuda colocada pelos hard cases e daí eleva-se até o horizonte ético-político da <<iniciativa judiciária>>, considerada no seu desenvolvimento histórico. A segunda procede duma teoria geral da argumentação válida para qualquer forma de discussão prática normativa, e acha a argumentação jurídica como uma província subordinada. A primeira via atinge a encruzilhada comum no momento em que a teoria da interpretação depara com a questão colocada pelo próprio modelo narrativo com os seus critérios de coerência do juízo em matéria jurídica. A segunda atinge-a quando, ao dar conta da especificidade da argumentação jurídica, os procedimentos da interpretação encontram a sua pertinência a título de organon do silogismo jurídico, em virtude do qual um caso é colocado sob uma regra*” (RICOUER. *O justo*, p. 160-161).

A verdade em história passa pela própria impossibilidade de esclarecer o lugar da história. Ela se situa entre ciência e literatura, explicação erudita e ficção mentirosa, história ciência e história narrativa, como salienta Ricouer com base em Jacques Rancière. De uma perspectiva da poética, o que marcaria a cientificidade da história para Rancière seria a linguagem dos historiadores. No momento da representação, a historiografia apresenta-se de modo muito claro como escrita. No momento dos arquivos, o que foi captado pede para ser libertado como palavra. Entre narrativa e ciência, entre tal inadequação existente e sua necessidade de extinção situa-se a história. “*O modo de verdade do saber histórico consiste nesse jogo entre essa indeterminação e sua supressão*”¹⁶³.

Diante disto, verifica-se que se é dado ao historiador ampliar sua atuação mediante um teste verificação dos dados históricos, ao juiz não. Quanto mais próximo da decisão judicial, diante de seu caráter institucional ele não poderá irresponsavelmente se permitir uma reescrita da história. Ora, há elementos bastante diretos que permitem ver que nenhum acordo seria possível naquele momento de 1979: não obstante, o voto do Ministro Eros Grau caminhou no sentido de assim qualificar a edição da Lei de Anistia, mesmo que responsabilidades de caráter jurídico ou moral perante as vítimas pudessem estar a pressioná-lo. Observa-se, pois, que há uma série de argumentos que compelem a decisão em um sentido oposto àquele encontrado pelo voto do Ministro Relator. É justamente esta ausência de plausibilidade que impõe dificuldades sérias para o estabelecimento do grau de legitimidade que a decisão deve atender. A questão é mais aguda em se tratando do papel da relatoria de “guiar” os demais votos do Tribunal. Analisemos, contudo, na sequência, uma posição oposta.

¹⁶³ RICOEUR. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 355.

CAPÍTULO III – O VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

O voto do Ministro Enrique Ricardo Lewandowski não foi o responsável por inaugurar a divergência – papel que coube ao voto do Ministro Ayres Britto; entretanto, ele proferiu um dos dois votos minoritários. Analisando as *preliminares de mérito*, afirmou que o pedido na arguição era legítimo em vista da consolidação na comunidade jurídica brasileira do entendimento de que tanto os crimes praticados por agentes políticos em nome da ditadura quanto aqueles praticados pelos que combateram o regime afiguravam-se como “crimes políticos” ou, pelo menos, estariam abrangidos pela suposta conexão apta a fazer incidir a anistia da Lei nº 6.683/1979. Pela falta de ações penais correspondentes aos delitos praticados no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, teria se generalizado a impressão de uma anistia com tais dimensões. Além disto, no que concerne à prescrição, ele aderiu a proposta constante do parecer da Procuradoria-Geral da República no sentido de que esta deveria ser analisada caso a caso, não comprometendo a análise meritória da ADPF nº 153/DF. Como fundamento adicional, o Ministro Lewandowski lembrou de seu voto na Extradução nº 974 em que, ao ali abrir a divergência, ele marcou o caráter permanente do crime de seqüestro que, em vista de não se ter encontrado os restos mortais e nem as vítimas terem sido libertadas, não se tem um marco inicial para o prazo prescricional.

No que respeita ao mérito, dois grandes argumentos se fazem presentes no voto do Ministro Lewandowski. Antes de analisá-los, porém, impende ressaltar que ele se opôs frontalmente à noção defendida pelo voto do Ministro Eros Grau de que um “acordo político” sustentaria a Lei de Anistia. Para ele, a Casa Civil da Presidência da República identificou claramente os limites da controvérsia ao salientar que, na tramitação do projeto de lei, o regime de exceção viu-se em um paradoxo: não poderia anistiar claramente os crimes praticados por seus agentes porque isto implicaria em confissão genérica; não poderia também excluí-los de forma veemente porque tal ato também significava um reconhecimento¹. Longe, portanto, de se falar em um acordo, o fato foi que a lei adveio de uma imposição que, em tese, aplacaria em parte a insatisfação popular com o regime. Uma séria crise de legitimidade e pressões internas e externas teriam exigido a chamada “abertura lenta e gradual” que teve por ato final a Lei de Anistia.

¹ “Assim, a Lei da Anistia, deliberadamente, não trouxe previsão de anistia aos agentes do Estado que praticaram crimes comuns contra os opositores do regime de exceção. O que houve, e com o que contavam os agentes e lideranças políticas da ditadura, foi o estímulo a uma interpretação distorcida dos conceitos apresentados na lei e amplamente favorável ao ocultamento e à impunidade dos crimes cometidos por agentes públicos do regime ainda vigente.” (BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Nota SAJ nº 5218/2008-BV/PD. Brasília, 4 de dezembro de 2008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 nov. 2011, p. 3, destaques do original).

Analicamente, desse modo, podemos destacar dois grandes eixos argumentativos no voto do Ministro Ricardo Lewandowski: o sentido dos “crimes conexos” mencionados na Lei de Anistia de 1979 – a partir da distinção entre “crimes comuns” e “crimes políticos” – e a jurisprudência do STF sobre tais crimes políticos que ele procura desenhar.

3.1 – Qual “conexão”? Crimes comuns e crimes políticos

Empreendendo uma análise interpretativa criticável nos dias de hoje, o Ministro Lewandowski dá sequência a seu voto decidindo pela necessidade de se abrir mão da busca por uma *voluntas legislatoris* para se passar a uma *voluntas legis* “[...] a partir de critérios hermenêuticos mais objetivos”². Tal distinção não se mantém após o giro hermenêutico: ela acaba por reacender a velha oposição entre sujeito e objeto, reificando o provimento legislativo. Ainda assim, é importante que se enfrente a questão de como uma suposta “conexão” poderia ter ensejado uma interpretação no sentido de uma auto-anistia. Até porque, foi este um dos argumentos sustentados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em sua petição inicial³, para além do simples fato de que houve a pretensão de fixar um conceito jurídico na própria lei⁴.

É preciso, contudo, uma advertência inicial. Nenhum processo interpretativo pode ser desenvolver adequadamente à luz daquilo que Dworkin⁵ chama de “teorias semânticas do direito”: tais teorias partem do pressuposto de que divergências a respeito de *proposições jurídicas* são questões de fato e não questões teóricas de direito, ou seja, questões a respeito dos fundamentos do direito. Elas assentam suas divergências a respeito de quais são os critérios da interpretação e como eles cooperam na devida definição da história das

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 110.

³ CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Petição inicial. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 13.

⁴ “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política” (destaques nossos).

⁵ DWORKIN. *O império do direito*, p. 6 e ss.

instituições jurídicas: são teorias presas pelo que ele chama de *aguilhão semântico*⁶. A interpretação jurídica assemelha-se à interpretação artística, na medida em que busca um propósito, um significado ou um tema para o objeto interpretado; mas sem que isto se reduza a uma atividade de encontro com as intenções do autor, algo que reduziria a interpretação jurídica a um modelo meramente conversacional. A interpretação jurídica possui um sentido *construtivo* em que se pode distinguir fases ou etapas. Em um primeiro momento, a questão resume-se em definir padrões para o conteúdo experimental de uma prática social (etapa *pré-interpretativa*). Em um segundo momento, na chamada etapa *interpretativa*, é necessário encontrar uma justificativa geral para a prática identificada. Em um terceiro momento, a questão é encontrar a ideia da prática que melhor se ajusta de forma a dar vazão à justificativa geral, ou seja, a mostrá-la em sua *melhor luz*. Esta é uma reconstrução meramente analítica, não um “método interpretativo”; uma reconstrução que tem o poder de demonstrar que os *conceitos* jurídicos admitem diversas *concepções*, uma corda formada por vários fios, sendo que nenhum deles percorre a corda toda e nem alcança toda sua largura.

Se é possível, pois, que tenhamos diversas *concepções* a respeito de um mesmo *conceito*, a divergência sobre “conexão”, “crimes políticos” e “crimes comuns” não pode, realmente, se exaurir nos aspectos históricos dos debates legislativos ou sociais de 1979, mas também não estará definida semanticamente nos “aspectos objetivos” da lei. O grande problema, portanto, é ignorar o papel construtivo da interpretação nesta discussão. O aspecto histórico é, sim, importante, mas ele não é o único a ser considerado.

O primeiro *conceito* que entra em disputa na ADPF n° 153/DF seria o de *conexão*. Importaria saber se seria possível juridicamente falar-se em *conexão* e qual o efeito desta assunção para a aplicação da Lei de Anistia. O termo teria sido utilizado com vistas a manter em “obscuridade” a chamada auto-anistia; além disto, faltaria “técnica” na adoção do conceito, segundo argumentos expendidos na própria inicial. O Ministro Lewandowski aderiu a esta discussão: segundo ele, o Código Penal e o Código de Processo Penal só permitem as seguintes hipóteses de conexão: a) conexão própria do concurso de pessoas nos arts. 69, 70 e 71 do Código Penal; b) conexões intersubjetiva ou por simultaneidade, intersubjetiva por concurso, objetiva, probatória e intersubjetiva por reciprocidade, previstas no art. 76 do

⁶ “Ou os advogados, apesar das aparências, realmente aceitam, em linhas gerais, os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação sobre o direito é verdadeira, ou não pode existir absolutamente nenhum verdadeiro acordo ou desacordo sobre o que é o direito, mas apenas a estupidez de pessoas pensando que divergem porque atribuem significados diferentes ao mesmo som. O segundo termo desse dilema parece absurdo. Portanto, os filósofos do direito adotam o primeiro e tentam identificar as regras fundamentais ocultas que devem estar contidas, mas não reconhecidas, na prática jurídica. Elas produzem e discutem as teorias semânticas do direito” (DWORKIN. *O império do direito*, p. 55-56.

Código de Processo Penal. Nenhuma delas se afina com o propósito do conceito encartado na Lei de Anistia, ou porque exigem unidade de desígnios, ou porque são meras regras de competência.

Seria possível, então, construir um sentido interpretativo para o conceito de conexão no julgamento ora analisado. Há diversas e possíveis *concepções* de *conexão* e elas serão encontradas diante de cada caso concreto e não serão resultados semânticos da aplicação de supostos métodos interpretativos. Posta esta advertência, deve-se testar ante o sistema jurídico o propósito da conexão estabelecida pelo dispositivo normativo da Lei de Anistia – sem que, contudo, ele possa se exaurir em um único significado e sem que não se possa testar sua veracidade ante condições de possibilidade de correção normativa.

Realmente, no contexto de normas jurídicas que tangenciam a aplicação de dispositivos penais, uma análise da sistemática prevista nos Códigos Penal e Processual Penal é pertinente. Nenhuma *unidade de desígnios* pode ser vislumbrada entre pessoas que almejam depor um regime autoritário e aquelas que o defendem. Muito menos se buscaria com tal conceito atingir normas de caráter processual relativas à competência jurisdicional. O que se buscou, efetivamente, ou o que “se procurou”, nas palavras da inicial, foi instituir uma auto-anistia. A questão é a de se ante a Constituição de 1988 é possível tolerar esta interpretação; melhor dizendo, ela seria resultado de uma interpretação construtiva legítima? Ao que parece, não.

Em seu voto, o Ministro Eros Grau já havia salientado que um grande número de leis de anistia no Brasil recorrera a esta expressão – “crimes conexos”. Apenas para ficar em alguns exemplos, mencione-se o Decreto 3.102, de 13 de janeiro de 1916⁷, o Decreto 19.395, de 6 de novembro de 1930⁸ e o Decreto-lei 7.474, de 18 de abril de 1945⁹. Da mesma

⁷ “Art. 1º E’ concedida amnistia a todos os civis ou militares que, directa ou indirectamente, se envolveram nos movimentos revolucionarios do Estados do Ceará realizados no tempo decorrido de 1 de janeiro de 1913 até o dia 7 de setembro do anno de 1915.

§ 1º São incluídos nesta amnistia todos os crimes políticos ou connexos com estes, commettidos no dito Estado e no referido periodo de tempo, ainda que não tenham tido ligação especial e immediata com os movimentos revolucionarios acima mencionados, bem como os crimes politivos commettidos, até o dia 7 de setembro de 1915, nos demais Estados e não alcançados pelas amnistias anteriores.”

⁸ “Art. 1º É concedida anistia a todos os civís e militares que, directa ou indirectamente, se envolveram nos movimentos revolucionários, ocorridos no país.

§ 1º São incluídos nesta anistia todos os crimes políticos e militares, ou conexos com esses.”

⁹ “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos tenham cometido crimes políticos desde 16 de julho de 1934 até a data da publicação dêste decreto-lei.

§ 1º Não se compreendem nesta anistia os crimes comuns não conexos com os políticos, nem os praticados, em tempo de guerra, contra a segurança do Estado e definidos no Decreto-lei nº 4.766, de 1 de outubro de 1942.

§ 2º Consideram-se conexos para os efeitos dêste artigo os crimes comuns praticados com fins políticos e que tenham sido julgados, pelo Tribunal de Segurança Nacional.”

forma, o Ministro Cézar Peluso salientou que “[...] a conexão aqui pressuposta tem outro sentido, é o sentido que chamo de metajurídico”¹⁰. E, desse modo, a discussão continua a ser semântica e nenhuma evolução é permitida em termos de reconstrução do conceito de conexão. Ao invés de, a partir da construção de uma “teoria dos erros institucionais”¹¹, superar precedentes do passado, o STF mantém a mesma jurisprudência sobre o sentido da conexão, como se ele viesse como uma imposição incontornável. Isto porque, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus n° 28.294/PE¹², o Supremo deu ao sentido de conexão o mesmo que aqui é criticado: a anistia estabelecida pelo Decreto 19.395/1930 seria apta a alcançar tanto insurgentes como agentes de Estado¹³.

Neste julgado, José Joaquim Pessoa da Silva, Severino Dias dos Santos e Augusto Gomes Lins, todos ex-policiais pernambucanos, foram acusados de emboscar e matar um grupo de revolucionários tenentes que pretendiam se incorporar à Coluna Prestes. O fato chama a atenção porque, ao invés de cumprir a lei vigente detendo os revolucionários, os acusados optaram por executar os mesmos com extrema crueldade: foram mortos por golpes de punhal. Em primeira instância, a sentença condenatória foi pela não aplicação da anistia, uma vez que nenhum dos acusados era revolucionário, mas sim integrantes de uma “tropa irregular” formada por civis e agentes de Estado – de modo algum haveria aqui crime político. Mas o STF não levou em conta os aspectos do caso concreto e estabelecer, já naquele tempo, a legitimidade de uma auto-anistia¹⁴.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 205.

¹¹ “Pero tal referencia hermenéutica a una precomprensión determinada por principios no tiene por qué dejar al juez a merced de la <<historia efectual>> de tradiciones de contenido normativo dotada de por sí de autoridad; antes este recurso le obliga a apropiarse críticamente una historia institucional del derecho en la que la razón práctica ha ido dejando sus huellas y su poso” (HABERMAS. *Facticidad y validez*, p. 273).

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em habeas corpus n° 28.294/PE. Rio de Janeiro, 14 de outubro de 1942. Disponibilizado pela Seção de Pesquisa de Jurisprudência do sítio <www.stf.jus.br> ao autor em 14 dez. 2011.

¹³ O mesmo não se pode dizer da série de julgados referidos pelo Ministro Eros Grau como enunciadores da vastidão e amplitude de uma anistia (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 28-29): todos os julgados por ele apontados, como deixa entrever o próprio voto, se referem a fatos que não dizem respeito a prática de crimes por agentes públicos, mas apenas por insurgentes. As controvérsias para a ampliação do sentido da anistia envolvem questões como a prática de homicídios ou crimes praticados por jornalistas.

¹⁴ “Si a lei não falasse em crimes conexos, ainda se poderia fazer distinções, quanto aos excessos inuteis praticados de lado a lado, infelizmente não raros em nossa historia política” (BRASIL. Supremo Tribunal

Assim, a *conexão* aqui mencionada aparece como um conceito que evidencia não o sentido de uma conexão de caráter penal ou processual penal, mas uma conexão com um sentido extensivo dos crimes abrangidos pela anistia. Por ser um *conceito*, obviamente ele admitirá diferentes *concepções*. A concepção condizente com a Constituição de 1988 só pode ser aquela mencionada pelo Ministro Lewandowski como a se referir a crimes que tenham funcionado como meio para cometimento de outros crimes políticos, é dizer, crimes comuns necessários para o alcance de crime políticos. Este entendimento já constou da jurisprudência do STF por ocasião do julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* n° 59.834¹⁵, em que se evidenciou que a deserção poderia ser abrangida pela anistia.

De fato, Carlos Eugênio Sarmiento Coelho da Paz havia sido anistiado pelo suposto cometimento de crimes contra a segurança nacional, nos termos do Decreto-Lei n° 898/1969, por meio da Lei n° 6.683/1979. Remanescera, contudo, a questão de saber se ele também seria anistiado pelo crime de deserção supostamente praticado em 20 de dezembro de 1969, tendo em vista justamente a presença de conexão. O Superior Tribunal Militar havia denegado o pedido por inadequação da via eleita. No STF, o Ministro Relator Firmino Paz denegara a ordem; mas a maioria, acompanhando o Ministro Cordeiro Guerra, votou no sentido de conceder o *habeas corpus*, ressaltando um amplo caráter para a anistia se acaso voltada para crimes (no caso, a deserção) que visassem à prática de crimes políticos. Concluiu-se, pois, que apesar das louváveis concepções apresentadas no voto do Ministro Lewandowski, a incorporação de uma interpretação construtivista do conceito de *conexão* poderia cooperar em muito para refutar decisões passadas do STF. O único sentido possível para o termo no contexto da Constituição de 1988 é aquele que busca unir crimes comuns a verdadeiros *crimes políticos*; resta, portanto, realizar também um trabalho hermenêutico a respeito desta expressão.

3.2 – A jurisprudência do STF sobre crimes políticos: ausência de integridade no exercício da jurisdição

O segundo grande argumento do voto do Ministro Lewandowski diz respeito à distinção entre *crimes comuns* e *crimes políticos*. Ele começa seu voto “optando” por não discutir a punibilidade dos *crimes contra a humanidade*, não obstante tenha reconhecido a

Federal. Recurso em habeas corpus n° 28.294/PE. Rio de Janeiro, 14 de outubro de 1942. Disponibilizado pela Seção de Pesquisa de Jurisprudência do sítio <www.stf.jus.br> ao autor em 14 dez. 2011, p. 11).

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de habeas corpus n° 59.834. Recorrente: Carlos Eugênio Sarmiento Coelho da Paz. Recorrido: Superior Tribunal Militar. Relator Ministro Firmino Paz. Relator para o acórdão Ministro Cordeiro Guerra. Brasília/DF, 4 de maio de 1982. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2012.

vigência, naquele momento, de documentos internacionais no Brasil, como a Convenção de Haia, de 1914, e o Estatuto do Tribunal de Nuremberg, de 1945. Surge a pergunta de como seria possível ao STF reconhecer a existência de normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos e de Direito Internacional Humanitário e negar-lhes, simplesmente, vigência. Uma concepção deste jaez autorizaria, portanto, a denúncia unilateral de um sem número de tratados. Ventura identifica claramente todos os atos normativos em vigor, bem como denuncia de forma exemplar como o STF pôde fazer *tabula rasa* das normas internacionais de direitos humanos ao decidir a ADPF n° 153/DF:

Entre as normas internacionais de vigência incontroversa no país, destacam-se, pois, a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* e a *Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio*, pilares do Direito Internacional dos Direitos Humanos; e as *Convenções de Genebra*, que constituem a pedra angular do Direito Internacional Humanitário. Não há dúvidas sobre o grau de adesão do Brasil, um dos 51 Estados fundadores da Organização das Nações Unidas, ao movimento internacionalista que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, gerador não somente do sistema institucional *onusiano*, mas do cerne convencional do processo de universalização dos Direitos Humanos, em curso até nossos dias. No entanto, **este Direito Internacional convencional não foi empregado, em momento algum, no julgamento da ADPF 153**. Não se cogita a aplicação de tais Convenções sequer em seu mais qualificado voto, o do dissidente ministro Ricardo Lewandowski [...] ¹⁶.

O voto percorre o caminho da já petição inicial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, apontando que vários dos crimes praticados durante o regime de exceção não passavam de crimes comuns à luz do Código Penal de 1940 e dos Códigos Penais Militares de 1944 e 1977. Do mesmo modo, ainda que o crime de tortura só viesse a ser tipificado em 1997 pela Lei n° 9.455, os fatos consubstanciadores da conduta enquadrar-se-iam nos delitos de abuso de autoridade sancionados pela Lei 4.898/1965. Contraditoriamente, ele ainda afirma que eventual situação de “comoção interna” exigiria dos agentes públicos o respeito às normas internacionais de Direito Humanitário.

As normas de Direito Internacional Humanitário compõem as chamadas “Convenções de Genebra”, assinadas em 1949 e promulgadas pelo Brasil por meio do Decreto n° 42.121, de 21 de agosto de 1957. Elas abrangem: a Convenção para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha (Convenção I); a Convenção para a Melhoria da Sorte dos Feridos, Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar (Convenção II); a Convenção relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (Convenção III); e a Convenção relativa à Proteção dos Civis em Tempos de Guerra (Convenção IV). Posteriormente, por meio das Convenções de Genebra, celebradas em 1977 e promulgadas

¹⁶ VENTURA. *A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional*, p. 206, destaques do original.

pelo Brasil por meio do Decreto n° 849, de 25 de julho de 1977, foram acrescentados o Protocolo Adicional às Convenções de Genebra relativo à Proteção das Vítimas de Conflitos Armados Internacionais (Protocolo I) e o Protocolo Adicional às Convenções de Genebra relativo à Proteção das Vítimas de Conflitos Armados Não-Internacionais (Protocolo II).

Para reconstruir a distinção entre *crimes comuns* e *crimes políticos*, o Ministro Lewandowski analisa três casos integrantes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No HC n° 73.451-1/RJ¹⁷, o Ministro Sepúlveda Pertence havia destacado que a Lei 7.170/1983 exigira, para a configuração de um crime político, não só a aferição da motivação e dos objetivos políticos do agente, mas também da lesão real ou potencial dos bens jurídicos indicados no art. 1° da referida norma. Já na Extradicação n° 855¹⁸, o Ministro Relator Celso de Mello já havia rememorado a distinção doutrinária entre *crimes políticos em sentido próprio* e *crimes políticos em sentido impróprio*, havendo nestes, não obstante a motivação política, comportamentos geradores de lesão de natureza comum. Além disto, seria preciso verificar que em se tratando de *crimes políticos conexos com crimes comuns*, o critério balizador seria o da *preponderância* ou *prevalência* – se ele indicasse a hegemonia do crime comum, não haveria que se falar em crime político.

No que respeita especificamente à Extradicação n° 855, o STF deixara consignado que delitos terroristas não estariam albergados pela não extraditabilidade estabelecida para crimes políticos pelo art. 5°, inc. LII, da Constituição de 1988. O voto do Ministro Relator desta extradicação, Celso de Mello, chega, inclusive, a criticar a prática de um “terrorismo de Estado” pelos regimes militares sul-americanos.

O terceiro caso invocado pelo Ministro Lewandowski é o da Extradicação n° 1.085¹⁹. Em seu voto quando do julgamento do Caso Battisti, o Ministro César Peluso afirmou que a jurisprudência do STF teria rechaçado, de forma sistemática, a extensão do

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n° 73.451-1/RJ. Pacientes: Jacauna Cordeiro e outros. Impetrantes: Antonio Evaristo de Moraes Filho e outro. Coator: Juiz Federal da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 8 de abril de 1996. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74514>>. Acesso em 20 nov. 2011.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n° 855. Requerente: Governo do Chile. Extraditando: Mauricio Fernandez Norambuena. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 26 de agosto de 2004. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325004>>. Acesso em 21 dez. 2011, p. 58.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n° 1.085. Requerente: Governo da Itália. Extraditado: Cesare Battisti. Relator Ministro Cesar Peluso. Brasília, 16 de dezembro de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 jan. 2009. Sem discutir o mérito do pedido extradicional de Battisti – o que proporcionaria uma pesquisa própria – é preciso lembrar que também o Estado italiano se omitiu (em circunstâncias nunca bem esclarecidas) em negociar em 1976 o sequestro de Aldo Moro pelas Brigadas Vermelhas.

caráter político para crimes tratados como “delitos de sangue”, mesmo que a finalidade ou os motivos sejam políticos, sempre se utilizando do critério da preponderância para separar referidos crimes. Mas foi o voto do Ministro Gilmar Mendes que mais se estendeu no tratamento da distinção ao longo da formação da jurisprudência do STF acerca do tema. Ele começara também por recobrar a separação de índole doutrinária entre uma *corrente objetiva*, que se volta para o “bem jurídico” atingido, ou seja, a ordem política, e a *corrente subjetiva*, que se preocupa com o móvel do agente. Há que se mencionar, também, a classificação em *crimes conexos* e *crimes complexos*, os primeiros a impor uma concomitância das infrações e os segundos a constituir um único ato capaz de violar tanto a ordem política como o direito comum.

Diante deste quadro, a possibilidade de extradição em se tratando de crimes políticos complexos e conexos passou a exigir diversos sistemas de tratamento: *sistema de separação* (identifica-se os crimes conexos, mas a separação de crimes comuns permite a extradição), *sistema de fim e motivo* (admite-se a extradição se há crimes comuns praticados com motivos políticos), *sistema de causalidade* (crimes mistos só podem ser impedidos se derivados de insurreições), *sistema de atrocidade* (permite-se a extradição se o delito for de caráter hediondo) e, finalmente, o *sistema da preponderância*, aquele adotado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, segundo o Ministro Gilmar Mendes, pelo art. 77, § 1º, da Lei nº 6.815/1980²⁰, o Estatuto do Estrangeiro.

É curioso observar que a metódica envolvida no *sistema da preponderância* exige a presença de três elementos, quais sejam: a) a finalidade de atentado contra a ordem política; b) a relação entre o ato e tal finalidade; c) a configuração do crime, cuja eventual atrocidade poderá afastar a não extraditabilidade. Verifica-se, pois, que há uma forte relação entre os sistemas da *preponderância* e da *atrocidade*, fato não ignorado, de acordo com o Ministro Gilmar Mendes, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Observe-se desde já, pois, que a atrocidade que pode servir para não impedir a extradição de um agente estrangeiro é ignorada quando se trata de eventual punibilidade de agentes nacionais. Ele consignou que há diferenças no tratamento de um crime como político no contexto de uma democracia e no contexto de uma ditadura:

²⁰ “Art. 77. Não se concederá a extradição quando:

[...]

VII – o fato constituir crime político; e

[...]

§ 1º A exceção do item VII não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal.”

Inversamente, havendo ditadura, “a possibilidade” do crime político existe. Reconhece-se aos cidadãos o direito de defesa contra a tirania. Nesse caso, o revolucionário é uma vítima como toda a sociedade e, não tendo meios jurídicos para se proteger, lança mão do recurso que lhe sobra, que é a sua atuação contra os seus opressores. Nessas situações, o crime pode ser considerado um ato político em defesa do próprio agente ou da sociedade [...].

Assim, o mesmo crime que, numa ditadura, pode vir a ser absolvido sob a forma de anistia, numa democracia, é crime mesmo, crime preponderantemente comum, ainda que a motivação interior tenha origem numa hostilidade política²¹.

Ora, como dissociar a afirmação do Ministro Gilmar Mendes da corrente jurisprudencial que o STF se propôs a enredar? Como destacar o papel de um suposto “romance em cadeia” que se busca construir e, ao mesmo, ser complacente com tal contradição? Não há qualquer critério de diferenciação que permita descaracterizar como políticos crimes supostamente praticados de forma violenta em Estados estrangeiros e dar a crimes reconhecidamente atroz a característica de crimes políticos como o fez o STF em sua maioria.

O Ministro Lewandowski parte, então, para a conclusão no sentido de que seria necessária a utilização caso a caso dos sistemas da *preponderância* e da *atrocidade* para a verificação da ocorrência ou não de crimes políticos, deixando-se para cada persecução penal a conclusão devida. Registre-se, contudo, que faltou a ele enfaticamente estabelecer que agentes que agem em nome do Estado não podem estar agindo em conexão com os que lutam contra esta ordem política o que, por certo, não dispensaria o trabalho em cada caso concreto a ser analisado pela jurisdição comum. Ao cabo, o voto do Ministro Lewandowski, novamente de forma contraditória, invoca as exigências já feitas pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de que os Estados a tais órgãos submetidos têm o dever de investigar, julgar e punir graves violações de direitos humanos.

Em uma análise dos *crimes políticos*, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva²² resgata a origem de tais tipos penais na relação dos mesmos com a soberania popular e sua dessintonia com aqueles que estão a exercer o poder político. Desde o jesuíta espanhol Mariana, passando pela defesa do direito de resistência feita por John Locke, atravessando a desobediência civil conclamada por Henry Thoreau e, posteriormente, postulada por Hannah Arendt a partir da esfera do interesse público, o que se pode observar é que o crime político é

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.085. Requerente: Governo da Itália. Extraditado: Cesare Battisti. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília/DF, 16 de dezembro de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 jan. 2009, p. 469-470.

²² GONÇALVES DA SILVA. *Crimes políticos*, p. 22 e ss.

um crime assentado em duas premissas: a finalidade política e a luta contra o Estado. Da perspectiva da dogmática penal, não se pode analisar devidamente a complexidade de tais crimes defendendo visões míopes como aquelas estabelecidas por uma *teoria objetiva* – que vê a essência do crime político o atentado dirigido contra a ordenação política (são as posições brasileiras, apenas exemplificativamente, de Lauro Nogueira e Cândido Mota Filho) – ou por uma *teoria subjetiva* – que enfatiza o móvel político como nota característica destes crimes (por exemplo, Lombroso e Laschi).

De qualquer forma, a dogmática penal procurou solucionar o embate adotando que se costumou chamar de *teoria mista*, exigindo-se para a configuração do crime político que se analise tanto o elemento subjetivo que impulsiona o agente a praticar uma conduta criminosa em nome de ideais políticos, quanto o fato de que ele dirige sua atuação contra a ordem política estabelecida. Entretanto, diante de um Estado Democrático de Direito, seria preciso delimitar mais claramente os elementos aptos a desenhar os chamados tipos penais políticos: afastar configurações baseadas em crimes de “perigo abstrato”, evitar, por meio do princípio da lesividade, a ingerência penal sobre o dissenso político, colocar de lado eventuais responsabilidades objetivas pela devida consideração do princípio da culpabilidade etc. É imperioso que nesta distinção entre *crimes comuns* e *crimes políticos* tenha-se em mente tanto o elemento subjetivo quanto a efetiva lesão ao bem jurídico de proteção da existência do Estado:

Outro registro se faz imperioso. Toda e qualquer análise dos crimes políticos há de estar sempre associada ao estudo do elemento subjetivo dos mesmos. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO ressalta que “uma concepção liberal do crime político é aquela segundo a qual é indispensável, para que haja ofensa aos interesses da segurança interna, o propósito político subversivo. É o propósito político subversivo que distingue e caracteriza os crimes contra a segurança interna”.

Mas não basta. É preciso ainda avaliar-se, dentro da problemática do bem jurídico, o dano, real ou potencial, produzido para a segurança do Estado, ou melhor dizendo, para a sua existência, integridade, unidade ou independência; ou ainda à ordem política e social, o regime democrático e o Estado de Direito²³.

Ora, como um agente público que tenha praticado crimes supostamente em nome do Estado pode ter ligada esta prática a um crime contra este mesmo Estado? Se o crime político sempre esteve ligado a ideia de contraposição ao poder político, qual a conexão de tais crimes com os crimes praticados por aqueles que combatiam a ditadura? Não há qualquer conexão, mas tão somente uma artificiosidade criada para auto-anistiar crimes em uma interpretação hoje afrontosa à Constituição de 1988 e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

²³ GONÇALVES DA SILVA. *Crimes políticos*, p. 137-138.

Mañalich R.²⁴ observa que o crime significa um não reconhecimento da norma como capaz de regular a ação e a pena restabelece a vigência de tais normas que são compartilhadas pelos membros de uma comunidade. E, então, ao se pensar o terror de Estado, não se pode apenas descortinar a chamada criminalidade *no* Estado, como também, e principalmente, a criminalidade *de* Estado:

Pois a criminalidade de Estado é precisamente aquela em que o Estado não constitui o “objeto de ataque”, senão – literalmente – “política criminal”, isto é, política operada criminalmente até o ponto de ter que predicar o adjetivo “criminal” da própria ação do Estado. Trata-se, na formulação muito adequada de Herbert Jäger, da criminalidade que é própria do estado de exceção²⁵.

Isto fica ainda mais claro caso se pense que toda a definição de crimes políticos que ocorrera no período ditatorial, desde o Decreto-Lei n° 314 de 1967, passando pelo Decreto-Lei n° 510/1969, pelo Decreto-Lei 898/1969 e alcançando a Lei 7.170/1983: em toda a legislação se vê estampada a Doutrina da Segurança Nacional, ensinada na Escola Superior de Guerra e defendida, entre outros, por Golbery do Couto e Silva²⁶.

Pereira²⁷ aponta também o papel de Mário Pessoa na construção de uma artificiosa legitimação do sistema instituído pelas leis de segurança nacional. Sua obra tem a pretensão de fundar um verdadeiro ramo didático-científico intitulado “Direito da segurança nacional”. Ele começa por buscar definir uma noção de segurança própria de um momento de Guerra Fria: citando Robert McNamara, ele menciona que a segurança coletiva é a estratégia militar por excelência em um mundo metade livre e metade totalitário. Parte, na sequência, para a tentativa questionável de definir uma nação brasileira titular deste direito da segurança nacional. Sua conceituação passa pelas seguintes características: a) meta-racial, em que, ancorando-se em Gilberto Freyre, seria possível falar de caracteres psico-culturais e não biofísicos do “homem brasileiro”; b) territorial, demonstrável por meio dos louvores dedicados à terra brasileira no Hino Nacional²⁸; c) idiomática; d) religiosa, em que seria preciso atentar para os indícios veementes de desintegração do catolicismo dominante por meio de uma “ação secreta materialista” que, contudo, poderia ser refreada pelo monoteísmo

²⁴ MAÑALICH R.. *A anistia: o terror e a graça*, p. 58.

²⁵ MAÑALICH R.. *A anistia: o terror e a graça*, p. 58.

²⁶ Para tanto, cf. COUTO E SILVA, Golbery do. *Conjuntura política nacional: o poder executivo e geopolítico do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1981.

²⁷ PEREIRA. *Ditadura e repressão*, p. 125.

²⁸ “A obra de Integração Territorial, entre outras integrações, pelas evidências que oferece a Rodovia Transamazônica, traz dentro de si as linhas de uma Estratégia Total que objetiva, antes de tudo, resultados políticos enobrecidos pelos laços de um subjetivismo nacional perspicaz. Os rendimentos econômicos do notável empreendimento, a estas horas, comovem e sensibilizam a todos os brasileiros. Mas, no caso, a política prima no exercício de uma influência que seria ingênuo negar” (PESSOA. *O direito da segurança nacional*, p. 40).

bíblico do qual a Nação Brasileira não se afasta (“[...] *unidade [que] num complexo de unidades conduz a uma unidade maior [...]*”²⁹; e) histórico-cultural, em que a história formaria padrões éticos e definiria o tipo moral nacional médio; e, por fim, o f) psico-social, em que estaria presente um elemento volitivo de busca da unidade nacional.

Diante deste pano de fundo, Mário Pessoa conceituará a segurança nacional como a “[...] *completa funcionalidade das coisas essenciais que se prendem direta ou indiretamente à Coletividade Humana, por esta preservada através do seu respectivo Estado*”³⁰. Seu foco de preocupação, contudo, não será a segurança nacional contra eventuais ataques externos, mas principalmente contra ataques internos às instituições consolidadas. Um dos fatores que teria impulsionado a consolidação de um conceito de segurança nacional interna seria a chamada “guerra revolucionária do tipo comunista”. Tanto em posições de defesa como de ataque, caberia aos militares, e não aos civis, concretizar os encargos da segurança nacional.

A fim de empreender uma efetivação de semelhante noção de segurança nacional, seria necessário distinguir *ações políticas estatais coercitivas*. A título de exemplo, teríamos o recurso a uma adequada legislação penal para a repressão de crimes contra a ordem política, a criação de órgãos de combate à subversão e a limitação da utilização do *habeas corpus*. Seria de se destacar, também, a existência de *ações políticas estatais não coercitivas* como as chamadas “ações partidárias”, ou seja, ações de apoio a partidos políticos componentes do regime democrático, contudo, limitadas a aceitar um bipartidarismo, nunca um multipartidarismo comprometedor da desejável unidade política. Dentre tais ações políticas, seria de se destacar também as chamadas *ações militares estatais*, responsáveis por dar às Forças Armadas a característica de “instrumento acional” do poder político.

Este seria, em linhas básicas, o Direito da Segurança Nacional presente na Constituição de 1967 e mesmo no Ato Institucional nº 5/1968, instrumento político-jurídico de anteparo da segurança nacional. Não foi outra a lógica presente nos diplomas normativos que cuidaram dos crimes políticos no Brasil.

Desse modo, pode-se verificar que a noção de crimes políticos, da forma como veio positivada e trabalhada doutrinariamente no Brasil, esteve, em todo processo histórico de sua afirmação, diretamente atrelada à noção de segurança nacional. Da perspectiva histórica, qualquer conexão que se possa imaginar em relação a tais crimes só poderia ser vislumbrada a

²⁹ PESSOA. *O direito da segurança nacional*, p. 44.

³⁰ PESSOA. *O direito da segurança nacional*, p. 99.

partir de uma noção lesão a uma suposta razão de Estado. Não há qualquer fundamento, pois, para se sustentar que agentes públicos que praticaram crimes durante a ditadura pudessem estar a lutar contra este mesmo regime, fator este preponderante para a definição de crimes políticos, como também para a definição dos crimes conexos aos crimes políticos, ainda que tal conexão possa ser vista como um artificialismo criado para sustentar uma auto-anistia lesiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

CAPÍTULO IV – O VOTO DO MINISTRO AYRES BRITTO

No sentido da dissidência integrada pelo voto do Ministro Ricardo Lewandowski, o voto do Ministro Ayres Britto foi também responsável por formar a minoria vencida no julgamento da ADPF nº 153/DF. Ele começou por criticar a possibilidade de que a humanidade pudesse fazer prevalecer uma lógica coletiva do perdão – este seria uma virtude individual, mas, no nível coletivo, corresponderia à falta de memória e de vergonha. A anistia seria um perdão coletivo só tolerável se praticada de modo claro, assumido e autêntico, nunca incidindo no que chamou de “hipocrisia normativa”. Assim, discordou-se de uma suposta clareza na ambiência normativa da Lei de Anistia, clareza esta que teria sido apta a perdoar crimes comuns e hediondos praticados por motivação política.

O Ministro Ayres Britto criticou o voto do Ministro Eros Grau, entendendo que nele se ausentou a ênfase na “vontade objetiva” do diploma legal. Assim, a análise dos precedentes do STF na matéria deveria ganhar uma posição secundária já que, segundo ele, o “método histórico de interpretação” não seria, em si, um método, porém um “paramétodo” só invocável caso subsista alguma dúvida quanto à “vontade normativa do texto” não revelada pelos ortodoxos métodos literal, lógico, teleológico e sistemático. Como, para o Ministro, não haveria dúvidas de que crimes hediondos e equiparados não estariam abrangidos pela lei, não seria necessário recorrer ao “método histórico”. Não haveria qualquer clareza, o que reforçaria a tese do Conselho Federal de Ordem dos Advogados do Brasil acerca da obscuridade da expressão “crimes conexos”. Teria faltado ao legislador, em verdade, “coragem” para reconhecer que estava anistiando pessoas que cometeram excessos dentro do próprio regime de exceção.

Em seguida, afirmou o Ministro Ayres Britto que as Forças Armadas tomaram o poder no Brasil à “luz do dia” e que tinham um compromisso com a lei¹, instituindo uma ordem jurídica autoritária e não democrática. Para ele, os supostos destinatários da auto-anistia incluíam pessoas que foram além da própria “legalidade autoritária”. Mas, um torturador não poderia ser agente de um crime político, já que não combate a ordem político-social, não chega nem a agir politicamente. Ainda assim, a Lei de Anistia poderia ter anistiado, a seu ver, torturadores, desde que o fizesse de modo claro, sem tergiversações.

¹ Não obstante ele mesmo se posicione no voto contra os que defendem um suposto contragolpe dos militares no Brasil ante a “ameaça comunista”, é fácil ver que a afirmação do voto do Ministro Ayres Britto está longe de estabelecer uma unanimidade – basta pensar nos sucessivos atos institucionais que nada mais buscavam do que uma legitimação por meio de uma “legalidade autoritária”.

E, neste ponto, para o Ministro Ayres Britto, o que interessa é a vontade objetiva da lei, não a vontade subjetiva do legislador. A segunda se transforma na primeira no momento em que uma lei é positivada e é sobre este material que o jurista deve se debruçar. E nesta análise será o crime político o que estará em jogo; crime este que pressupõe uma concepção teórica, “[...] *um modo particular de conceber a pessoa jurídica do Estado e de seu governo*”². Este crime político é o crime principal que guia a análise do crime secundário, o chamado crime conexo. Qualquer crime “de sangue” que tenha sido praticado não poderia figurar na categoria de crimes políticos anistiados e, se o fizesse, repita-se, deveria fazê-lo de modo expresso.

Além disto, a Emenda Constitucional nº 26/1985, em seu art. 4º, assim como o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988, foram responsáveis por “relativizar” o sentido de uma anistia ampla, geral e irrestrita para alcançar apenas os servidores militares e civis que tivessem sido punidos com base em atos institucionais e complementares, mas não aqueles que obravam a serviço do regime de exceção. Ao cabo, remetendo a Josaphat Marinho, ele destacou que o ato de convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, a Emenda Constitucional nº 26/1985, não poderia limitar a atuação deste poder constituinte originário e fundador – portanto ela não poderia ter “constitucionalizado” a anistia de 1979 como pretenderam os Ministros Eros Grau e, como veremos, Gilmar Mendes.

Vejamos, pois, separadamente, cada um dos principais argumentos sustentados pelo Ministro Ayres Britto: comecemos pela relação entre anistia e perdão, que analisaremos a partir, principalmente, do pensamento de Jacques Derrida e da teoria da Ricouer; passemos pela refutação da noção de interpretação como mero método; e, ao cabo, verifiquemos a ideia de “legalidade autoritária” e como ela foi importante para o regime militar brasileiro.

4.1 – Anistia e perdão: uma difícil relação

O Ministro Ayres Britto iniciou seu voto na ADPF nº 153/DF invocando a dinâmica do perdão e, assim, refutando a possibilidade de um perdão coletivo para equiparar-lo a uma “*situação vexatória do ponto de vista ético-humanístico*”. Vejamos como podemos encarar a relação entre a anistia e o perdão e como o sentido de ambos pode ser recuperado

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 141.

positivamente à luz de uma sociedade que busca implementar um projeto constitucional de um Estado Democrático de Direito.

Uma análise emblemática do problema do perdão está na obra de Jacques Derrida e em sua experiência com uma das particularidades da *justiça de transição*, as *comissões da verdade*. O texto de Jacques Derrida³ intitulado “*O perdão, a verdade, a reconciliação: qual gênero?*” é o resultado de parte de um seminário sobre o Perdão e o Perjúrio realizado na *École des Hautes Études en Science Sociales*, parte esta mais diretamente influenciada por sua participação na África do Sul nos debates da Comissão Verdade e Reconciliação. Este país, logo após o fim do regime de segregação racial do *apartheid*, em 1994, estabeleceu para si uma nova Constituição e instalou a mencionada comissão com vistas à apuração da verdade nos últimos anos do regime, concomitantemente a um processo de anistia – mas apenas para aqueles que trouxessem à luz toda a verdade. Vítimas e criminosos (*perpetrators*) foram colocados frente a frente e é deste processo doloroso que cuida Derrida.

A história da segregação racial na África do Sul remonta ao período de colonização em que dominadores ingleses e holandeses lutavam pela dominação do poder na região. Em 1834, o Parlamento inglês abole a escravatura, o que trouxe sérias dificuldades para os bôeres (colonizadores de origem holandesa); apenas em 1910, em um acordo com os ingleses, os bôeres fundam a União Sul-Africana e não reconhecem personalidade jurídica aos negros, falando-se, pela primeira vez, em um regime de *apartheid* – do inglês *apartness*, segregação. Antes mesmo desse período, os bôeres já haviam fundado comunidades independentes ao norte da África do Sul, os *afrikaners*. É o partido *afrikaner* que, na década de 1940, institucionaliza o *apartheid* que, em 1948, torna-se norma de índole constitucional. Após anos de sucessivas lesões a direitos fundamentais, Nelson Mandela, preso em *Robben Island* de 1962 a 1990 e líder da resistência negra *Congresso Nacional Africano*, chega ao poder e é um dos atores políticos que possibilitam a apuração e enfrentamento de todas as arbitrariedades institucionalizadas:

Com a apuração das violações aos direitos humanos, por meio da narrativa das vítimas e, também, via confissão dos responsáveis pelos crimes, a punição seria trocada pela anistia e cada anistiado teria ainda a obrigação de testemunhar contra os que não haviam confessado. Assim, foi criada em 1995, com início de

³ DERRIDA in NASCIMENTO. *Jacques Derrida*, p. 45 e ss.

funcionamento em 1996, a *Comissão Verdade e Reconciliação (Truth and Reconciliation Commission)*.⁴

Mais de vinte mil pessoas foram ouvidas, havendo responsabilização criminal de autoridades, como o ex-Presidente Pieter W. Botha, e de instituições, como o partido *afrikaner*, a própria organização de resistência Congresso Nacional Africano e particulares, como a IBM, que informatizou parte das instituições do *apartheid*. De sete mil agentes públicos, pouco mais de mil e cem foram anistiados.

São esses fatos que interessam a Derrida. Lembrando do preâmbulo da Constituição Sul-Africana, ele aponta a força da palavra de *reconciliação*, uma categoria eminentemente hegeliana. Na *Fenomenologia do Espírito*, o espírito só está *aí*, só é um *ser-aí (daseiende)* na palavra, no gesto da reconciliação⁵. Antes dela, pois, só poderia haver o ódio e a divisão e o espírito só estará presente como tal quando não mais persistirem as feridas. E aqui Derrida destaca que não importa tanto o conhecimento prévio do espírito, mas sim a disposição a oferecer a palavra ou o gesto da reconciliação ao outro, sabendo não só o significado da reconciliação, porém predispondo-se, sempre, a tanto. Este o pano-de-fundo hegeliano que está por detrás das posições de Nelson Mandela e Desmond Tutu (que presidiu a Comissão Verdade e Reconciliação) que, a partir do conceito cristão de perdão, reivindicam uma reconciliação teleologicamente orientada em busca da salvação. Aqui a história se redimiria como função da *negatividade*⁶ concretizada no genocídio, na segregação racial e na tortura política⁷.

Assim, é a própria Constituição Sul-Africana que começa por, em uma atitude performativa, reconhecer as injustiças do passado e fazer um apelo à cura das divisões outrora se constituíram⁸. Mas faz isto não sem invocar a proteção de Deus, em uma clara

⁴ TELES. *Brasil e África do Sul*, p. 91-93.

⁵ “Assim deveria ser entendido o mal no universo, e o espírito pensante deveria reconciliar-se com o mal [*der denkende Geist mit dem Bösen versöhnt werden sollte*]. Na verdade, não existe uma maior exigência para tal conhecimento conciliador do que a história universal. Essa conciliação só pode ser alcançada pelo conhecimento do afirmativo, no qual desaparece o negativo, tornando-se este subordinado e superado pela consciência, em parte o que é o objetivo final do mundo; de outra parte, a realização desse objetivo nele, sem que o mal seja finalmente mantido a seu lado” (HEGEL in NASCIMENTO. *Jacques Derrida*, p. 29).

⁶ “O espírito “só conquista sua verdade com a condição de encontrar a si mesmo na devastação absoluta”, diz Hegel, acrescentando que ele é essa potência e essa força precisamente porque “sabe olhar o negativo face a face e deter-se junto dele, transformando o negativo no ser” (REALE. *ANTISERI. História da Filosofia*, 5, p. 104).

⁷ NASCIMENTO. *Jacques Derrida*, p. 20-21.

⁸ “*We, the people of South Africa,*

Recognise the injustices of our past;

Honour those who suffered for justice and freedom in our land;

Respect those who have worked to build and develop our country; and

Believe that South Africa belongs to all who live in it, united in our diversity.

demonstração das heranças cristã, protestante, anglicana e calvinista, invocação esta logo traduzida em três das onze línguas oficiais. Tais normas constitucionais chamam a atenção para o sentido que se possa obter do perdão em um contexto da Comissão Verdade e Reconciliação. Aludindo ao momento de celebração da circuncisão de Mandela relatado em sua biografia⁹, Derrida recupera outra palavra (não em inglês) de um profundo sentido para uma reconciliação: a palavra *abantu* (também transcrita como *ubuntu*), que significa um companheirismo fraterno. A chegada do homem branco pôs fim à *abantu* que existia entre os povos sul-africanos. O momento da circuncisão de Mandela, aos seus dezesseis anos, seria o momento para prepará-lo para vida, para torná-lo homem; no entanto, o regime do *apartheid* não permitiria que isto se concretizasse, uma vez que os *xhosas*, como todos os negros sul-africanos, eram um povo conquistado e subjugado. A Comissão Verdade e Reconciliação tinha por missão recuperar a força da palavra *abantu*, da fraternidade, da co-cidadania, este, sim, o cenário para a verdadeira libertação de Mandela como homem.

Nada mais nocivo à Comissão, então, do que condensar os onze idiomas oficiais sul-africanos no inglês cristianizado, algo que se deveu em muito ao papel de quem a presidiu, o Bispo Desmond Tutu¹⁰, na opinião de Derrida¹¹. Os fatos históricos que antecederam a instituição da Comissão Verdade e Reconciliação passam também pelo uso de

We therefore, through our freely elected representatives, adopt this Constitution as the supreme law of the Republic so as to -

Heal the divisions of the past and establish a society based on democratic values, social justice and fundamental human rights;

Lay the foundations for a democratic and open society in which government is based on the will of the people and every citizen is equally protected by law;

Improve the quality of life of all citizens and free the potential of each person; and

Build a united and democratic South Africa able to take its rightful place as a sovereign state in the family of nations.

May God protect our people.

Nkosi Sikelel' iAfrika. Morena boloka setjhaba sa heso.

God seën Suid-Afrika. God bless South Africa.

Mudzimu fhatutshedza Afurika. Hosi katekisa Afrika.”

⁹ Cf. MANDELA, Nelson. *Long walk to freedom: the autobiography of Nelson Mandela*. Back Bay Books, 1995.

¹⁰ “Desmond Tutu, bispo anglicano, estudou teologia na Inglaterra e foi o primeiro negro nomeado dignatário da catedral de Johannesburgo. Tornou-se um líder da oposição ao regime racista ainda nos anos 70 e, por sua luta anti-apartheid, recebeu, em 1984, o prêmio Nobel da Paz. Tutu, como líder religioso, defendeu a herança religiosa do perdão, condicionado à memória, na reconciliação sul-africana” (TELES. *Brasil e África do Sul*, p. 95).

¹¹ DERRIDA in NASCIMENTO. *Jacques Derrida*, p. 50. Interessante notar que o próprio Tutu, em sua biografia (TUTU, Desmond. *No future without forgiveness*. New York: Doubleday, 2000), iria destacar a peculiaridade da palavra *ubuntu*: “A palavra *ubuntu* é muito difícil de traduzir em uma língua ocidental. Ela exprime o fato de se mostrar humano. Quando queremos fazer conhecer todo o bem que pensamos de alguém, nós dizemos: “Yu, u nobuntu”, “tal pessoa tem ubuntu”; o que significa que ela é generosa, acolhedora, amigável, humana, pronta a partilhar o que ela possui. É também uma maneira de dizer: “minha humanidade é ligada inextrincavelmente a sua” ou “nós pertencemos ao mesmo ramo de vidas”. Nós temos um princípio: “um ser humano existe somente em função de outros seres humanos”. É muito diferente do “penso, logo existo”” (TUTU in TELES. *Brasil e África do Sul*, p. 94).

palavras que envolveram não só a imunidade de membros do Congresso Nacional Africano, o enfrentamento face a face entre carrascos e vítimas, a superação do ódio e do revanchismo – tudo em um contexto de uma legítima *abantu*. Surge uma outra relação que careceria de uma complicada mediação: aquela entre verdade e reconciliação que deu nome à comissão que trabalhou com medidas de reparação, prevenção contra a renovação de atos atentatórios a direitos humanos, distinção entre crimes comuns e crimes contra a humanidade e arquivamento de tudo isto¹².

O tema da reconciliação tem forte conotação cristã. Trata-se de um lugar onde se une o teológico e o político, o divino e o humano, o celeste e o terrestre. Ele une, segundo Derrida¹³, o não jurídico no jurídico. É o que ocorre nos institutos do *indulto* e da *imprescritibilidade*. Conceitos jurídicos que se põem acima da lei ou rompem com a temporalidade humana, respectivamente. Ocorre que em ambos os casos a ordem humana da lei e o tempo humano do julgamento são superados por uma instância transcendente. De um lado, a punibilidade supera a linha do tempo, vai até um “final dos tempos”, inscreve no próprio tempo uma superação do mesmo tempo. De outro lado, o perdão pode aparecer como o excesso do excesso, a possibilidade de perdoar o imperdoável¹⁴. Não é à toa que Derrida principia por Hegel. É ele quem fala de um saber absoluto que passa pela reconciliação e pelo perdão; mas que não ignora a sacralidade, pois também fala na morte de Deus na cruz e na paixão de Cristo¹⁵. Pense-se, por exemplo, que vêm da Alemanha também gestos de reconciliação como a indenização paga pela Volkswagen a 1.500 judeus que trabalharam em suas fábricas.

O sentido cristão da reconciliação apareceu também no Chile. O próprio Pinochet manteve-se chefe das Forças Armadas após as eleições, passando pelo processo hegeliano de *aufgehoben*, conservando-se ao mesmo tempo em que deslocado¹⁶. A sugestão

¹² O arquivo pode ser acessado na internet em <<http://www.info.gov.za/otherdocs/2003/trc/>>.

¹³ In NASCIMENTO. *Jacques Derrida*, p. 53.

¹⁴ “Em outras palavras, se perdôo o perdoável, estou apenas repetindo automaticamente um gesto previsível na lógica do bom-senso. Nada mais razoável do que perdoar o perdoável, pois este já se encontra perdoado de antemão, é só uma questão de tempo para que se efetive. Difícil é perdoar o imperdoável, tarefa quase impossível perante um século pleno de atrocidades e de “monstruosidades”” (NASCIMENTO. *O perdão, o adeus e a herança em Derrida*, p. 24).

¹⁵ “O processo cristianizador do globo deriva da divinização do humano – fundada nos direitos do homem e no referido conceito de crime contra humanidade –, divinização esta que teria começado com o fato de no cristianismo o próprio Deus se fazer homem e de o homem poder se tornar Deus. Pede-se perdão, desse modo, por se ter atingido a Deus ao atacar o que há de mais sagrado no homem assim divinizado” (NASCIMENTO. *O perdão, o adeus e a herança em Derrida*, p. 23).

¹⁶ “Segundo a lógica hegeliana, a transição dialética de um estágio para o próximo envolve um processo de “Aufhebung” ou de subsunção (sublation), uma vez que tudo o que surge no primeiro estágio é, a um só tempo, preservado e superado na perspectiva do segundo” (ROSENFELD. *A identidade do sujeito constitucional*, p.

da lógica do perdão, entretanto, vem de um setor da Igreja Católica chilena de direita. O que não coloca de lado o fato de que vários padres chilenos se opuseram com a própria vida ao regime. Vale observar que nos anos de 2003 a 2004 funcionou no Chile a “Comissão Nacional sobre Prisão Política e Tortura” (instalada pelo Decreto 1.040/2003), formada por oito membros e responsável pela colheita de quase trinta e seis mil depoimentos, que resultou em reparações de índole indenizatória e no reconhecimento público e pedido de perdão pelo ex-Presidente Ricardo Lagos em 12 de agosto de 2003 pelo uso da tortura pelo Estado chileno¹⁷.

Se Mandela e Tutu se empenharam por uma reconciliação na África do Sul, e Tutu era a voz cristã, eles não agiram sob o mesmo tom. Tutu pareceu querer, a todo tempo de funcionamento da Comissão Verdade e Reconciliação, marcar uma profunda independência em relação ao líder político. Sua ideia de liberdade passa pelo asseguramento de uma liberdade – e liberação, porque não – também aos brancos, uma vez que os negros não serão livres enquanto os brancos também não o forem. Por isto era importante procurar por abusos também do lado do Congresso Nacional Africano. *“Tem-se uma idéia muito estranha da reconciliação. Pensa-se que consiste em dar tapinhas nas costas uns dos outros, dizendo que tudo vai bem. A reconciliação custa muitos esforços, implicando a confrontação”*¹⁸.

Nelson Mandela também reivindicara a reconciliação desde muito antes. Reivindicação que se tornou norma constitucional, mas que não é novidade alguma: desde a Segunda Guerra empreende-se por todos os lados o discurso da reconciliação e da anistia, vez por outra com claras finalidades estratégicas. A França apresenta inúmeros exemplos: a reconciliação nacional pregada por Caillavet em prol da luta contra o comunismo, aquela defendida por De Gaulle quando do primeiro retorno a Vichy, a de Pompidou ao conceder o indulto a Touvier, a de Mitterrand quando se recusava a declarar a culpa da França pelo regime de Vichy e, acrescente-se, a culpabilidade da França, reconhecida por Chirac em 1995, na deportação de milhares de judeus no mesmo regime¹⁹. O problema é diferente quando a comunidade política deve se tornar mais coesa justamente pelo cumprimento do *dever de memória*. Tratar-se-ia de um trabalho de luto necessário, uma terapêutica da verdade que

53). Nascimento (*O perdão, o adeus e a herança em Derrida*, p. 30) fala da dificuldade da tradução do termo *Aufhebung* para as línguas neolatinas: “Em Derrida e a Literatura, eu havia proposto traduzir o termo francês relêve, que por sua vez traduzia a *Aufhebung* alemã, como “rendição” e “redenção” indecidivelmente”.

¹⁷ O relatório final da comissão pode ser encontrado em <http://www.comisionortura.cl/listado_informes.html>.

¹⁸ TUTU in DERRIDA in NASCIMENTO. *Jacques Derrida*, p. 58.

¹⁹ Para uma análise do pronunciamento de Chirac, cf. DERRIDA, Jacques. História da mentira: prolegômenos. *Estudos Avançados*, 10 (27), São Paulo, USP, 1996, p. 7-39.

impediria os danosos efeitos do recalque. A forma de lidar com isto pode depender de critérios temporais diferenciados:

O que não era possível logo na Liberação torna-se possível e necessário seis anos após (a anistia); em seguida, o que não era possível durante décadas (a auto-acusação ou o processo de acusação desse ou daquele) e até os últimos anos, agora torna-se possível e urgente²⁰

Mandela foi capaz de promover a unidade nacional para que a Constituição Sul-Africana de 1996 fosse realmente uma Constituição do povo sul-africano e não do Congresso Nacional Africano, partido que obteve 62,2% do voto popular. Sua própria autobiografia, escrita a duras penas já a partir da prisão – no decorrer dos vinte e sete anos de confinamento –, era um início para o processo de reconciliação. Uma transposição da causa finita e particular deste prisioneiro a uma causa universal (novamente, Derrida apela à Hegel). A linguagem do testemunho transforma-se no *medium* da reconciliação, sempre universalizante e nunca destinado apenas às vítimas e oprimidos, mas também aos opressores e carrascos.

Do Hegel da *Fenomenologia do espírito*, Derrida passa ao Hegel da *Filosofia da história*²¹. Para este, a África ainda não ocupou seu lugar na história; é o país da infância (*das Kinderland*). Ela ainda não alcançou a categoria da universalidade. Não alcançou a Deus, nem ao direito, nem a moralidade, nem o reino do direito. A África dos negros tem como traço essencial a escravidão. “*O homem negro ainda não tem consciência de sua liberdade*”²². Há, pois, apenas uma ausência de consciência, uma inconsciência como estágio de passagem à consciência. Por isto, ele é coisa sem valor em si, por isto não tem liberdade, por isto pode ser objeto de mercancia. Seriam, então, justamente a colonização e a escravidão os protagonistas da elevação do negro, da permissão do acesso do negro à liberdade, à história, a consciência. Acesso este que também é a reconciliação da África do Sul que se vê livre do *apartheid* por meio de um discurso cristão. A estas conclusões, Hegel acrescenta um suposto furor dos negros na política, negros capazes de depor o rei e depois matá-lo; ora, será que a França então não deveria reconhecer a prática de um *crime contra humanidade* com o Terror e a decapitação do rei? Será que esses fatores não seriam dispensáveis para o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos?

²⁰ DERRIDA in NASCIMENTO. *Jacques Derrida*, p. 59. Nada mais exato também para o contexto brasileiro.

²¹ DERRIDA in NASCIMENTO. *Jacques Derrida*, p. 63.

²² DERRIDA in NASCIMENTO. *Jacques Derrida*, p. 64.

Mas Hegel condena a escravidão e pugna por sua retirada do palco da história. Dela podemos apenas retirar a lição de que se trata de um estado de natureza de absoluto não direito. Ela apenas alcança certo grau de educação, de participação na moralidade e na cultura, quando está no próprio Estado, mas sem que deixe de ser injusta. A essência do homem é a liberdade, que exige, no entanto, o necessário amadurecimento. Ela é sempre uma liberdade que já é uma liberdade do homem, mas que requer um interminável processo de liberação. Uma liberação progressiva, segundo Hegel:

“Abrupta anulação”, decerto, mas quando se leva em conta a dificuldade de traduzir *Aufhebung* e a ênfase de Hegel no caráter dialético dessa palavra, da sorte da língua alemã em sua afinidade com o idealismo da dialética especulativa, a saber, o fato de *Aufhebung* querer dizer, de uma só vez, anulação e conservação – traduzo isso por “*relève*” [rendição] –, tem-se a medida da equivocidade dessa observação sobre a *Aufhebung* da escravidão, de uma *Aufhebung* (anulação/conservação, *rendição*), que não deve ser “abrupta”²³.

A favor da abolição progressiva da escravidão e por uma não participação da África no teatro da história: essa a posição de Hegel. O negro só aparece neste palco embranquecido, cristianizado. A África é algo fechado e sem história. O verdadeiro teatro da história universal é o que não conhece a África.

Hegel abandona o método como *organon* para assumir um método dialético especulativo como estrada, como caminho que se produz – essa mudança empreendida por ele ilumina o título da autobiografia de Mandela, “*A long walk to freedom*”. “*A verdade é seu próprio movimento dentro de si mesma*”; a frase de Hegel segue o momento em que a verdade entra em cena. Derrida a todo tempo enfatiza o recurso à teatralidade em Hegel para justamente denunciar a reconciliação como uma *cena de julgamento* e, mais, de juízo final. Cena de julgamento, de tribunal, que não falta ao Prefácio da *Fenomenologia do espírito*.

Voltando a Mandela, os trechos finais de sua autobiografia relacionarão a reconciliação à liberação. Novamente, liberação de oprimidos e opressores. Derrida pergunta-se do por que desta ligação.

Tanto em Tutu como em Mandela, o termo de referência não é liberdade, mas liberação. Liberação para negros e brancos. Para Tutu, o termo é invocado à luz da paixão de Cristo, assim como *ubuntu* é substituído por “justiça restauradora” – não tão longe de justiça redentora – o que soa como uma violência colonizadora, violência esta diversas vezes denunciada pelas vítimas que foram depor na Comissão, justamente aquelas que vieram acusar aqueles que outrora tentaram impor seu próprio idioma.

²³ DERRIDA in NASCIMENTO. *Jacques Derrida*, p. 68, destaques do original.

O perdão tem um sentido senão cristão ao menos abraâmico. É isto o que é preciso distinguir: *o perdão não deve ter um sentido teleológico; perdoar é aceitar de coração que um perdão se dê*²⁴. Derrida recorre ao exemplo de uma mulher negra convidada a ouvir os depoimentos dos assassinos de seu marido. Ela diz: “*Nenhum governo pode perdoar. [Silêncio] Nenhuma comissão pode perdoar. [Silêncio] Somente eu posso perdoar. [Silêncio] E eu não estou disposta a perdoar*”²⁵. O que lhe é permitido é justamente o que ela não é capaz de fazer; pois só ela pode perdoar, mas ela não quer perdoar. O perdão ganha um contorno personalíssimo: nenhuma instituição pode se arrogar no direito de perdoar, nem o direito nem a política podem assumi-lo, mas apenas a vítima. No caso, a mulher aparece como uma das vítimas, aquela ao lado do marido, também vítima, que, no caso, não se encontra – está morto. Sendo assim, ela pode se sentir na situação de não ter o direito de perdoar o que só ele poderia perdoar.

O modo como a Comissão encaminha os depoimentos torna o processo ainda mais controvertido. Mais do que as onze línguas oficiais adotadas, o labirinto colocado pelos intérpretes e membros da comissão tem origens diferentes que refletem posicionamentos divergentes diante das vítimas. Diante de tudo isto, é possível falar em *verdade* perante a Comissão Verdade e Reconciliação? O exemplo da mulher ainda fascina Derrida e é por ele que ele se guia. Convidadas a assistir um vídeo sobre depoimentos de policiais que participaram da morte do Sete de *Gugulethu* – opositores políticos mortos pela polícia²⁶ – uma das mães, apesar das provas de vídeo perturbadoras (que envolviam pessoas arrastadas por cordas), diz “eu perdô”. A proximidade entre o perdão e o amor ou a compaixão, sentimentos antes femininos que masculinos, aparece também no relato do evangelho da história de Maria Madalena e Jesus Cristo, cena comentada por Hegel em *O espírito do*

²⁴ NASCIMENTO. *O perdão, o adeus e a herança em Derrida*, p. 22. “*Tra dono e perdono esiste almeno quest’affinità o quest’alleanza: oltre la loro incondizionalità di principio, l’uno e l’altro – dono e perdono, dono per dono – hanno un rapporto essenziale con il tempo, con il movimento della temporalizzazione. E tuttavia, legato a un passato che in un certo non passa, il perdono resta un’esperienza irriducibile a quella del dono, di un dono che si accorda più facilmente al presente, alla presentazione o alla presenza del presente*” (DERRIDA. *Perdonare*, p. 22-23). Tradução livre: “Entre a doação e o perdão existe pelo menos esta afinidade ou esta aliança: para além de sua incondicionalidade inicial, um e outro – doação e perdão, dar o perdão – têm uma relação especial com o tempo, como o movimento da temporalização. E todavia, ligado a um passado que de certo não passa, ao perdão resta uma experiência irredutível àquela da doação, de uma doação que liga muito facilmente ao presente, a presentificação ou à presença do presente”.

²⁵ In DERRIDA in NASCIMENTO. *Jacques Derrida*, p. 75.

²⁶ O chamados “*Gugulethu seven*” eram sete jovens militantes do Congresso Nacional Africano que foram mortos em uma emboscada por forças de segurança do regime político do *apartheid*, no dia 3 de março de 1986. Todos eles foram mortos com tiros na cabeça e feridos com diversos outros disparos em um campo na localidade de Gugulethu, na Cidade do Cabo. No local foi construído um memorial em nome das vítimas Zandisile Zenith Mjobo, Zola Alfred Swelani, Mandla Simon Mxinwa, Godfrey Jabulani Miya, Themba Mlifi, Zabonke John Konile e Christopher Piet (cf. <<http://www.capetown.dj/Regions/CapeFlats/Gugulethu/GugulethuSeven.html>>).

Cristianismo e seu destino. Novas questões afloram desta remição à figura feminina. A mulher, quase sempre a testemunha e a vítima perante a Comissão, tem que violentamente trazer a público as cicatrizes da violência sofrida, os relatos dos estupros; um testemunho que é em si mesmo uma violência, uma violência que gera mais violência quando rememorar torna-se algo impossível de se fazer.

Antjie Krog²⁷, autora de *Country of My Skull*, dedica um capítulo de sua obra à mulher: *Truth is a woman*. A questão central posta por Krog neste capítulo pergunta se a verdade tem um gênero. Antes mesmo de serem submetidas a abusos sexuais, as mulheres presas eram taxadas pelos torturadores de “putas”; não eram militantes políticas, mas “putas”, diziam os agentes públicos. Com isto, a condição de testemunha era, em três passos, “assassinada”:

[...] 1) não ser reconhecida como uma militante responsável, mas como uma puta; 2) por conseguinte, ser tratada como uma puta e, portanto, estar sexualmente exposta a abusos; 3) portanto, nem mesmo poder mais testemunhar sobre isso, principalmente perante a Comissão no entanto dita “Verdade e Reconciliação”, sem ter que

²⁷ KROG, Antjie. *Country of my skull: guilt, sorrow, and the limits of forgiveness in the New South Africa*. New York: Three Rivers Press, 2000. Antjie Krog, poeta e jornalista sul-africana, narra com precisão os relatos na Comissão Verdade e Reconciliação sul-africana em *Country of my skull*; sua cobertura jornalística dos trabalhos da Comissão foi agraciada, juntamente com a *South African Broadcasting Corporation*, com o prêmio Pringle por excelência em jornalismo. Em seu livro, Krog traz à luz o depoimento de Thenjiwe Mthintso, presidente da Comissão de Gênero integrante da Comissão Verdade e Reconciliação. Revoltante, porém sintetizador das violências por que passaram as mulheres no regime de *apartheid* na África do Sul, o depoimento é também esclarecedor: “‘When they interrogated, they usually started by reducing your role as an activist. They weighted you according to their own conceptions of womanhood.

And they said you are in custody because you are not the right kind of woman – you are irresponsible, you are a whore, you are fat and ugly, or single and thirty and you are looking for a man.

*And when whatever you stood for was reduced to prostitution, unpaid prostitution, the license for sexual abuse was created. Then things happened that could not happen to a man. Your sexuality was used to strip away your dignity, to undermine your sense of self’’. You have to ask for toiletries like deodorant, soap, and sanitary towels. You had to strip in front of a whole range of policemen making remarks about your body. Women had to do star-jumps naked, breasts flying, Fallopian tubes were flooded with water until they burst, rats were pushed into vaginas... ‘Women have been made to stand the whole day with blood flowing down and drying on their legs. Did they gain strength from looking at her blood? From asking you to drink your own blood?’ asks Mthintso. It is only when men in prisons are forced to sodomy to behave like women that they realize how it is to live with a constant awareness of your body and how it can be abused and ridiculed’ (KROG. *Country of my skull*, p. 235-236). Tradução livre: “‘Quando eles interrogavam, normalmente começavam por reduzir seu papel a uma ativista. Eles lhe valorizavam de acordo com suas próprias concepções de feminilidade.*

E diziam que você estava presa porque você não era o tipo certo de mulher – você é irresponsável, você é uma puta, você é gorda e feia, ou solteira e aos trinta e está à procura de um homem.

E quando tudo por que você lutou era reduzido à prostituição, uma prostituição não paga, a licença para o abuso sexual era criada. Então aconteciam coisas que não poderiam acontecer para um homem. Sua sexualidade era usada para despojar sua dignidade, para minar seu sentido de si’’. Você tinha que pedir por artigos de higiene pessoal como desodorante, sabonete e lenços higiênicos. Você tinha que se despir na frente de um conjunto de policiais fazendo comentários sobre seu corpo. Mulheres tinham que fazer estrelas nuas, seios pulando, tubos falopianos eram enchidos com água até que explodissem, ratos eram inseridos em vaginas... ‘Mulheres eram obrigadas a passar todo o dia com sangue escorrendo e secando sobre suas pernas. Eles ganhavam força vendo o sangue delas? Exigindo que você bebesse seu próprio sangue?’’, pergunta Mthintso. É apenas quando homens nas prisões são forçados à sodomia, à se comportar como mulheres, que compreendem como é viver com uma constante preocupação com seu corpo e como ele pode ser abusado e ridicularizado’’. ”

descrever cenas de estupro e sem ter às vezes que exhibir, desnudando-se, as provas que constituíam outras tantas cicatrizes. Era, de uma só vez, assassinada de antemão a condição do testemunho, da verdade e da reconciliação em tais violências praticadas contra as mulheres²⁸.

A resposta passa a ser um doloroso sim, a verdade é feminina²⁹. A Comissão Verdade e Reconciliação ainda teria de enfrentar graves questões em relação à problemática do estupro: a legislação penal sul-africana define o estupro como penetração do pênis na vagina; os homens, quando relatavam abusos sexuais que sofriam, aludiam a barras de ferro que eram inseridas no ânus – nesse ponto, eles se solidarizam com os carrascos na impossibilidade de um homem ser estuproado. Com isto, Derrida chega à questão seminal de que a Comissão Verdade e Reconciliação trabalhou com uma série de critérios conceituais equivocados – do tipo público e privado, político e não político, etc. – que emperravam o testemunho e o acesso à verdade.

Voltando-se novamente para o Presidente da Comissão, Arcebispo Desmond Tutu, conclui-se que, realmente, a reconciliação traz ainda mais divisões (como entre mulheres e homens). Cristo mesmo foi motivo de novas divisões³⁰. A Comissão foi objeto de críticas e a tarefa de reconciliar verdade e reconciliação pareceu impossível.

Resta saber o que pode ser dito a respeito da *verdade*³¹. Não se trata, por óbvio, de uma verdade científica ou objetiva. A própria criação da Comissão Verdade e Reconciliação dependeu em muito de distanciá-la de processos semelhantes de transição, como no Chile e em Nuremberg, pelo extremo cuidado que se deveria ter com a verdade. Não

²⁸ DERRIDA in NASCIMENTO. *Jacques Derrida*, p. 81.

²⁹ Neste ponto, calha registrar importante iniciativa da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República ao incentivar a publicação de material documental elaborado a partir do relatório *Direto à memória e à verdade* e voltado a reconhecer o papel da mulher na luta política contra a ditadura de 1964-1985: MERLINO, Tatiana. OJEDA, Igor (orgs.). *Direito à memória e à verdade: luta, substantivo feminino*. São Paulo: Caros Amigos, 2010.

³⁰ “A reconciliação custa muitos esforços, implicando a confrontação. Se tal não fosse o caso, Jesus Cristo não teria morrido na cruz. Ele veio e conseguiu nos reconciliar. Mas foi confrontado aos outros, sendo causa de divisões” (TUTU in NASCIMENTO. *Jacques Derrida*, p. 83).

³¹ Jankélévitch (*Forgiveness*, p. 67-68, destaques do original) marca de forma seminal a relação entre *perdão e verdade*: “To understand is to forgive. All the ambiguity of an intellectual excuse is reflected in the double sense of this equation. First, “to understand is to forgive” means that there is no other forgiveness than knowledge. Comprehension takes the place of forgiveness and renders forgiveness useless. In other words, it is forgiveness in general, it is the *venia* itself, that is reduced to an intellectual movement. But we can also interpret the formula in the opposite sense: it is no longer intellection that absorbs forgiveness (*intellegere*, id est *ignoscere*), it is forgiveness that flows from intellection (*intelligere ergo ignoscere*)”. Tradução livre: “Compreender é perdoar. Toda a ambiguidade de uma desculpa intelectual é refletida no duplo sentido desta equação. Primeiro, “compreender é perdoar” significa que não há outro perdão que o conhecimento. A compreensão assume o lugar do perdão e torna o perdão inútil. Em outras palavras, é o perdão em geral, é a *venia* em si, que é reduzida a um movimento intelectual. Mas nós podemos também interpretar a fórmula no sentido oposto: não é mais a inteligência que absorve o perdão (*intellegere*, id est *ignoscere*), é o perdão que flui da inteligência (*intelligere ergo ignoscere*)”.

se tratava de uma justiça de vencedores, como em Nuremberg, nem de uma anistia geral e ampla que confirmasse a vítima em seu destino de vítima, como no Chile³². Tutu sempre destacou que se deveria conhecer a verdade em um prazo certo para, a partir dela, permitir a reconciliação; depois disto, “a cortina deveria cair”, não podendo o país ficar mais a mercê de novas revelações. O que Derrida³³ destaca é que foi no próprio processo de Nuremberg que se desenvolveu o conceito de *crime contra a humanidade*, tantas vezes conclamado pela Comissão. Com isto, não consegue ele, devidamente, dissociar o perdão do fenômeno jurídico-político da anistia e nem torná-lo gratuito e incondicional, precisando cristianizá-lo. Pior, torna-o um perdão cristão míope, que ignora a incondicionalidade, a ausência de economicidade, de troca, de arrependimento, para privilegiar a visão eclesial e teológica do perdão condicional, ou seja, vinculado ao arrependimento. Isto torna o vínculo entre reconciliação e perdão ainda mais problemático, e mesmo do perdão com a verdade. No final, Tutu não segue nem mesmo a lição de Cristo à risca: “Pai, [perdoai-os], porque não sabem o que fazem”.

Voltando a Hegel, o mesmo que já teria dito o que disse Tutu, aquele não verá a possibilidade do perdão nos judeus. O povo judeu seria sem amor; não saberia amar e, portanto, não saberia perdoar. Seria isto o que justamente Jesus oporia quando confrontava de início a totalidade do povo judeu:

É, então, a humanidade, a beleza da natureza, o amor, a unidade da reconciliação, é o coração e a subjetividade que assim Jesus oporia à dissociação judia, à obediência à letra da lei, ao farisaísmo, à execução pontual, mecânica e literal de prescrições objetivas³⁴.

No palco aludido por Derrida em “*O perdão, a verdade, a reconciliação: qual gênero?*” não deixa de faltar um cânon literário que encerra boa parte do conflito trazido à luz pela Comissão Verdade e Reconciliação: Shakespeare. Ao tratar da lógica do perdão, a menção ao *Mercador de Veneza* põe em voga que também Shylock, convertido de fiador a devedor de Antônio e Bassâmio e, pior, convertido de judeu em cristão, passa ele, também, à condição de único que pode perdoar os cristãos, de quem os cristãos são devedores do perdão. A vítima de hoje passa a ser o culpado de amanhã³⁵. Conhecer os sujeitos capazes de perdão, conhecer as atitudes passíveis de perdão e conhecer quem são perdoados, essas são as grandes questões do texto de Derrida.

³² Anistia esta, pelo menos em parte, já superada por decisões da Corte Suprema do Chile, como já relatado.

³³ In NASCIMENTO. *Jacques Derrida*, p. 86.

³⁴ DERRIDA in NASCIMENTO. *Jacques Derrida*, p. 90.

³⁵ NASCIMENTO. *Jacques Derrida*, p. 37.

Paul Ricouer³⁶ analisa a relação entre esquecimento e perdão a partir de uma análise pragmática da memória em um primeiro momento. Não se trata de ter uma relação passiva com a lembrança, mas de fazer um bom uso do verbo *lembrar*. Há um exercício da memória, algo que teria sido percebido por Platão com sua noção de mimética “icônica” oposta a uma mimética “fantasmática” e por Aristóteles, com sua concepção de recordação como busca. *Ambas as perspectivas, pragmática e cognitiva, se reúnem na operação da recordação*. Ricouer reserva propositadamente o termo *rememoração* para esta conjunção entre reconhecimento e trabalho. Tal vinculação se desdobra em uma dimensão psíquica relacionada às capacidades e aos poderes, mas também em uma dimensão historiográfica que deve ser compreendida como um “fazer história”. *Isto leva à conclusão de que o exercício mnemônico é um exercício de uso e, conseqüentemente, todo uso pode ser também um abuso*. Ele pretende classificar as hipóteses de abuso da memória: em primeiro lugar, tratando dos abusos da memória artificial que se instrumentaliza excessivamente dos recursos da memorização; em seguida, o destaque fica com os abusos da memória natural, em planos patológico-terapêutico, prático e ético-político.

Memorização e rememoração não se confundem. Na rememoração, a marca distintiva é a de um retorno ao momento anterior àquele em que uma consciência reconhece seu despertar sobre dado acontecimento; nela se faz presente a marca temporal do antes. Na memorização, o que se colocam são maneiras de aprender que possibilitam a fixação de saberes, possibilitando-se o fácil acesso aos mesmos. É nela que localiza uma memória feliz que economiza esforços. Este é o campo de exploração de Ricouer dos abusos que surgem da memória-hábito, abusos crescentes na medida em que o mesmo processo de memorização cresce, ou seja, o processo da memória artificial.

Em um primeiro plano, situa-se o que a psicologia experimental chama de *aprendizagem*: a aquisição de comportamentos novos não inseridos nas habilidades geneticamente herdadas. É importante destacar que haverá uma posição de domínio exercida por aquele que é considerado como o experimentador; é essa a posição da manipulação. Uma primeira crítica já pode ser aqui erigida a respeito da situação artificial a que animais e mesmo seres humanos são submetidos, desviando-os da espontaneidade de suas relações com o ambiente. As condições de experimentação não são neutras e se relacionam com os comportamentos experimentados, fazendo com que experimento e experiência irradiem-se

³⁶ RICOUER. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 71.

efeitos mutuamente. Ou seja, a disciplina esperada pode ser ela mesma o resultado buscado por aquele que é experimentado.

A recitação, por muito tempo, foi considerada a forma adequada da transmissão controlada por educadores de textos que possuíam algum sentido de autoridade. Autoridade que se faz presente também na formação de um vínculo social em que se entrecruza o vínculo horizontal do viver juntos e o vínculo vertical da autoridade dos antigos. O problema é saber de onde vem esta autoridade. Segundo Ricouer, a educação não chega até esse problema, porém abraça sua pergunta por legitimidade. Toda sociedade tem o dever de transmissão intergeracional de suas conquistas culturais. “*Aprender é, para cada geração, fazer a economia, como sugerimos acima, do esforço exaustivo de reaprender tudo a cada vez*”³⁷. Ditados, catecismo, declinações e conjugações gregas e latinas, hinos nacionais; seja na educação fundamental ou mesmo na formação acadêmica, a memória exercitada se faz presente. Até nas artes como dança, teatro e música, o esforço de repetição precede a qualquer execução inovadora.

Frances A. Yates foi o responsável por elevar a memorização à categoria de arte, em *Art of Memory*. Ele recupera o mito de Simônides de Queos, poeta convidado à festa de um rico mecenas em homenagem a um atleta para proferir um elogio ao mesmo. Os semideuses Castor e Pólux o convidam propositadamente para sair da sala do banquete que é soterrada por um desabamento; sua sorte seria o mote para que latinos homenageassem sua capacidade de reconhecer cada detalhe dos lugares ocupados por cada convidado. A arte consiste na devida associação de lugares e imagens que devem ser memorizadas³⁸; as ideias vinculadas a imagens, os tempos a lugares. Surge a metáfora socrática do bloco de cera e das suas inscrições. O fato é que o bloco não é mais o corpo ou a alma, mas a imaginação

³⁷ RICOUER. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 75.

³⁸ “*It is significant that the comparison of poetry with painting is fathered on Simonides, for this has a common denominator with the invention of the art of memory. According to Cicero, the latter invention rested on Simonides' discovery of the superiority of the sense of sight over the other senses. The theory of the equation of poetry and painting also rests on the supremacy of the visual sense; the poet and the painter both think in visual images which the one expresses in poetry the other in pictures. The elusive relations with other arts which run all through the history of the art of memory are thus already present in the legendary source, in the stories about Simonides who saw poetry, painting and mnemonics in terms of intense visualisation*” (YATES. *The art of memory*, p. 28). Tradução livre: “É significativo que a comparação entre poesia e pintura é originada de Simônides, pois esta tem um denominador comum com a invenção da arte da memória. De acordo com Cícero, a última invenção fundamentava-se na descoberta de Simônides da superioridade do sentido da visão sobre outros sentidos. A teoria da equação entre poesia e pintura também se fundamenta na supremacia do sentido visual; tanto o poeta como o pintor pensam em imagens visuais que um expressa em poemas, outro em quadros. As relações elusivas com outras artes que percorrem todo o arco da história da arte da memória estando, portanto, presentes nas fontes lendárias, em histórias como as de Simônides, que viu poesia, pintura e mnemônica em termos de intensa visualização”.

considerada como potência espiritual. Por outro lado, a “especialização” da memória desfaz o sentido da distância temporal.

O estudo de Yates ainda percorre o *De memoriae* do Livro X das “Confissões” de Santo Agostinho, chegando sua *ars memoriae* até os escolásticos medievais. Santo Tomás faz da memória uma parte da retórica e uma das virtudes maiores; o medieval lhe rende homenagens, já que no período conhece-se a escrita, mas não a imprensa e os mestres gregos e latinos são elevados à categoria de *auctoritates*. Na Divina Comédia de Dante, os lugares percorridos são as estações da memória nas quais figura a memorização dos ensinamentos da tradição e a comemoração dos atos fundadores da cultura cristã. O terceiro momento é marcado pela associação entre mnemotécnica e segredo hermético. Em Giordano Bruno, a memória recebe o poder divino de combinação da ordem dos astros e a terra. As imagens são colocadas em lugares; estes correspondem aos “astros” e aquelas às “sombas”³⁹. Um poder sem limites que paga o preço de confundir especulação racional com mistagogia. Resta ainda saber a pergunta feita e não respondida por Yates: qual o limite da memória? Até onde foi o pensamento de Giordano Bruno, que tanto exaltou as capacidades apreensivas de uma memória do mundo inteligível? Abre-se na história um novo caminho com a noção de método criada por Bacon e Descartes. É preciso tentar entender o que ocorrera para que a *ars memoriae*, ela mesma um método, pudesse ser eclipsada. Parece que o que ocorrera foi que se formou uma espécie de intoxicação pela exaltação do ponto de conexão entre memória artificial e memória natural. O ponto crítico é a transgressão dos limites entre memória e esquecimento. Não há afecção na *ars memoriae* – ela é apenas ação:

A valorização das imagens e dos lugares pela *ars memoriae* tem como preço a negligência do acontecimento que espanta e surpreende. Ao romper assim o pacto da memória com o passado em prol da escrita íntima num espaço imaginário, a *ars memoriae* passou do feito atlético de uma memória exercitada àquilo que Yates denomina justamente de uma “alquimia da imaginação”. A imaginação, liberada do serviço do passado, tomou o lugar da memória⁴⁰.

O próximo passo se bifurca: é preciso alocar a cultura da memorização nos limites da memória natural; é preciso, também, considerar os abusos presentes no uso, ou seja, a manipulação sob a forma de memória artificial. Para tanto, deve-se partir para as

³⁹ “A arte da memória era muito antiga. Os oradores romanos, particularmente, recomendavam, para a memorização dos seus discursos, que se associasse a estrutura e a sucessão dos conceitos e argumentações a favor dos mesmos a um edifício e à sucessão das partes de um edifício. Na Idade Média, Raimundo Lúlio já havia desenvolvido a mnemotécnica, não só procurando definir normas destinadas a favorecer a memorização, identificando uma precisa escansão das regras da mente, mas também procurando identificar a coordenação dessas regras da mente com a estrutura do real” (REALE. ANTISERI. *História da Filosofia* 3, p. 114).

⁴⁰ RICOUER. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 80-81.

modalidades da arte da memorização contida nos limites da memória natural. Isto leva à rediscussão da relação entre memória e educação: de uma crítica à memória memorizante, à memória tola do asno carregado de livros, passa-se ao elogio do *ingenium* da imaginação criadora. Mesmo fundidos estes saberes sob o Século das Luzes, a memória memorizante não escapará da crítica de Rousseau. Nem os excessos de Bruno, nem a ausência de Rousseau, entretanto; o fato é que não nos livramos da memorização. A pergunta que fica é sobre os limites do esquecimento: o uso moderado da memorização requer o uso moderado também do esquecimento. Não seria correto falar de um “esquecimento esclarecido” – esta a pergunta que Ricouer adia para, antes, analisar a memória natural.

Para tratar dos abusos da memória natural, Ricouer⁴¹ propõe uma grade de leitura: começa por uma abordagem patológica que ele busca vincular a algumas experiências humanas; logo em seguida, ele trata de formas de manipulação da memória, aqui aparecendo mais claramente o abuso da memória e o abuso do esquecimento; por fim, trata ele do ponto de vista normativo ou ético-político do dever da memória. O percurso é, pois, de uma memória *impedida*, para uma memória *manipulada* e, ao cabo, para uma memória *obrigada*.

É possível transferir categorias de um nível analítico, interpessoal – como traumatismo, cicatrizes – para a *memória coletiva*? Num primeiro momento, deve-se apenas admitir o uso operatório do termo memória coletiva⁴². Mas uma outra dificuldade se apresenta: como situar uma patologia da memória em uma investigação sobre o exercício da memória? Ricouer recorre a Freud para enfrentar tais dificuldades. No trabalho de interpretação, o principal obstáculo são as lembranças traumáticas. Há uma tendência do paciente em substituir a lembrança por ato – a “compulsão da repetição”. É preciso saber como continuar a análise ante o bloqueio das lembranças traumáticas pelo ato repetitivo. Duas propostas terapêuticas se abrem: a primeira, que se liga ao analista, exige dele paciência com as repetições que ocorrem na livre arena da transferência; a segunda liga-se ao analisando e pede que ele se volte respeitosamente para suas manifestações mórbidas, vendo-as como um

⁴¹ RICOUER. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 83.

⁴² “Não por outra razão, uma interessante diferenciação feita por Jan Assmann e Arno Gisinger, autores que se dedicam a essa temática, é entre a memória comunicativa e a memória cultural.

A memória comunicativa é direta, transmitida pelos que vivenciaram ou testemunharam diretamente os acontecimentos lembrados. É, via de regra, de curta duração, pois a vida média de uma testemunha gira em torno de oito décadas, após o que a memória do fato não tem mais essa fonte primária dos que o vivenciaram.

Por sua vez, a memória cultural surge a partir do desaparecimento da comunicativa. Em geral, algumas décadas após os acontecimentos significativos, a sociedade vai tomando ciência do iminente desaparecimento das testemunhas vivas. A reação natural diante dessa constatação é, então, mobilizar o conjunto de meios disponíveis para conservar e prolongar essas lembranças” (SOARES. QUINALHA. *A memória e seus abrigos*, p. 257).

adversário a considerar e do qual vantagens podem ser extraídas. “*Caso contrário, nada de “reconciliação” (Versöhnung) do enfermo com o recalado*”⁴³. A relação paciente/analista é um trabalho, um *Durcharbeiten*, um *working through*, um “remanejamento”. A pessoa torna-se fruto do seu próprio trabalho. Fala-se, aqui, de um “trabalho de rememoração”.

Em “Luto e melancolia”, o luto não é propriamente tratado por si mesmo, mas serve de comparação para a neurose da melancolia. Ainda assim, em uma comparação com as concepções freudianas acima mencionadas, ele se mostrará frutífero para o trabalho de luto e para a terapêutica da memória coletiva. A questão é saber por que em certos pacientes, *no lugar* do luto (reação à perda), surge a melancolia. Aqui Ricoeur vê o parentesco entre os dois ensaios de Freud que analisa (“*Luto e melancolia*” e “*Rememoração, repetição, perlaboração*”): no lugar da lembrança, a passagem ao ato, no lugar do luto, a melancolia. Parece haver aqui uma oposição entre luto e melancolia. Há uma diminuição do “sentimento de si” na melancolia, coisa que não ocorre no luto. O trabalho de luto, portanto, exige uma renúncia da libido ao objeto não mais existente, o que fatalmente produz revolta, custos de tempo e energia de investimento – pelo simples fato que não mais existente na realidade, o objeto amado continuará a existir psiquicamente. “*A realização em detalhe de cada uma das ordens ditadas pela realidade é o trabalho do luto*”⁴⁴.

Concluído o trabalho do luto, o ego se torna livre e desinibido. Por isto, ele se parece com o trabalho da lembrança:

É por esse aspecto que o trabalho do luto pode ser comparado com o trabalho da lembrança. Se o trabalho da melancolia ocupa neste ensaio uma posição estratégica paralela à que a compulsão de repetição ocupa no anterior, pode-se sugerir que é enquanto trabalho da lembrança que o trabalho de luto se revela custosamente, mas também reciprocamente, libertador. O trabalho de luto é o custo do trabalho da lembrança; mas o trabalho da lembrança é o benefício do trabalho do luto⁴⁵.

Na melancolia, é o próprio ego que se desvaloriza, que é vítima da própria acusação, do próprio rebaixamento. A questão é se as recriminações que o ego dirige a si mesmo não seriam recriminações ao objeto amado ausente. Neste particular, a melancolia liga-se com o luto. No mais, o luto tem ainda a ver com o tempo. O tempo do luto também se relaciona com a paciência que a análise exigia na passagem da repetição à lembrança. A lembrança requer tempo e esse tempo é um tempo de luto.

⁴³ RICOEUR. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 83.

⁴⁴ FREUD in RICOEUR. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 86, destaques do original.

⁴⁵ RICOEUR. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 86.

O papel da melancolia ainda não haverá de se desprezado por Ricoeur. Os homens mais importantes em filosofia, política ou poesia seriam melancólicos. Os pensadores do Renascimento debruçaram-se sobre a relação entre a melancolia e o gênio. Mas Freud, no confronto entre luto e melancolia, assim enunciava: “*Não entendemos nem um nem outro fenômeno*”⁴⁶. Aquilo que Freud chama de melancolia poderia ter um pouco da acídia que o medieval tanto despreza, a chamada complacência com a tristeza. A questão seria saber se a acídia é o correspondente anterior ao trabalho de luto de Freud. Pode-se dizer que a literatura da melancolia não produzira anteriormente uma análise do trabalho do luto; mas lidou com remédios para a melancolia, entre eles, o trabalho. Um trabalho que produzirá a sublimação da tristeza. O pesar se torna a tristeza que não enfrentou o trabalho do luto. Renuncia-se ao objeto perdido e reconcilia-se com o objeto interiorizado. A memória pode ser, sim, alegria, uma memória “feliz”.

Voltando a questão da transposição destas análises para a memória coletiva, verifica-se em Freud a alusão a situações que envolvem um outro psicossocial. Aproximações de índole hermenêutica já foram feitas por Habermas. Pode-se inclusive dizer que o espaço público constitui a já mencionada “arena” entre terapeuta e analisando. Além disto, a constituição bipolar da identidade individual e da identidade coletiva justifica a transposição do trabalho de luto para a memória coletiva. As perdas relativas a território, a um povo, assim como as celebrações funerárias denunciam o cruzamento de um luto individual e de um luto coletivo. Pense-se na relação da história com a violência. Quase sempre, os atos fundadores são plasmados por uma violência que é temperada posteriormente por um Estado de Direito incompleto, deixando feridas que ainda pedem um tratamento⁴⁷. O caminho não pode ser, contudo, o de uma memória-repetição que substitui a lembrança por atos de violência, que exclui uma memória-lembrança que é fundamentalmente crítica⁴⁸.

⁴⁶ FREUD in RICOUER. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 87.

⁴⁷ “*Essas dimensões positivas do esquecimento nunca negam ou apagam o passado, mas transformam seu estatuto vivido no presente, permitem que se viva sem ressentimento, diz Nietzsche, sem cair na perpétua repetição, diz Freud, permitem a instauração do novo.*

*Ora, a imposição do esquecimento como gesto forçado de apagar e de ignorar, de fazer como se não houvesse havido tal crime, tal dor, tal trauma, tal ferida no passado, esse gesto vai justamente na direção oposta dessas funções positivas do esquecer para a vida. Impor um esquecimento significa, paradoxalmente, impor uma única maneira de lembrar – portanto um não lembrar, uma “memória impedida” [une mémoire empêchée], diz Ricoeur, uma memória que vai lutar, brigar para poder voltar” (GAGNEBIN. *O preço de uma reconciliação extorquida*, p. 179).*

⁴⁸ “*Apoiando-se especialmente no pensamento de Sigmund Freud, Ricoeur argumenta que a dor sofrida por toda uma nação em um contexto de arbítrio político que resulta em torturas, assassinatos, desaparecimentos e perseguições políticas de toda espécie, precisa ser reconhecida e simbolizada, caso contrário, a sociedade não reconhecerá suas perdas e não conseguirá fazer o necessário luto. A par da injustiça que a ausência deste reconhecimento representa para com as vítimas, a principal consequência da sua falta é a repetição da*

É hora de se voltar sobre o trabalho da memória – de se debruçar sobre o nível prático da mesma. Nesse ponto, ao invés de se concentrar na passividade dos abusos da memória no nível patológico, é tempo de discutir a manipulação da memória e do esquecimento por aqueles que exercem poder. A memória ganha aqui um contorno instrumental, similar às distinções weberiana entre *Zweckrationalität* e *Wertrationalität* e habermasiana entre razão instrumental e razão comunicativa⁴⁹. A grande questão que aqui aparece diz respeito à relação entre memória e identidade, seja no plano pessoal, seja no plano coletivo. Os abusos da memória e do esquecimento ocasionam uma fragilidade da identidade: esta, a fragilidade, consiste em um caráter presumido ou pretense de identidade. A pergunta “quem somos nós?” é respondida com um “o que” – “*Somo tais, assim e não de outro modo*”⁵⁰.

Uma causa da fragilidade de identidade aparece na sua relação com o tempo. A questão é saber o que significa permanecer o mesmo ao longo do tempo. O problema se localiza na cristalização de um caráter (*idem*) ao invés da flexibilidade própria da manutenção de si na promessa (*ipse*). Outra causa surge da relação com o outro, que aparece como uma ameaça. Por fim, como terceira causa, estaria a herança da violência fundadora, aquela da glória de uns sobre o martírio de outros; por isto, a terceira causa está fundida na segunda, aquela da relação com o outro.

Para Ricouer⁵¹, há um fator que se situa entre a pretensão de identidade e as expressões públicas da memória: a *ideologia*. Um processo dissimulado, que sempre aparece como uma atribuição do outro, e complexo, é dizer, ele procede a uma distorção da realidade ao mesmo tempo em que legitima o sistema de poder e visa a uma integração social por meio de sistemas simbólicos imanentes à ação. Nesse último nível, mais profundo, o nível da

violência causada, pois como ela não foi simbolizada, reconhecida e associada à dor e ao luto, ela não aparece enquanto ato condenável e a ser evitado, ela simplesmente continua ocorrendo em uma obsessão repetitiva” (SILVA FILHO E OUTROS. *Petição de amicus curiae. Caso nº 11.552 – Julia Gomes Lund e Outros vs. Brasil*, p. 4).

⁴⁹ Os tipos de ação social (interação) distinguem-se pelo mecanismo de coordenação da ação. Em particular, isto se dá segundo o uso que se possa fazer da linguagem: ou como meio de transmissão de informações, exclusivamente, ou como fonte própria de integração social. No primeiro caso, temos a *ação estratégica*, no segundo a *ação comunicativa*. Enquanto na ação comunicativa a força geradora do consenso localiza-se nas energias que a própria linguagem possui no que concerne à criação de vínculos, no caso da ação estratégica o efeito de coordenação permanece dependente de um exercício de influências de atores sobre as situações de ação e dos atores uns sobre os outros. “*La acción comunicativa se distingue, pues, de la acción estratégica en el respecto de que el buen suceso en la coordinación de la acción no se basa en la racionalidad con respecto a fines de los distintos planes de acción individuales, sino en la fuerza racionalmente motivadora que tienen las operaciones de entendimiento, en una racionalidad, por tanto, que se manifiesta en las condiciones a que está sujeto un acuerdo comunicativamente alcanzado*” (HABERMAS. *Pensamiento postmetafísico*, p. 78).

⁵⁰ RICOUER. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 94.

⁵¹ RICOUER. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 95.

“semiótica da cultura”, é que a ideologia surge como guardiã da identidade, oferecendo réplicas simbólicas às causas de fragilidade daquela. Aqui ainda não se fala de abusos da memória, mas de uma coerção pelos costumes. É preciso apenas destacar que nenhuma das três funções da ideologia serão dissociadas na sua forma de operar. A ideologia busca legitimar a autoridade da ordem (relação orgânica do todo com as partes) e do poder (relação entre governantes e governados). Aqui também se situa o problema da autoridade: a ideologia estaria na brecha entre pretensão de legitimidade e crença espontânea dos governados, buscando preenchê-la. A ideologia é a condição de mais-valia associada à crença na legitimidade do poder.

Os empreendimentos de manipulação da memória estão ligados aos diversos níveis operatórios da ideologia. Em relação às mediações simbólicas da ação, a memória assume a função narrativa para constituir a identidade. A partir dos recursos da narrativa, a manipulação pode operar também no campo do discurso justificador do poder. Narrativas de fundação, glória e humilhação formam um discurso de lisonja e medo. A partir daqui, é possível passar a uma função de distorção através dos abusos expressos da memória: surge a noção de história oficial. “*De fato, uma memória exercida é, no plano institucional, uma memória ensinada; a memorização forçada encontra-se assim arrolada em benefício da rememoração das peripécias da história comum tidas como os acontecimentos fundadores da identidade comum*”⁵². Forma-se o perigoso vínculo entre rememoração, memorização e celebração, denunciado por Tzvetan Teodorov em *Les abus de la mémoire* (1995). É dele que Ricoeur extrai o problema da tarefa do historiador de selecionar fatos mais destacados e significativos que se pautam não pela verdade, mas pelo bem. Isto não sem antes ressaltar que se trata, em verdade, de uma questão de justiça. Ainda assim, fica o conselho de que é preciso “[...] extrair das lembranças traumatizantes o valor exemplar que apenas uma inversão da memória em projeto pode tornar pertinente”⁵³. Isso significar ultrapassar o momento da autovitimização. A preocupação com o que fazer com a memória em relação ao futuro põe em destaque o desafio moral do dever da memória.

Do nível patológico ao nível prático, é necessário aportar no nível ético-político. A questão do dever da memória, mais que fenomenológica ou epistemológica, tem a ver com a hermenêutica da condição histórica. O problema tem a ver com a construção de uma memória por uma comunidade nacional ou por partes feridas dela de modo apaziguado,

⁵² RICOEUR. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 98.

⁵³ RICOEUR. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 99.

sempre enfatizando que a memória dos sobreviventes ainda se relacionará com o olhar distante do historiador e do juiz. A problemática cresce aqui. O dever da memória poderia gerar um curto-circuito no trabalho da história. O próprio verbo “lembrar-se” coloca questões de índole gramatical. O que significa “você se lembrará”? Como instituir um dever para o futuro sobre algo que se apresenta como guardião (a memória) do passado e, ainda, exigir que ela funcione opostamente a uma evocação instantânea aristotélica? Como a lembrança prospectiva se articula com o trabalho de luto e o trabalho de memória? Para a cura terapêutica, o trabalho do analisando aparece realmente como um dever de memória no trabalho que ele realiza junto com o analista; já o trabalho do luto colocará o artesão numa posição à frente de si mesmo, na qual ele cortará vínculos com o objeto perdido e remanecerá na infundável tarefa de reconciliação com a perda. A questão do trabalho da memória e do trabalho do luto é que falta a eles o aspecto deontológico do duplo dever da memória: a sua coação externa e a sua coerção subjetiva são internamente assimiladas. É na ideia de justiça que esses traços aparecem. *“É a justiça que, ao extrair das lembranças traumatizantes seu valor exemplar, transforma a memória em projeto; e é esse mesmo projeto de justiça que dá ao dever da memória a forma do futuro e do imperativo”*⁵⁴. Ao trabalho de luto e ao trabalho da memória soma-se o dever da memória. Agregue-se, ainda, a isto, as dimensões veritativa e pragmática da memória: fidelidade àquilo que realmente aconteceu e uso devido. *É, portanto, por meio da justiça que a dimensão epistêmica da memória se liga à pragmática.*

Porque a justiça é o selo de toda essa última união? Em primeiro lugar, porque ela é a virtude voltada para o outro, um outro que não o *si*. Em segundo lugar, deve-se atentar para o conceito de dívida que toda herança pressupõe. Ao lado da quitação da dívida, situamos a submissão da herança a inventário. Em terceiro lugar, a vítima outra que não nós que exige uma prioridade de ordem moral.

É preciso também atentar para os abusos que podem ocorrer no cumprimento do dever de memória como dever de justiça. Eles podem aparecer, por um lado, como memória impedida. Abusos nos usos do dever de memória que a tornam uma memória manipulada no sentido de que ela direciona uma consciência que se proclama porta-voz das vítimas.

A construção de uma memória em termos coletivos terá grande impulso dado por Maurice Halbwachs: ele foi responsável por definir a formulação da memória individual a

⁵⁴ RICOUER. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 101.

partir da memória coletiva⁵⁵. Sua contribuição permite deslocar a ilusória atribuição da memória a nós mesmos para situá-la em um exercício coletivo que é grupal, plural. O que não se pode aceitar é uma conclusão dogmática no sentido de que as influências sociais dominam, sem possibilidade de crítica por parte de memória individual, todos os atos de lembrança. Será o próprio Halbwachs, segundo Ricouer⁵⁶, quem fornecerá os elementos para evitar-se tal conclusão precipitada: a ideia de ponto de vista, de perspectiva, é, em verdade, a imagem que a memória individual projeta da memória coletiva.

A problemática da intermediação entre os dois níveis da memória, a individual e a coletiva, aparece de forma incisiva com a inversão da *memória manipulada*, ou seja, o *esquecimento manipulado*. É nesta relação que se situa o perigo da história oficial. Os atores sociais são despojados de seu poder de definir sua própria memória, algo que só poderá acontecer com algum nível de cumplicidade, com alguma vontade de não querer se informar⁵⁷. Mas será no contexto de um *esquecimento comandado* que poderá se situar a anistia, principalmente se a fronteira entre ela e a amnésia estiver presente. Se o direito de graça remete ao poder régio soberano sacramentado divinamente, a anistia estabelecida politicamente por um Legislativo (o que não foi o nosso caso, diga-se) institui verdadeiro pacto secreto de denegação da memória, nas palavras de Ricouer⁵⁸. Ele traz dois exemplos históricos marcantes: o decreto ateniense de 403 a.C., na vitória da democracia sobre a oligarquia dos trinta, marcadamente proibitivo da recordação, do esquecimento dos danos sofridos e da busca pela amizade e pela arbitragem, ao invés da lembrança dos assassinatos e da justiça processual; e o Edito de Nantes de Henri IV, instituidor da expressão “como coisa não ocorrida”.

⁵⁵ “Por outro lado, a memória coletiva contém as memórias individuais, mas não se confunde com elas – evolui segundo suas leis e, se às vezes determinadas lembranças individuais também a invadem, estas mudam de aparência a partir do momento em que são substituídas em um conjunto que não é mais uma consciência individual” (HALBWACHS. *A memória coletiva*, p. 72).

⁵⁶ RICOUER. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 133.

⁵⁷ “No dia 14 de dezembro de 2004, o jornal Folha de São Paulo (FSP) publica uma matéria intitulada “População desconhece abertura de arquivos da ditadura, diz pesquisa CNT/Sensus”. A pesquisa, cujo objetivo é medir o Índice de Satisfação do Cidadão (ISC), era a 73ª encomendada pela Confederação Nacional dos Transportes (CNT) e pela primeira vez incluía, entre os temas apresentados para a população opinar, um relativo aos arquivos, particularmente àqueles da ditadura militar. Do total dos entrevistados, revelou a pesquisa, “apenas 21% informaram acompanhar ou ter conhecimento das discussões sobre a abertura dos arquivos oficiais referentes ao período do regime militar. A maior parte, 73,3% não tem conhecimento ou não acompanha o assunto”, conclui a reportagem da FSP. Entretanto, um outro indicador não teve o mesmo destaque na reportagem, embora bastante relevante. A maioria (67,2%) dos que disseram acompanhar ou ter conhecimento do tema declarou-se “favorável à abertura dos arquivos”, uma sinalização da sociedade para a “abertura dos arquivos” integrar a agenda política brasileira” (RODRIGUES. *Arquivos, anistia política e justiça de transição no Brasil*, p. 136-137).

⁵⁸ RICOUER. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 460.

Mas mesmo as sucessivas anistias votadas e aprovadas ao longo da história francesa que se seguiu, quiçá da história mundial, não privariam a sociedade de uma memória oficial pouco consciente da necessidade de evitar que o futuro fosse surpreendido pelos recalques do passado⁵⁹. É aqui que se pode falar de uma amnésia comandada que prejudica tanto o aprendizado futuro com os erros do passado quanto a sobrevivência do pluralismo na formação da *memória coletiva*. A anistia ganha aqui um sentido utilitário pouco preocupado com a verdade. Será necessário trabalhar a fronteira entre anistia e amnésia com o trabalho de luto da memória guiado pelo espírito do *perdão*, nas palavras de Ricouer.

O perdão existe a partir da falta, do crime. Estes são experimentados a partir da imputabilidade dos atos humanos. É necessário acusar, julgar, para só aí – e se for o caso – perdoar. Mais do que isto, é necessário fazê-lo sob o pressuposto de um devido processo legal para que se permita alcançar a verdade sobre o verdadeiro “imputável”. Talvez por isto mesmo, a anistia de 1979 pôde ser “concedida” pela ditadura então em vigor como um beneplácito que reconhecia a uma parcela dos já condenados pela Justiça Militar (menos aqueles responsáveis por “crimes de sangue”) o artificial “perdão” de Estado – que, como veremos, longe está de ter tal configuração à luz de uma *memória* não imposta. Pereira adverte, neste caso, para a estreita proximidade entre regime e Poder Judiciário que foi capaz de levar adiante o projeto de uma “legalidade autoritária”⁶⁰.

Voltando, porém, ao argumento de Ricouer, a imputabilidade é que é capaz de estabelecer o vínculo entre o “o quê?” da memória e o seu “quem?”. Ela ganha um especial destaque se pensada pela ótica da *confissão*, reveladora da qualidade da causalidade da qual a

⁵⁹ É sintomático que em um país em que autoridades estatais sejam tão despreocupadas com graves violações de direitos humanos se permitam nomear para postos de comando na segurança pública pessoas acusadas de tais atos: “Réu no processo do massacre da Casa de Detenção de São Paulo, o tenente-coronel Salvador Modesto Madia foi nomeado ontem o novo comandante das Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar (Rota). Madia não é qualquer réu no processo. Depois do coronel Ubiratan Guimarães - absolvido da acusação de ser responsável por 102 das 111 mortes -, Madia e outros 28 policiais são acusados de matar 76 presos no Pavilhão 9 do presídio, que ficava no Carandiru, zona norte de São Paulo.

[...]

O anúncio de Madia para assumir a Rota foi feito ontem pelo comando da Polícia Militar e pela Secretaria da Segurança Pública. É uma aposta por ele ser um integrante da corporação respeitado pela tropa [...].” (GODOY. CARDOSO. *Réu no Carandiru assume a rota*, p. 1).

⁶⁰ “O uso dos tribunais militares como instrumentos de ação judicial contra dissidentes e opositores manteve o regime militar brasileiro numa trajetória legalista, embora não constitucional. Empregados originalmente para expurgar comunistas e partidários de Goulart do aparato estatal, os tribunais militares tiveram seu raio de ação ampliado de modo a incluir os integrantes da nova esquerda armada, comprometidos com a derrubada do regime. Esse sistema permitiu um mínimo de padronização de procedimentos no tratamento dado aos presos políticos, embora, em alguns casos, o governo tenha optado por ignorar a própria legalidade, matando e fazendo desaparecer integrantes da esquerda armada considerados particularmente perigosos” (PEREIRA. *Ditadura e repressão*, p. 142).

ação procedeu a partir do agente. Esta análise que Ricoeur⁶¹ faz de Jean Nabert se destaca porque este não apenas reconhece a falta em si, mas a caracteriza como mal: mal que fenomenologicamente analisado pode ser posto lado a lado com outras experiências negativas como o fracasso e a solidão; mal que sugere um excesso insuportável não mensurável pelas normas morais ordinárias, um mal que não é apenas o oposto do válido moralmente, mas que buscam por uma justificação que o cumprimento do dever não provê. Um mal que rompe com o vínculo humano e que conclama por noções como imprescritibilidade, crimes contra a humanidade e mesmo com o imperdoável⁶².

A falta, o mal, opõem-se verticalmente das profundezas à altura do perdão. Por isto o imperdoável situa-se nestas mesmas profundezas. A culpabilidade, entretanto, está intimamente ligada à condição humana e ela é, em si mesma, também imperdoável de fato e de direito. Não há como aniquilar completamente a falta sem fazer surgir um mal moral; é possível apenas diminuir os efeitos da falta, mas não suprimir a culpabilidade. Contra essa radicalização de Nicolai Hartmann, Jacques Derrida irá propor a altura de uma das mais perenes grandezas: a caridade. O perdão se volta justamente sobre o imperdoável: ele é incondicional. Há verdadeira desproporção entre a profundidade da falta e a altura do perdão. Mas a incondicionalidade do perdão é obscurecida por uma visão abraâmica que se pretende universal (tal qual o discurso dos direitos humanos) e pela constante encenação política de atos de perdão que se sucedem ano após ano, principalmente no pós Segunda Guerra.

A questão grave, então, é a de saber se uma margem de além do jurídico e do político se deixa identificar no cerne de um e outro regime, em suma, se o simulacro pode macaquear gestos autênticos, e até mesmo instituições legítimas. O fato de a noção de crime contra a humanidade permanecer, a esse respeito, “no horizonte de toda a geopolítica do perdão”, é provavelmente a última provação desse vasto questionamento⁶³.

A cada finalidade que é colocada como apêndice do perdão perde-se de vista esta sua incondicionalidade. Por isto, é necessário analisar com maior profundidade qual a dimensão de afetação deste caráter por meio de suas mediações institucionais. A primeira nota que se deve levar em consideração é que a instauração de um devido processo legal coloca

⁶¹ RICOUER. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 469.

⁶² “[...] que as confissões foram obtidas sob torturas, e, faz questão de frisar, que as pessoas que o torturaram, não obstante o estado deplorável em que se encontrava, não respeitaram essa condição, continuaram torturá-lo com processos desumanos, tais como: posição do Cristo Redentor, com quatro volumes de catálogo telefônico, em cada mão, e na ponta dos pés, nu, com pancadas no estômago e no peito, obrigando-o a erguer-se novamente. Causou-lhe temor, em virtude do tratamento recebido, a ameaça de que sua filha, bem como sua esposa seriam levadas à sua presença para assistirem àquela cena.” (Depoimento de Fernando dos Reis Salles Ferreira na Apelação 38.475 na Auditoria Militar do Rio de Janeiro em 1965 constante de ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Projeto Brasil nunca mais*, volume 5, p. 945).

⁶³ RICOUER. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 475.

alguém na posição de acusado. Social e juridicamente, isto significa que só pode perdoar quando se pode punir. Ocorre que em havendo infração a normas jurídicas, o perdão aparece como uma afetação à justiça, na medida em que retira a possibilidade de que a vítima seja retirada de sua condição – para não mencionar o desfazimento da expectativa de comportamentos que o direito gera. Assim, o perdão não está no nível da própria falta, mas no nível marginal do culpado. Densificando ainda mais estas assertivas, Ricouer⁶⁴ recorre a Karl Jaspers e suas quatro distintas culpabilidades.

A *culpabilidade criminal* tem como objeto atos que violam normas jurídicas e se desenvolve no palco dos tribunais levando, ao final, à sanção. É ela que aparece ao redor do mundo no pós Segunda Guerra e é ela que está em jogo na ADPF n° 153/DF no caso brasileiro. Ela chama a atenção justamente pelo já comentado desenvolvimento da noção de imprescritibilidade. A *prescrição* ocupa-se do efeito do tempo sobre obrigações jurídicas e, contrariamente a anistia, ao invés de apagar ela proíbe a incidência das consequências penais do dever de punir do Estado. Não há apagamento de rastros, mas interdição do caminho que leva até eles. Sua justificação nada mais é que utilitária: a prescrição quer acabar com um estado de incerteza presente em processos jurisdicionais que poderia comprometer a função do direito de estabilizar expectativas de comportamento. A *imprescritibilidade*, de seu turno, estaria assentada na gravidade tamanha de certos crimes e no concerto para sua prática que impediriam a ação do tempo sobre seus atos constitutivos. Ocorre que ela não se confunde com o imperdoável: tais crimes não se perdoam por uma questão de justiça, o que não significa que eles possam estar imunes à ação do tempo. *Prescrição não significa perdão*. O “imperdoável de fato” dos *crimes contra a humanidade* está na sua desproporção: não há castigo adequado.

O que não significa que o perdão esteja à margem da *culpabilidade criminal*, como já ressaltado. A questão é que ele se dá sobre os agentes e o imprescritível é o crime, é o ato. Os algozes são pessoas que merecem, tal qual as vítimas, consideração e respeito em termos jurídicos, é dizer, são eles também portadores de direitos fundamentais (à presunção de não culpabilidade, ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, à proibição do uso de provas ilícitas).

Há ainda que se falar, também com Jaspers, de uma *culpabilidade política* a ser atribuída ao conjunto dos cidadãos e de seus representantes. Esta culpabilidade não tem um teor criminal, mas ela parte do pressuposto de que aqueles que se utilizaram dos “benefícios”

⁶⁴ RICOUER. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 476.

proporcionados pelo Estado deverão assumir responsabilidades perante vítimas e perante a nova ordem democrática. Os efeitos desta responsabilidade compõem o conjunto de fatores que poderemos chamar de *justiça de transição*.

Por fim, mencione-se uma *culpabilidade moral*, que é aquela que remonta ao grande número de atos individuais que contribuíram tanto para a *culpabilidade criminal* quanto para a *culpabilidade política*. É aqui o lugar da responsabilidade pessoal em que se deixa de lado o plano coletivo para se passar às relações formadas indivíduo a indivíduo. E daí, aparece a questão:

[...] os povos são capazes de perdoar? A pergunta dirige-se obviamente aos indivíduos tomados um a um; por isso trata-se mesmo de responsabilidade moral a respeito de comportamentos precisos; mas a motivação dos atos é substituída pela memória coletiva na escala de comunidades históricas carregadas de história. [...] A resposta é infelizmente negativa. Disso se deve concluir que os discursos sobre “a reconciliação dos povos permanecem um voto piedoso”. A coletividade não tem consciência moral; assim confrontados com a culpabilidade “de fora”, os povos recaem no repisamento dos velhos ódios, das antigas humilhações⁶⁵.

Contra esse efeito negativo, Ricouer toma de Kodalle a ideia de uma normalidade nas relações entre amigos e inimigos, normalidade esta pautada pela correção de relações trocadas. Trata-se de uma cultura da consideração cívica e cosmopolita – que nos remete para a ideia de *patriotismo constitucional* ainda a ser desenvolvida.

O perdão coloca ainda a questão de se saber com que direito um homem político pode pedir perdão a vítimas que ele não agrediu e, mais, que em certos casos também não sofreram diretamente o dano. Assim, é difícil ver a relação do perdão como uma de reciprocidade. Ele não equivale ao dom, que tem esta tônica, que busca igualar os parceiros. O perdão precisa enfrentar o mandamento do amor aos inimigos sem recompensa. Mas ele também não explica devidamente a lógica do perdão: pois ele pede o extremo que transformar aquele que concede o perdão reduzindo a carga de reciprocidade em sua desvantagem, uma vez o que se pode esperar do amor é que ele converta o inimigo em amigo. Há uma assimetria vertical na lógica do perdão que ultrapassa o intervalo entre a altitude do espírito do perdão e o abismo da culpabilidade, nos dizeres de Ricouer.

4.2 – Da superada noção de interpretação como método

O Ministro Ayres Britto criticou o voto do Ministro Eros Grau por entender que nele se ausentava alguma ênfase na “vontade objetiva” do diploma legal anistiador. Ele avaliou que as análises sobre as tratativas e precedentes que impulsionaram a adoção de Lei

⁶⁵ RICOUER. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 483.

de Anistia de 1979 deveriam ser consideradas secundariamente, uma vez que o “método histórico de interpretação” não é, a rigor, um “método”. Ele teria uma feição subsidiária, quando os tradicionais “métodos de interpretação” (literal, lógico, teleológico e sistemático) mostrassem-se falhos. Haveria, assim, um chamado por ele “núcleo deontico” da lei que não permitiria a inclusão de crimes hediondos e equiparados entre aqueles anistiados e este núcleo, por demais evidente, segundo o Ministro Ayres Britto, dispensaria o acesso ao “método histórico”. Contraditoriamente, em seguida, ele dirá que não há clareza na lei, uma vez que seus autores não tiveram a “coragem” de anistiar crimes praticados por “torturadores, estupradores e assassinos frios”; isto tudo para, mais a frente, voltar-se sobre uma chamada “vontade objetiva” da lei, analisando ponto a ponto termos contidos no art. 1º da Lei 6.683/1979, no art. 4º da EC nº 26/1985 e nos arts. 8º e 9º do ADCT da Constituição de 1988⁶⁶.

Um grave problema surge de todas estas afirmações. Elas dão azo a que se entenda que se caso houvesse maior “clareza” por parte do legislador, todos os crimes questionados seriam anistiáveis. Como já afirmou Silva Filho⁶⁷, este entendimento contraria frontalmente a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – e tal confronto constou claramente do julgamento no Caso *Gomes Lund*.

Ora, se o voto do Ministro Ayres Britto acerta em parte o alvo, ele acaba o fazendo por caminhos discutíveis. Há muito que a hermenêutica e o giro lingüístico-pragmático impedem um uso instrumental da interpretação. Para além das patentes contradições – não se sabe, ao certo, se há clareza ou não no objeto interpretado (aliás, ele tem, de *per si*, tais clarezas? Neste ponto, há que se concordar com o Ministro Eros Grau e seu “direito pressuposto”...) – a interpretação, no mínimo desde Gadamer, não é apenas um método. Como também apontou Silva Filho, o Ministro Ayres Britto se socorre de uma discutível visão dos métodos propostos por Friedrich Carl Von Savigny (não é o *método histórico* que ele vê como supletivo, mas o *teleológico*), assim como da superada distinção entre vontade objetiva e vontade subjetiva da lei que ignora todos os ganhos proporcionados pela reconstrução hermenêutica procedida por pensadores como Gadamer e Heidegger:

⁶⁶ “Então, peço vênia aos que pensam diferentemente, e digo, com todo o respeito: eu não consigo enxergar, na vontade objetiva desses dispositivos conjugados, o caráter amplo, geral e irrestrito que se busca emprestar à Lei de Anistia” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 144).

⁶⁷ SILVA FILHO. *O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal*, p. 5.

Tanto a ênfase no sentido objetivo da lei quanto no sentido da vontade do legislador partem do pressuposto de que o texto normativo já possui um sentido pleno e verdadeiro e que o intérprete só o descobrirá, sem que contribua de fato para a sua formulação. Ambos os enfoques, o objetivo e o subjetivo, menosprezam o papel decisivo da pré-compreensão. Parafraseando a frase de Ataliba que Ayres Britto citou em seu voto, poder-se-ia dizer que não é a lei nem o legislador que necessitam de um psicanalista, mas sim o próprio intérprete⁶⁸.

Vamos aprofundar a crítica em outra direção. Recentemente, Ronald Dworkin⁶⁹ desenvolveu uma interessante linha de seu *construtivismo jurídico* e, também, *político*. O jurista americano começa por salientar que historiadores interpretam eventos e épocas, assim como juristas interpretam documentos ou filósofos interpretam conceitos em disputa. Além disto, juristas interpretam contratos, Constituições, o sentido da democracia e discutem como as metodologias apropriadas a cada um destes objetos valem para os demais. Mesmo os críticos da arte e da literatura se envolvem em questões das mais variadas sobre o sentido da interpretação. A intuição de Dworkin, contudo, é a de que a interpretação, ao lado da ciência, figura como um dos dois grandes domínios da atividade intelectual, sendo que elas constituiriam um *dualismo abrangente* da compreensão. Sua principal questão, novamente, é a de saber se existe verdade em termos de interpretação, se uma interpretação pode ser dita como correta a respeito da Constituição ou se se pode dizer que várias interpretações são possíveis⁷⁰. Mais especificamente, seria preciso descobrir se o que se chama de verdade em ciência tem o mesmo significado no campo da interpretação e se isto de adéqua à sua concepção de um *dualismo abrangente*⁷¹.

Uma das características que os diversos campos da interpretação parecem compartilhar é a de que conclusões interpretativas costumam ser colocadas na linguagem de uma intenção ou de um propósito. Fala-se, novamente, de *vontade subjetiva* ou *vontade objetiva* de uma norma, do significado de uma peça ou poema ou das compreensões que

⁶⁸ SILVA FILHO. *O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal*, p. 8.

⁶⁹ DWORKIN. *Justice for hedgehogs*, p. 123.

⁷⁰ Dworkin está desenvolvendo um trabalho iniciado, de forma mais direta, em 1977, com a publicação de *Taking rights seriously* (em português, DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 429 e ss), especialmente o Capítulo 13 (“*Os direitos podem ser controversos?*”). Esta parte de seu pensamento poderia ser chamada de a “tese da única resposta correta”. Discussões sobre esta tese podem ser encontradas em Meyer (*A decisão no controle de constitucionalidade*, p. 297 e ss) e, de modo aprofundado, no trabalho monográfico de CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

⁷¹ Dworkin (*Justice for hedgehogs*, p. 450, nota 2) não está dizendo que a interpretação tem o exato mesmo sentido do processo pelo qual cientistas lidam com dados: “*For example, I do not argue that my account of interpretation in this chapter fits what is often called the interpretation of data by scientists. But perhaps it does. We might treat scientific interpretation as what I later call explanatory interpretation*” (Tradução livre: “Por exemplo, não sustento que minha perspectiva da interpretação neste capítulo se adéqua a o que é em geral chamado de interpretação de dados pelos cientistas. Mas talvez se adéque. Devemos tratar a interpretação científica como aquilo que mais tarde chamarei de interpretação explicativa”).

conformam um evento. À primeira vista, intérpretes parecem assumir quase sempre que uma interpretação é correta ou incorreta, fundada ou infundada, assim como verdadeira ou falsa; entretanto, pode ser que eles não consigam resistir à assertiva de que uma interpretação pode não ser *realmente* correta. Por exemplo, pode-se pensar, de uma perspectiva não jurídica, que a anistia de 1979 teria abrangido torturadores, mas, ao mesmo tempo, considerar que esta não seria, de fato, a interpretação adequada. Em termos artísticos, nenhum intérprete precisa considerar que sua atuação é a correta em prejuízo de quaisquer outras – é aquilo que Dworkin chama de *ceticismo interior*⁷². Contudo, seria estranho que um crítico de cinema ou música se visse obrigado a colocar lado a lado interpretações que não lhe parecem ser todas válidas. Ou que um mesmo juiz citasse, ainda que à guisa de *obiter dicta*, diferentes interpretações que seriam também elas corretas ao lado daquela que ele estabelece como parte dispositiva da sua decisão – não é nem preciso dizer o quanto disto temos visto nos votos analisados.

Desse modo, uma fenomenologia da interpretação deve observar que ela almeja a verdade. Mas da mesma maneira com a qual se reivindica verdade para convicções morais, muitas vezes isto é feito de forma inepta. Vários juristas evitam dizer que uma interpretação é a correta em prejuízo de outras errôneas, evitando afirmar que seus colegas estão errados ou que existe apenas uma interpretação correta. Não há qualquer sentido nisto: se uma interpretação é a melhor, significa que outras são inferiores e é ilógico supor que “algumas outras” poderiam não sê-lo. É assim que funciona o *ceticismo exterior*: não há apenas uma correta interpretação de um texto, mas diferentes interpretações para agradar pessoas diferentes. Contra esta assertiva, Dworkin já levantara anteriormente uma antiga demonstração de contradição em seus próprios termos: dizer que não há resposta correta já é uma reivindicação interpretativa que se assume como a verdadeira, ou seja, é preciso distinguir *incerteza* de *indeterminação*. Sua preocupação, pois, continua a ser com o *ceticismo*

⁷² “Dworkin irá, então, reforçar a existência de uma resposta correta, distinguindo, novamente, os teóricos que defenderiam a tese de que não há uma resposta correta. Há um ceticismo interior e um ceticismo exterior a respeito da resposta correta. O cético interior apresenta-se como uma posição dentro da atividade interpretativa, mas autônoma em relação a melhor interpretação de algo. Seu interesse é a própria substância das afirmações que contesta. Ele acredita que é possível interpretar; o problema é que ele objeta contra todas as demais interpretações que possam ser oferecidas sobre um objeto. Ninguém pode estar realmente certo sobre uma questão de direito, uma vez que não existem padrões objetivos de imparcialidade e justiça.
[...]

O ceticismo exterior paira em torno da atividade interpretativa. É uma teoria metafísica e não uma teoria interpretativa. Trata-se do argumento da controvérsia, acima referido e refutado, cuja base é a tese da demonstrabilidade. Esse tipo de ceticismo, para Dworkin, não ameaça qualquer projeto interpretativo” (MEYER. *A decisão no controle de constitucionalidade*, p. 325-326, destaques do original). Logo abaixo explicaremos melhor como Dworkin combate este ceticismo exterior.

interior: é possível interpretar, mas não é possível encontrar uma interpretação correta, pois não há padrões de justiça ou de qualquer outra virtude.

A questão é saber em que consiste a falsidade ou a correção de uma interpretação. Intérpretes realmente discordam não só sobre as respostas que apresentam, mas também sobre eventuais “métodos” a utilizar. Há outros problemas: uma interpretação costuma ser reivindicada pelo intérprete como a correta – mas se lhe é perguntado o porquê, normalmente florescem metáforas do tipo “esta é a interpretação que ‘decorre’ do texto”. Por que não conseguir explicar o que seja esta correção? Não se pode pensar que julgamentos interpretativos são “um pouco” corretos. Uma resposta comumente apresentada é a de que tal verdade está localizada no estado mental ou psicológico de uma ou mais pessoas. Ou seja, saber se a Lei de Anistia anistiou ou não agentes públicos praticantes de crimes é conhecer o que o legislador (o Executivo) de 1979 quis exatamente fazer.

E isto independe de se tal vontade era clara ou não. Basta verificar abstratamente se esta seria uma vontade imputável ao legislador ou não. O problema da verdade, nesta ótica, se esvai: interpretações são verdadeiras porque são as intenções de pessoas como todos nós. Se ampliarmos esta tese, contudo, ela falha. Em uma *interpretação conversacional*⁷³, ela pode até ser bem sucedida. Na *interpretação histórica* ela é implausível; na *interpretação jurídica*, tornou-se quase axiomático, pelo menos para a hermenêutica contemporânea, que a “vontade subjetiva” de uma lei não pode consistir em tentar saber o que pensava um membro de um Parlamento quando aprovou a mesma⁷⁴.

Esta é uma teoria que hoje é desmistificada pelo que se chamou de “falácia intencional”. Publicado um texto ou um trabalho de arte, seu autor não é mais seu dono do que o público em geral. Citando Ricouer, Dworkin irá dizer que o autor é somente o primeiro leitor de sua obra. Assim, ele proporá uma teoria diferente da interpretação, uma teoria capaz de realizar um “tênuo balanço” entre a busca pela verdade na interpretação, seu caráter

⁷³ Dworkin diferencia alguns tipos de interpretação: “A ocasião mais conhecida de uma interpretação – tão conhecida que mal a reconhecemos como tal – é a conversação. Para decidir o que uma outra pessoa disse, interpretamos os sons ou sinais que ela faz. A chamada interpretação científica tem outro contexto: dizemos que um cientista começa por coletar dados, para depois interpretá-los. Outro, ainda, tem a interpretação artística: os críticos interpretam poemas, peças e pinturas a fim de justificar algum ponto de vista acerca de seu significado, tema ou propósito” (DWORKIN. *O império do direito*, p. 60-61).

⁷⁴ “Many legislators do not understand the statutes they vote on, and those who do are as often moved by their own political motives – to please constituents, financial backers, or party leaders – as by any principles or policies that a lawyer might attribute to what they enact” (DWORKIN. *Justice for hedgehogs*, p. 129-130). Tradução livre: “Muitos legisladores não compreendem as leis que votam e aqueles que o fazem são quase sempre movidos por seus próprios motivos políticos – agradar eleitores, financiadores ou líderes partidários – assim como por quaisquer princípios ou políticas que um jurista possa atribuir àquilo que eles aprovaram”.

inefável ou indizível e o incontornável choque de opiniões a respeito de onde está a verdade. A interpretação é um fenômeno social: só se pode interpretar porque é possível aderir às práticas e tradições envoltas em cada tipo de interpretação. Só se pode discordar de um resultado interpretativo porque ambos os intérpretes estão inseridos na mesma empreitada social que compele a uma busca pela verdade. Práticas interpretativas não são exercícios despojados de sentido: algo de valor⁷⁵ é oferecido e formado quando opiniões são defendidas ou apresentadas. “*We accept a responsibility, as interpreters, to promote that value*”⁷⁶. Assumindo uma tarefa interpretativa, damos sentido e buscamos realizar o propósito do gênero interpretativo a que nos juntamos, um propósito assentado em um determinado valor.

É preciso, pois, identificar o propósito de uma determinada prática interpretativa; em seguida, a interpretação alcançará a verdade a respeito de um objeto interpretado na medida em que realizar tal propósito. Três estágios podem ser aqui separados: a) em primeiro lugar, deve-se individualizar a prática social; b) em segundo lugar, após tal identificação, é necessário atribuir propósitos a tal gênero interpretativo; e, c), em terceiro

⁷⁵ De modo algum se pode pressupor que Dworkin está se referindo ao termo “valor” no mesmo sentido de uma “jurisprudência de valores” ou da equivalência entre princípios e valores, como pretende Alexy (Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993). O caráter normativo e impositivo tanto do direito quanto da moral não foram refutados por Dworkin nem em suas mais recentes obras. Apenas à guisa de esclarecimento, veja-se que ele mantém a mesma distinção habermasiana entre ética e moral e que, na confusão entre o *bom* e o *justo*, pode levar a esta enganosa assimilação: “*Neste livro distingo a ética da moralidade. A ética, conforme emprego o termo, contém convicções sobre qual tipo de vida são boas ou ruins para a pessoa levar, e a moralidade, contém princípios sobre como a pessoa deve tratar as outras pessoas. Assim, a questão de que trato é se a comunidade política deve recorrer ao direito penal para obrigar seus membros a levar o que a maioria julga ser a vida boa, e não se deve recorrer à lei para obrigá-los a se comportar de maneira justa para com os outros*” (DWORKIN. *A virtude soberana*, p. 291, nota 1). Ver também DWORKIN, Ronald. Interpretation, morality and truth. UCL Department of Political Science. Disponível em < <http://www.ucl.ac.uk/spp/seminars/0203/lsp.php>. Acesso em 12 mai. 2004, p. 19, no qual ele se refere a Bernard Williams a respeito da distinção. Na discussão de longa data que trava com Richard Posner, Dworkin adotou o termo “consequencialista” para refutar um ponto de sua teoria que, segundo ele, o representante da Escola de Chicago teria compreendido mal; isto, entretanto, não coloca em jogo nenhuma das suas premissas teóricas, pois o conjunto de consequências imaginado por quem reivindica integridade no direito é que normas sejam cumpridas no sentido que melhor realize a comunidade de princípios: “*É importante fazer distinção, porém, entre dois contrastes muito diferentes que ele [Posner] possa ter em mente. Ele pode pretender dizer que o raciocínio jurídico deve ser consequencial e não deontológico, ou que deve estar associado ao bem-estar em vez de ser consequencial em algum outro sentido. [...] Na teoria moral é uma questão central saber se é imperativo fazer o que vai gerar um pior estado de coisas – se devemos sempre dizer a verdade, por exemplo, mesmo quando, ao mentir, podemos evitar um estado de coisas pior em todos os sentidos – pior, inclusive, porque mais mentiras estão sendo ditas. O consequencialista afirma que não somos nunca moralmente ordenados a agir de uma maneira que gere consequências piores, e o deontologista afirma que às vezes é assim que precisamos agir. (O argumento é mais complexo do que essa descrição deixa transparecer, mas é suficiente para esclarecer meu ponto de vista.) Se Posner tiver em mente esse contraste, é porque entendeu mal a abordagem teórica que defendo, que é claramente consequencial, e não deontológica. É consequencial em seu sentido geral: visa a uma estrutura do direito e da comunidade que é igualitária no sentido que tentei descrever em meu livro O império do direito. E é consequencial no detalhe: cada argumento jurídico interpretativo tem por finalidade assegurar um estado de coisas que, de acordo com princípios incorporados à nossa prática, seja superior às alternativas [...].*” (DWORKIN. *A justiça de toga*, p. 88-89).

⁷⁶ DWORKIN. *Justice for hedgehogs*, p. 131. Tradução livre: “Nós aceitamos uma responsabilidade, como intérpretes, de promover este valor”.

lugar, deve-se destacar a melhor realização dos propósitos em uma situação particular. Dentro de cada comunidade social, haverá diferentes níveis de convergência interpretativa que variarão e demonstrarão se a interpretação nasce dentro da própria comunidade. O nível de convergência exigido diminui na medida em que se avança pelos três estágios sequenciais. *Não há critérios pré-determinados para assinalar o nível de exigência requerido.* Dworkin está ciente da complexidade e abstração de sua descrição da relação entre interpretação e verdade: ele assume que tal perspectiva analítica enfrenta dois problemas, ou seja, o de que poucos intérpretes são conscientes de uma teoria própria acerca dos limites da interpretação e, lado outro, o de que nenhuma reconstrução que possa ser feita conseguirá reduzir o sentido desenvolvido pelo intérprete ao longo de sucessivos processos interpretativos que, em geral, não são articulados como pede uma teoria.

No campo jurídico, um delineamento mais abstrato pode sugerir que o valor por detrás da interpretação de leis é o de que juristas devem atender ao propósito de, a cada interpretação, tornar sua comunidade mais justa, mais sábia e mais equânime. Para tornar mais concreta a problemática, é preciso reconhecer que a definição da interpretação adequada passará por discussões a respeito de quem tem legitimidade para impor tal interpretação; se juízes não eleitos podem ser os reveladores do significado do direito vigente. Ou seja, divergências interpretativas podem denunciar que há algo muito mais profundo a respeito do propósito de uma prática social: em nosso caso, interpretar a anistia de 1979 sob os auspícios da Constituição de 1988 não é somente discutir responsabilidades penais que devam ser assumidas, mas, mais do que isso, significa imprimir um determinado sentido ao projeto constitucional em vigor.

É preciso, pois, evidenciar a integração que se faz presente entre os diversos estágios. A interpretação passa a ter um sentido holístico, na medida em que o intérprete busca aliar valores de pano de fundo e interpretações concretas. Ainda assim, o esqueleto desenhado por Dworkin detém importância por permitir enxergar o vínculo entre valor e padrões de interpretação. A teoria do valor procura tornar sensíveis uma à outra respostas às perguntas sobre o significado de um objeto e sobre qual o tipo de valor que um objeto tem em si e para nós. O resultado é que se o pano de fundo de valores de um intérprete muda, muda também uma série de interpretações concretas que ele pode apresentar. Para tornar mais plausível sua proposta, Dworkin estabelece uma nova série de distinções presente em diversos gêneros interpretativos.

A *interpretação colaborativa* parte do princípio de que o objeto é um projeto elaborado por um autor e que o intérprete deve levar adiante tal projeto. É o caso exemplar da interpretação jurídica: mesmo que o juiz entenda que ele está totalmente subordinado ao autor legislativo, é este o sentido de justiça que o primeiro pensa compartilhar com o último. Aqui ele enxerga no autor a assunção de um valor que ele, intérprete, entende que uma lei ou um poema devem ter.

A *interpretação explicativa* parte do princípio de que um evento tem um significado particular para a audiência que ouve o intérprete; este seria o caso da interpretação histórica, em que não há propriamente um projeto compartilhado entre os que a viveram e os que a investigam para as gerações atuais. Valores estão presentes neste tipo de interpretação em diversos níveis. É possível atribuir diversos propósitos aos participantes de um evento histórico – por exemplo, se eles desejavam ou não anistiar autores de *crimes contra humanidade* quando aprovaram uma lei de anistia. No que tange a este papel desempenhado pelo historiador, pode-se verificar que também ele segue movido por um determinado valor.

Já a *interpretação conceitual* parte do pressuposto de que o intérprete busca o significado de um conceito criado e recriado pela comunidade como um todo da qual ele faz parte. Neste último caso, desaparece a distinção entre *autor* e *intérprete*, mas não porque este pode fazer o uso que desejar do conceito, mas porque a interpretação que ele define como correta alterará a questão interpretativa que futuros intérpretes enfrentarão⁷⁷.

Outra série de distinções é necessária para se saber se uma determinada interpretação é capaz ou não de prejudicar – ou se ela é complementar ou dependente de – outras interpretações concorrentes. Pense-se em uma discussão sobre o caráter da interpretação literária em que, de um lado, críticos entendam que a correta interpretação supera os limites do tempo; de outro lado, críticos podem defender que a interpretação é constantemente redesenhada por leitores e artistas e que ela não pode ser freada pela história social; por fim, e na última ponta, pode-se considerar que nenhuma dessas interpretações é conflitante uma com a outra⁷⁸. É importante, neste caso, retornar ao segundo estágio da interpretação evocado por Dworkin, aquele respeitante aos valores que críticos atribuem a uma prática que parecem compartilhar: no caso da crítica literária, os críticos vêem seu trabalho como um instinto de tradição com valores e, portanto, responsabilidade. A

⁷⁷ DWORKIN. *Justice for hedgehogs*, p. 136.

⁷⁸ Dworkin (*Justice for hedgehogs*, p. 140-141) está se referindo aqui ao debate sobre a interpretação de “Ricardo II” de Shakespeare que pode ser vislumbrado a partir das posições de Dover Wilson, Stephen Greenblatt e E. D. Hirsh.

divergência está em quais *valores* são compartilhados e quais as *responsabilidades* que estão em jogo. Este quadro pode ser estendido à interpretação judicial. Juízes detêm responsabilidades no cenário em que se inserem. Ocorre que suas teorias a respeito de tais responsabilidades estão em um conflito muito mais direto do que as interpretações concretas que propõem.

As inúmeras escolas ocidentais sobre a interpretação judicial cooperam para ilustrar esta perspectiva, uma vez que a responsabilidade e a tradição assumidas pelo Poder Judiciário aparecem claramente. Desde o mero silogismo, passando por uma Escola Histórica do Direito, até a interpretação econômica, fica fácil verificar a competição entre tais correntes porque demandas institucionais e consequências dos julgamentos permanecem na medida em que aquelas escolas mudam. Um exemplo marcante coloca em evidência as ambições de Dworkin a respeito de sua teoria como um todo: crítico de longa data do *Critical Legal Studies*⁷⁹, ele reconhece que é possível ver neste movimento apenas o exercício de uma *interpretação explicativa* sobre as razões que levam grupos políticos e econômicos a dominar o modo como o direito é produzido pelos juízes. Esta concepção não seria incompatível com a *interpretação colaborativa* que procura retratar o direito como parte de um conjunto coerente de princípios:

Pelo contrário, os dois empreendimentos podem muito bem ser considerados complementares: buscar aperfeiçoar o direito tanto por desmistificar as origens da doutrina quanto por, então, conformar a doutrina por meio de uma interpretação iluminada por fins melhores. Não há nenhum conflito entre encontrar as causas da legislação na ganância e interpretar aquela legislação de forma a frustrar esta ganância; parece um pouco tolo negar a primeira e não insistir na segunda.⁸⁰

O que nos coloca, por outro lado, uma questão direta: encontrar as razões pelas quais a Lei de Anistia fora aprovada significa impedir uma interpretação consentânea com a

⁷⁹ O movimento do *Critical Legal Studies* surge no início da década de 1980 e é em parte representado pelo professor brasileiro de Harvard Roberto Mangabeira Unger; de uma maneira bastante grosseira, o *CLS* tende a ver o sistema de direitos não como um sistema em verdade, seguindo as leis uma racionalidade meramente instrumental e sendo as mesmas apenas o resultados de jogos do poder político. Para tanto, ver UNGER, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies Movement*. *Harvard Law Review*, vol. 96, nº 3, 1983, p. 563-675. Dworkin (*O império do direito*, p. 330-331) é implacável em alguns pontos contra esse movimento herdeiro do realismo jurídico: “*Temos muito a aprender com os exercícios críticos que propõem, com seus fracassos e sucessos. Isso pressupõe, porém, que seus objetivos são aqueles do direito como integridade, que trabalham para descobrir se, e até que ponto, os juízes têm, diante de si, caminhos abertos para aperfeiçoar o direito ao mesmo tempo que respeitam as virtudes da fraternidade que a integridade serve. São esses, de fato, os objetivos de pelo menos alguns membros do movimento. Outros, porém, podem ter um objetivo diferente e oposto. Talvez queiram mostrar o direito em sua pior, e não em sua melhor luz, apontando para caminhos fechados que, na verdade, estão abertos, avançando para uma nova mistificação a serviço de objetivos políticos não revelados*”.

⁸⁰ DWORKIN. *Justice for hedgehogs*, p. 144. Tradução livre de: “*On the contrary, the two enterprises might well be thought complementary: aiming to improve law both by demystifying the origins of doctrine and then bending doctrine through enlightened interpretation to better ends. There is no conflict in finding the causes of legislation in greed and interpreting that legislation so as to thwart greed; it takes rose-colored glasses to deny the first but not to insist on the second*”.

Constituição de 1988 e do Direito Internacional dos Direitos Humanos? Para o Supremo Tribunal Federal, a resposta seria positiva e continuaríamos amarrados por uma *interpretação conversacional* que deveria, a nosso ver, ser substituída, ao menos, por uma *interpretação colaborativa*.

Voltando ao problema do *Critical Legal Studies*, a questão é que o próprio movimento não vê esta complementariedade imaginada por Dworkin. Há adversidades que colocam em jogo, pois, a concepção que o movimento tem das responsabilidades de uma teoria jurídica. Então, o que poderia ser complementar passa a ser conflitante. Isto poderia sugerir um enfraquecimento da tese da existência da verdade em interpretação: não há uma única verdade e um objeto pode apenas apresentar leituras das mais diversas. Mas mesmo o relativismo falha: suas negativas de que não existe uma resposta correta ou de que cada resposta depende de um contexto que é, ele mesmo, variante, têm, todas elas, a mesma pretensão de uma resposta que se quer correta. Além disto, é preciso perguntar por que as premissas de um determinado contexto não são melhores que as premissas de outro. Dworkin⁸¹ oferece dois interessantes exemplos a partir do cinema. Dois filmes de Michael Haneke, *A fita branca* e *Caché* (em português) retratam crimes cujos autores não são identificados. Ora, a melhor interpretação destes filmes é a de que realmente não há resposta sobre quem sejam os criminosos, que o “mundo ficcional” é incompleto em um sentido que o “mundo real” não é.

Desse modo, a teoria do valor na interpretação proposta por Dworkin refuta que a interpretação jurídica possa ser reduzida a uma análise psicológica das intenções do legislador, ou seja, que ela possa se resumir a uma *interpretação conversacional*. Ela é mais do que isto. Além disto, a teoria do valor também coopera na combinação entre verdade e interpretação. Se intérpretes aceitam que há um complexo de valores por detrás da interpretação que empreendem, então eles devem pressupor que esta interpretação é melhor do que outras. Se é possível que haja uma verdade objetiva a respeito dos valores que alimentam uma prática social, é possível que haja verdade objetiva em uma interpretação.

O pensamento de Dworkin nos ajuda a entender que é plausível, sob um critério de coerência e integridade, alcançar uma resposta correta interpretativa a respeito do que a anistia pode significar no contexto democrático atual. O que não quer dizer que haja na lei de 1979 um significado inerente que dispense o trabalho de uma *interpretação colaborativa* (e, também, *conceitual*, no sentido de *comunidade de princípios* que

⁸¹ DWORKIN. *Justice for hedgehogs*, p. 146.

estabelecemos a partir de 1988). Daí a crítica de Silva Filho⁸² dirigida para a possibilidade aventada pelo voto do Ministro Ayres Britto segundo a qual poderíamos realmente ter anistiado *crimes contra a humanidade* praticados durante a ditadura se o fizéssemos de forma escancarada e não velada. Apenas o recurso a métodos já superados da hermenêutica jurídica poderia ser compatível com esta noção redutora da complexidade do processo interpretativo.

4.3 – Legalidade autoritária e sua infringência

Como um último argumento a ser considerado, o Ministro Ayres Britto apontou que as Forças Armadas, após a tomada do poder, teriam se preocupado em garantir legalmente sua atuação. Nas suas palavras, a lei seria, inclusive, o fundamento dos princípios de hierarquia e disciplina e, por isto, foi necessário instituir uma ordem jurídica com base em atos institucionais e complementares, ainda que esta ordem fosse autoritária e não democrática. Entretanto, aqueles agentes públicos que praticaram infrações penais violaram não só a legalidade democrática de 1946, mas também a *legalidade autoritária*.

É curioso observar, contudo, que esta mesma *legalidade autoritária* era incapaz de lidar com a suposta imposição dos fatos que tantas vezes serviu de escusa para o regime ditatorial. Um mês antes da posse do General Ernesto Geisel na Presidência da República, ele manteve uma conversa reservada com um de seus futuros Ministros (do Exército), Dale Coutinho, e, após ressaltar que não abriria mão do AI-5, tornou lúcida a ideia de que a (i)legalidade seria uma das características de seu governo – como de toda a ditadura:

Finalmente, Geisel chegou ao ponto que Coutinho esperava: “Agora vamos ver [...] o problema da subversão nossa. Bom, eu acho que a subversão continua. Esse negócio não se acabou. Isto é um vírus danado que não há antibiótico que liquide com facilidade. Está amainado. Está resolvido. Você vê, de vez em quando há uma desarticulação, morre gente, ou é presa, ele continua a se movimentar. [...] E fazem uma propaganda externa tremenda contra o Brasil”.

O general fechou a guarda: “[...] Repare o seguinte. Que antes de 64 não havia propaganda praticamente nenhuma contra nós. E ninguém mais investia no nosso país. Hoje, com toda essa propaganda que há, quem tem, quer vir investir no nosso Brasil, que é obrigado a fazer um estudo mais detalhado sobre o nosso país, ele não titubeia e vem. [...]”

Geisel manteve-se na posição : “Temos que dar valor relativo a isso”.

Dale Coutinho também: “A resposta é o nosso progresso. Porque isso para mim é coisa de dom Helder, dessa turma progressista por aí. Eu acho que ninguém que tivesse vontade de empregar dinheiro no Brasil, teria deixado de empregar”.

Geisel recuou: “[...] o Brasil hoje em dia é considerado um oásis. É a área mais procurada. [...]”

Coutinho tinha o recado do porão: “E eu que fui para São Paulo logo em 69, o que eu vi naquela época para hoje... Ah, o negócio melhorou muito. Agora, melhorou, aqui entre nós, foi quando começamos a matar. Começamos a matar”.

⁸² SILVA FILHO. *O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal*, p. 5.

Geisel: “Porque antigamente você prendia o sujeito e o sujeito ia lá para fora. [...] Ó Coutinho, esse troço de matar é uma barbaridade, mas eu acho que tem que ser”⁸³.

O diálogo revela que, do mais alto escalão da autoridade militar para baixo, a *legalidade autoritária* se apresentava como algo necessário, porém dispensável quando o arbítrio tivesse que falar mais alto.

Anthony Pereira⁸⁴ defende a tese que a *legalidade autoritária* no Brasil demonstrou um maior consenso entre autoridades militares e Poder Judiciário do que em exemplos como o do Chile, da Argentina e do Uruguai. Isto poderia ter provocado a cisão existente na consolidação de uma verdadeira ordem constitucional no Brasil em virtude da clara manutenção do *status quo* anterior a 1985 nos anos que se seguiram. Afinal de contas, o Brasil é, na América Latina, o maior exemplo de insucesso, na totalidade, de instrumentos da *justiça de transição*. Instituições e história parecem ser as fontes para o conhecimento das razões pelas quais um Estado comandado pela força resolve, apesar disto, não seguir nesta toada e recorrer a critérios “jurídicos” para justificar suas ações. Daí a necessidade de se observar o efetivo grau de integração entre quem determina o cumprimento coercitivo das leis – ou seja, o Judiciário – e as instituições militares que tomam o poder à força.

É preciso, contudo, não proceder a uma mera análise numérica para a identificação deste grau de consenso. Há fatores políticos, como organização da oposição, que contribuem para resultados diferentes a respeito do que aconteceu no Brasil, no Chile ou na Argentina. Da perspectiva jurídica, contudo, uma mera análise sociológica não pode ser privada de uma abordagem normativa, principalmente quando o que está em jogo são direitos humanos e sua consolidação por meio de uma análise performativa da memória. É preciso cautela para não transformar seres humanos em números desprezíveis. Daí que termos como “ditabranda”⁸⁵ relativizam sistemas políticos e tornam assimiláveis violações a direitos⁸⁶.

⁸³ GASPARI. *A ditadura derrotada*, p. 324, destaques nossos. A transcrição é de uma conversa em que Geisel sabia da gravação. O autor e jornalista Elio Gaspari a obteve em meio a cerca de 220 horas de gravações de fitas cassetes a ele repassadas por Heitor Ferreira, antigo assessor de Golbery do Couto e Silva. Fica difícil, pois, em meio à organização exigida para a vida militar, imaginar que não há mais documentos ou que a totalidade de documentos referentes ao período foram consumidos pelo fogo ou pelo tempo impunemente.

⁸⁴ PEREIRA. *Ditadura e repressão*, p. 26.

⁸⁵ A Folha de São Paulo, em editorial de 2009, utilizou escancaradamente o termo: “*Tamanha margem de arbítrio para manipular as regras do jogo é típica de regimes autoritários compelidos a satisfazer o público doméstico, e o externo, com certo nível de competição eleitoral. Mas, se as chamadas “ditabrandas” - caso do Brasil entre 1964 e 1985- partiam de uma ruptura institucional e depois preservavam ou instituam formas controladas de disputa política e acesso à Justiça-, o novo autoritarismo latino-americano, inaugurado por Alberto Fujimori no Peru, faz o caminho inverso. O líder eleito mina as instituições e os controles democráticos por dentro, paulatinamente*”. Posteriormente, por meio de seu Diretor de Redação, procurou “desculpar-se”, mas manteve a concepção relativizante: “*Do ponto de vista histórico, porém, é um fato que a ditadura militar brasileira, com toda a sua truculência, foi menos repressiva que as congêneres argentina, uruguaia e chilena -*

ou que a ditadura cubana, de esquerda.” O editorial e a posterior retificação encontram-se, respectivamente, em: <<http://diariohermes.wordpress.com/2009/02/25/o-editorial-ditabranda-da-folha-de-sao-paulo/>> e <<http://portalimprensa.uol.com.br/colunistas/colunas/2009/02/25/imprensa374.shtml>>.

⁸⁶ Daí não se concordar com as seguintes palavras de Pereira (*Ditadura e repressão*, p. 287, destaques nossos): “O sistema híbrido de justiça militar vigente no Brasil, forjado bem antes do regime militar, foi usado pelos militares, em 1965, para levar civis aos tribunais. A justiça impôs às forças de segurança exigências relativas à manutenção de registros que, embora não tenham suprimido práticas arbitrárias, tornaram a ocorrência de violência letal menos provável do que teria sido num sistema desprovido desses procedimentos. O fato de que esse sistema já existia antes significou que, mesmo quando houve um endurecimento da repressão, em fins de 1968, o resultado não fosse uma guerra suja de grandes proporções. Os suspeitos de filiação à esquerda armada, ao contrário, eram levados a julgamento nos tribunais militares, e um número relativamente pequeno deles foi morto”.

CAPÍTULO V – O VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO

O Ministro Celso de Mello iniciou seu voto destacando a ocorrência de verdadeiro golpe de Estado em 1964 e criticando a arbitrariedade do regime com a adoção do AI nº 5/1968. Observou ele, ainda, que a intervenção de militares no domínio político comprometeu o desenvolvimento e o asseguramento de liberdades fundamentais, cerceando a possibilidade de dissenso e de exercício da cidadania. Além disto, mencionou que os atos institucionais, infensos a qualquer controle jurisdicional, davam carta branca ao Executivo; com isto, “[...] *personagens sinistros e instituições sombrias* [...] praticaram atos de “[...] *inaudita vilania* [...]”¹, como homicídios, seqüestros e desaparecimento forçado. O tom com que o Ministro iniciou seu voto – não aquele com o qual ele o finalizou – já dava amostras de um problema recorrente no pós-1988 (dispensável mencioná-lo para antes desta data): a dificuldade de instituições civis lidarem com o desmando de instituições militares.

O próprio Ministro Celso de Mello seria colocado, algum tempo depois da decisão ora analisada, diante de uma situação deste quilate. No julgamento da Medida Cautelar no HC nº 110.237/PA², ele se viu diante da recorrente contrariedade do Superior Tribunal Militar em aceitar a jurisprudência remansosa do Supremo Tribunal Federal acerca da incompetência da Justiça Militar para o julgamento de crimes de falsificação ou uso de documento falso praticados por civil – *in casu*, o objeto material era a habilitação de arrais-amador, cuja concessão cabe à Marinha. O Ministro destacou a tendência mundial no sentido da extinção de tribunais militares ou do afastamento de sua competência em tempos de paz. Chegou ele, inclusive, a destacar decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos em que ela condena o Chile a adotar medidas que impeçam que um civil possa ser julgado pela justiça militar³. Assim, deferiu a medida cautelar para suspender a decisão do Superior

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 161.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 110.237/PA. Paciente: Carlos Nunes de Azevedo. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília/DF: 12 de setembro de 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC_110.237MC_Decisao.pdf>. Acesso em 12 mar. 2011.

³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentença de 22 de novembro de 2005. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>. Acesso em 13 mar. 2011, p. 100: “*En este sentido, tiene particular relevancia el hecho de que el señor Palamara Iribarne, por ejercer su derecho a expresar libremente sus ideas y opiniones, se vio sometido a la jurisdicción penal militar y, durante toda la tramitación de los procesos que fueron instaurados en su contra, no fue escuchado ni atendido por ninguna autoridad judicial ordinaria que fuera independiente e imparcial. El hecho de ser un civil sometido a una jurisdicción que le era ajena para ser juzgado por la comisión de delitos que*

Tribunal Militar condenatória do paciente civil. Se seu voto, assim como os de seus pares, tivessem sido pela procedência do pedido na ADPF nº 153/DF, talvez o sentimento de impunidade que provavelmente está por detrás de mencionados desmandos evitasse este contencioso entre as Cortes...⁴

Na sequência de seu voto na ADPF nº 153/DF, o Ministro Celso de Mello fez menção aos atos internacionais dos quais a República Federativa do Brasil faz parte e que repudiam a tortura: a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (Decreto nº 40/1991), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (Decreto nº 98.836/1989) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto nº 678/1992). Em seguida, arrolou diversos dispositivos da Constituição de 1988 que se contrapõem aos atos de tortura.

afectan los intereses de la misma institución que tenía que juzgarlo, generó en el señor Palamara Iribarne un sentimiento de indefensión e impotencia ante las actuaciones de las autoridades militares. El señor Palamara Iribarne sabía que los miembros de los tribunales militares formaban parte de la misma institución que denunciaba los supuestos hechos ilícitos, investigaba, recababa y valoraba la prueba en su contra y, a la vez lo juzgaba, así como que dichos miembros se encontraban subordinados por la cadena de mando a las mismas autoridades militares que censuraron su libro y que, con posterioridad, interpusieron denuncias en su contra por la comisión de otros delitos”.

⁴ Isto sem mencionar a celeuma envolvendo o chamado “Clube Militar”, integrado por membros da reserva das Forças Armadas, que divulgou nota de repúdio à Comissão Nacional da Verdade instituída pela Lei nº 12.258/2011, a pronúncia da Ministra da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República Maria do Rosário, assim como desconheceu a autoridade do Ministro da Defesa Celso Amorim. “*Nas últimas semanas, temos observado uma ampla circulação de notas e pronúncias do Clube bem como reações da Presidência da República e do Ministério da Defesa. Resumindo, representantes da reserva das três Forças lançaram nota criticando a presidente Dilma Rousseff por ser complacente com pronúncias de auxiliares diretos favoráveis à punição de torturadores; a presidente pediu ao ministro da Defesa para censurar a nota; o Clube reagiu dizendo que o ministro não tinha autoridade ou legitimidade; a presidente pediu punições, etc. O que está em jogo em meio a esses atos de indisciplina, censura, indelicadeza e falta de civilidade? Vou listar algumas razões.*

Em primeiro lugar, a recorrente defesa militar da Lei da Anistia na forma como foi concebida em 1979 e mantida até hoje por meio de recente decisão do STF. Ou seja, impedindo que os agentes do Estado que praticaram tortura ou outras formas de desrespeito aos direitos humanos sejam levados a julgamento.

Em segundo, a crítica à Comissão da Verdade criada em novembro do ano passado que, sem pretensão punitiva, visa identificar o destino de mortos e desaparecidos no Brasil - cerca de 370. O Clube, assim como alguns partidários da punição aos torturadores, entende que a Comissão pode ser uma brecha para possíveis ações cíveis.

Em terceiro, está claro que embora o Clube seja o porta-voz dos militares para temas corporativos, a Força mais empenhada em manter o status quo é o Exército. Os governos militares foram governos de generais. Os assinantes dos manifestos do Clube são basicamente dessa Força. Menos de 10% dos signatários pertencem à Marinha ou à Aeronáutica. O Exército foi a Força mais envolvida na política e na repressão durante a ditadura civil-militar e a que mais ecoa a ideia de que precisa ser protegida pela “Casa”.

Em quarto, o episódio reflete a falta de comando político e civil dos presidentes eleitos desde o fim da ditadura sobre as Forças Armadas. Todos os presidentes civis foram complacentes com atos de indisciplina e com a inércia que marcam a instituição. Houve uma postura comodista: “Não vamos mexer com os militares porque eles podem causar problemas”. Com isso, manteve-se certa autonomia nas questões militares e incentivou-se as Forças Armadas a continuarem tendo poder de veto em questões políticas” (D’ARAÚJO. Uma voz uníssona e congelada no tempo, p. 1).

À guisa de sistematização e após este intróito, iremos analisar os três principais fundamentos do voto do Ministro Celso de Mello: a distinção entre anistia para crimes comuns e anistia para crimes políticos; a auto-anistia e jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a questão; e, ao fim, a retroatividade penal ante a Constituição de 1988.

5.1 – Anistia para crimes políticos e anistia para crimes comuns

O voto do Ministro Celso de Mello traça uma evolução da transição do regime anterior para a ordem constitucional vigente; esse traçado, bem ao sabor de uma “lenta e gradual distensão”, começaria com a revogação dos atos institucionais e complementares pela Emenda Constitucional nº 11/1978 e passaria por “[...] *soberana deliberação do Congresso Nacional*, [com] **atos concessivos de anistia** (Lei 6.683/79; **Emenda Constitucional** n. 26/85, art. 4º), **realizadores** dos generosos objetivos para os quais esse instituto foi concebido”⁵. “*Indulgência soberana*”, “*interpretação autêntica*”, “*clemência soberana do Estado*” são palavras que soam como o voto do Ministro Eros Grau: baseiam-se em uma concepção inadequada de anistia, obscurecem o processo que levou à elaboração da Lei nº 6.683/1979 e coroam a ideia de que a anistia é um beneplácito conferido pelo Estado. Além disto, ele assinalou que não havia óbice algum para que a anistia fosse concedida a crimes comuns – desse modo, a lei poderia alcançar *crimes conexos* ou outros relacionados a atos de delinquência política ou cuja prática adveio de motivação política.

A consequência foi a desconsideração dos argumentos expendidos na inicial e dos próprios dispositivos da lei. Novamente, a anistia é vista como um *conceito* que admite apenas uma *concepção*. O Ministro Celso de Mello insiste em que o sentido da anistia só poderia ter sido dado pela Constituição de 1967, que não limitou a anistia a crimes políticos, podendo-se, portanto, estendê-la a crimes comuns. Ao promover a extensão, teria havido da parte do legislador de 1979 verdadeira *interpretação autêntica*: já se desconstruiu neste trabalho tanto o argumento de que não poderiam os agentes públicos praticar crimes políticos quanto o da completa superação de uma concepção sobre o processo interpretativo como *interpretação conversacional*.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 169, destaques do original.

O voto ainda repete o argumento de que a Lei de Anistia resultou de um acordo político e que isto impediria qualquer rediscussão do conceito de anistia. Ancorando-se no parecer da Procuradoria-Geral da República, o voto destaca que o amplo debate que antecedeu a lei legitimou a instauração de uma anistia “bilateral”. Ocorre que os debates que antecederam a adoção da lei não visavam uma anistia para agentes públicos, mas apenas para opositores encarcerados ou exilados; e, para ser repetitivo, a expressão “ampla, geral e irrestrita” tinha por destinatários aqueles agentes que não seriam beneficiados por terem pego em armas, é dizer, os destinatários do § 2º do art. 1º da Lei 6.683/1979⁶. Por fim, insiste-se que tal consenso teria sido necessário para possibilitar o retorno à democracia – como se a oposição de esquerda já não tivesse sido dizimada quase seis anos antes.

Ressurgem também os já ventilados fundamentos de outros votos: o parecer do à época Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Sepúlveda Pertence; o método hermenêutico histórico a exigir a análise dos debates parlamentares (como se eles tivessem influência no projeto “empurrado” pelo Executivo naquele momento). Agregue-se, ainda, um segundo “porta-voz” do sentido da anistia como auto-anistia, o opositor e ex-Ministro do STF Paulo Brossard⁷.

Não voltaremos, no momento, a estes mesmo argumentos que já foram criticados em votos de outros Ministros.

5.2 – Auto-anistia e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O voto do Ministro Celso de Mello afirmou em seu voto o reconhecimento do papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos em rechaçar a possibilidade de leis de auto-anistia no continente sul-americano por incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Procurou ressaltar, contudo, que tais leis destinavam-se unicamente a agentes estatais; assim, a lei brasileira de 1979 não seria, exatamente, uma lei de anistia, vez

⁶ “Art. 1º

[...]

§ 2º - *Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.*”

⁷ “**Estejam tranquilos os torturadores. O ‘caráter bilateral’ da anistia os beneficiou: estão eles a salvo da lei penal pelos crimes que tenham cometido. O fato da tortura, porém, é inapagável. É uma nódoa histórica que a anistia desgraçadamente não apaga. Antes apagasse**” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 182, destaques do original).

que teria procedido à já bastante questionada anistia “bilateral” ou “anistia de mão dupla”⁸. Insistiu-se, novamente, no argumento de que o contexto de produção de Lei n° 6.683/1979 foi diverso daquele em que aprovadas as leis anistiadoras do Chile, do Uruguai e da Argentina e que isto impediria a invalidação no caso brasileiro (veremos, mais adiante, como a Corte Interamericana rechaça esta interpretação mesmo para o Brasil). Além disto, diplomas internacionais como a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes seriam posteriores ao mencionado dispositivo normativo, o que impediria a aplicação de legislação mais gravosa para os agentes brasileiros. Analisemos, antes de passar a este último argumento, alguns dos casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos mencionados no voto do Ministro Celso de Mello.

Já em 1998, ao julgar o caso *Loayza Tamayo*⁹, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CteIDH) já havia fixado as premissas de sua jurisprudência em desfavor das leis de auto-anistia. Em 6 de fevereiro de 1993, María Elena Loayza Tamayo foi detida, juntamente com um familiar, Ladislao Alberto Huamán Loayza, por membros da DINCOTE (*División Nacional contra el Terrorismo*). Ela seria supostamente colaboradora do grupo Sendero Luminoso; sua prisão foi determinada sem ordem judicial após a denúncia de Angélica Torres García, esta fundada na “*Ley de Arrepentimiento*” (Decreto-Lei n° 25.499), que concedia benefícios de redução, remissão ou exclusão de pena para autores de crime de terrorismo em casos de delação. Durante os vinte dias em que se viu privada também de ser colocada à disposição do juízo competente, ela permaneceu incomunicável, foi torturada e estuprada. Tendo em vista o Decreto-Lei n° 25.659, a ela foi denegado o acesso à ordem de *habeas corpus* por ter cometido supostamente delitos de traição à pátria. Em 26 de fevereiro de 1993, ela foi apresentada à imprensa e “assumiu” os delitos a ela imputados. O Tribunal Supremo Militar Especial, contudo, acabou por absolvê-la; na justiça comum, ignorando-se a coisa julgada, ela viria a ser condenada pelo crime de terrorismo a vinte anos de pena privativa de liberdade.

A CteDIH decidiu, em primeiro lugar, que a suspensão de garantias fundamentais em tempos de guerra permitida pelo art. 27 da Convenção Americana de

⁸ “Assim sendo, o voto utilizou somente a reprovação internacional às leis de autoanistia, deixando de lado que a Corte de San José e outros órgãos internacionais condenam a impunidade dos violadores bárbaros de direitos humanos tout court, não importando a questão formal da origem da lei de anistia (se por “acordo” ou autoanistia)” (RAMOS. *Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*, p. 189).

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf>. Acesso em 12 mar. 2012.

Direitos Humanos deve ser informada aos demais Estados-Partes por meio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos – isto, contudo, não é o bastante. Referido dispositivo não inclui a liberdade pessoal entre os direitos passíveis de suspensão – como também suas garantias correlatas, seja o *habeas corpus*, seja o recurso de amparo em alguns países. Além disto, a integridade física e psicológica de Loayza Tamayo restou violada e este fato foi reconhecido pelo próprio Estado, assim como seu direito à presunção de inocência previsto no art. 8.2 da Convenção, como também a garantia contra um duplo julgamento sobre os mesmos fatos. Assim, o Estado foi condenado a colocar a cidadã peruana em liberdade e a indenizá-la pelos prejuízos sofridos.

Foi, contudo, em um julgado referente aos mesmos fatos realizado em 1998¹⁰, mas agora discutindo especificamente a questão das reparações, que a CteIDH discutiu a problemática da auto-anistia¹¹. Em suas reivindicações sobre o caso, Loayza Tamayo também pleiteou a investigação e punição dos responsáveis pela violação de seus direitos. O Estado Peruano alegou em seu favor as Leis de auto-anistia 26.479 e 26.492 (detalhadas mais abaixo), argumento este que foi duramente rechaçado pela CteIDH. É de todo Estado signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos investigar violações de direitos humanos, processar os responsáveis e evitar a impunidade.

No caso *Barrios Altos*¹², a CteIDH se debruçou as omissões do Estado peruano ante os fatos ocorridos no dia 3 de novembro de 1991 no bairro de Barrios Altos na cidade de Lima. Seis homens fortemente armados adentraram em uma propriedade em que se realizava uma festa para arrecadar fundos para a reforma do edifício; eles chegaram em duas caminhonetes que tinham luzes e sirenes policiais, apagadas tão logo se aproximaram do local. Lá, obrigaram os presentes a deitar-se no chão e dispararam por cerca de dois minutos contra todos, matando quinze pessoas, ferindo quatro e deixando uma destas inválida. As

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Loayza Tamayo vs. Perú. Sentença de 27 de novembro de 1998. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf>. Acesso em 12 mar. 2012.

¹¹ Uma crítica percuciente a respeito da validade de uma auto-anistia é aquela que parte da premissa de que o detentor do poder punitivo não pode ser, ele mesmo, aquele a escapar da responsabilização que ele tanto exige: “*Quem (se) outorga uma autoanistia assume a posição do titular do Direito punitivo cujo exercício se renuncia em circunstâncias em que sobre esse mesmo sujeito recai o dever correlativo de suportar a respectiva prestação punitiva. O qual, na terminologia do Direito privado, teria que acarretar uma extinção dessa obrigação por “confusão” dos sujeitos ativo e passivo. Mas o outorgamento de uma anistia pressupõe, precisamente, que a obrigação de suportar a punição não foi extinta, já que do contrário a anistia precisaria de objeto. Quem se anistia a si próprio incorre, por assim, em uma contradição performativa. Logo, a única maneira de interpretar caridosamente o outorgamento da anistia em questão é atribuir um tal alcance que resulte na exclusão do autofavorecimento*” (MANÁLICH R.. *A anistia: o terror e a graça*, p. 64).

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Barrios Altos vs. Perú. Sentença de 14 de março de 2001. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf>. Acesso em 12 mar. 2012.

armas utilizadas, segundo testemunhas, possuíam silenciadores e algumas delas eram metralhadoras. Investigações policiais e jornalísticas davam informações de que tais agentes eram membros do Exército peruano integrantes do “Grupo Colina”, o esquadrão da morte daquele país e que eles estariam agindo supostamente contra pessoas vinculadas do “Sendero Luminoso”.

Apenas em 1995, o Poder Judiciário peruano permitiu o início de investigações mais sérias sobre o caso, quando cinco oficiais de Exército foram denunciados pelo crime. Após várias tentativas de interrogatório dos acusados, o Conselho Supremo da Justiça Militar decidiu que eles estavam impedidos de depor em vista da precedência da jurisdição militar. Este mesmo Conselho provocara a Corte Suprema peruana a manifestar-se sobre tal jurisdição ante o fato de que os acusados ainda estavam na ativa; antes disto, porém, o Congresso Nacional aprovou a Lei 26.479/1995, instituidora de uma auto-anistia. Realmente, não houve debate sobre o projeto de lei e a aprovação foi, como a sanção, muito rápida – o que não difere do caso brasileiro no sentido de que, apesar da discussão ter ocorrido, o projeto aprovado foi “empurrado” pelo Executivo ao Congresso Nacional.

Exercendo concomitantemente um *controle de constitucionalidade* e um *controle de convencionalidade*, a Juíza Antonia Saquicuray declarou que a lei era inaplicável a processos penais em curso, vez que a mesma violava garantias constitucionais e dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em seguida, a Procuradora-Geral da Nação, Blanca Nélica Colán, perante a imprensa, declarou que a decisão era um erro e que a lei de anistia tinha estatura constitucional; contrariá-la significaria a possibilidade de promotores e juízes responderem por crime de prevaricação¹³. Em seguida, o Congresso Nacional aprovaria

¹³ Mesma acusação formulada contra Baltazar Garzón e recebida pelo Tribunal Supremo Espanhol que, contudo, o absolveu do delito de prevaricação (ESPANHA. Tribunal Supremo. Sentença n° 101/2012. Causa especial n° 20048/2009. Decisão: sentença absolutória. 27 de fevereiro de 2012. Disponível em <<http://www.latinreporters.com/espagneGarzonSentenceFranquisme27022012.pdf>>. Acesso em 2 mar. 2012). Com efeito, Garzón havia decidido por levar a frente uma ação promovida por herdeiros de vítimas do franquismo e diversas associações de proteção de direitos humanos na qual buscavam o início de investigações sobre a suposta ocorrência de crimes contra a humanidade e crimes de genocídio no período ditatorial (1936-1977). A ação, distribuída perante a Audiência Nacional, tinha como pedidos o processamento de eventuais responsáveis e a criação de uma comissão de historiadores e juristas para recompor o material documental sobre o período e sobre os crimes que tivessem ocorrido. Várias das vítimas ainda permanecem desaparecidas. Garzón havia reconhecido sua competência em virtude do caráter continuado de tais crimes; assim, eles não estariam abrangidos pela Lei espanhola de Anistia n° 46/1997 (Garzón recorre a uma série de fundamentos do Direito Internacional Penal para dar prosseguimento à ação no que respeita aos fatos ocorridos entre 1936 e 1952: a Cláusula Martens da Convenção de Haia sobre os Costumes da Guerra Terrestre, de 1907, os Princípios de Nuremberg de 1945 e a Resolução n° 95 da Assembleia Geral da ONU de 1946). Apesar de absolver Garzón por entender ausente elemento subjetivo do tipo (isto após tê-lo condenado no delito de prevaricação à perda do cargo de juiz por supostamente ter autorizado escutas telefônicas ilegais – ESPANHA. Tribunal Supremo. Sentença n° 79/2012. Causa especial n° 20716/2009. 9 de fevereiro de 2012. Disponível em <http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/201202/09/espana/20120209elpapunac_1_Pes_PDF.pdf>

da Lei n° 26.492/1996, casuisticamente dirigida ao caso Barrios Altos e instituidora de uma “interpretação autêntica” que impedia qualquer discussão sobre a validade da lei precedente. Na sequência, em 14 de julho de 1995, a Corte Superior de Justiça de Lima arquivou o caso.

A CteIDH foi expressa em definir:

Esta Corte considera 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 tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁴.

Observe-se que o fundamento da invalidade de leis de auto-anistia é o Direito Internacional dos Direitos Humanos como um todo. As violações que, particularmente, atingem a Convenção Americana de Direitos Humanos alcançam o devido processo legal (art. 8.1), o direito à efetiva proteção judicial (art. 25) e a necessidade de que os Estados adêquem seu direito interno à normativa internacional (art. 2°). Tais leis levam às vítimas a uma situação de ausência de defesa (perpetuando a situação de vítima) e garantem impunidade. Isto para não mencionar o ferimento de um direito à verdade ínsito a estas várias garantias. Assim, as Leis de Anistia n° 26.479 e 26.492/1995 foram declaradas inaptas à produção de quaisquer efeitos jurídicos. Não há, em toda a decisão, qualquer distinção que permita a conclusão tirada pelo voto do Ministro Celso de Mello no sentido de que dever-se-ia distinguir “leis de anistia” de “leis de auto-anistia”¹⁵.

>. Acesso em 2 mar. 2012), a decisão não deixa de chamar a atenção por traçar um desenho semelhante àquele visto pelo STF a respeito do processo que envolveu a “nossa” anistia: *“La citada Ley fue consecuencia de una clara y patente reivindicación de las fuerzas políticas ideológicamente contrarias al franquismo. Posteriormente fueron incorporándose otras posiciones, de izquierda y de centro e, incluso, de derecha. Fue una reivindicación considerada necesaria e indispensable, dentro de la operación llevada a cabo para desmontar el entramado del régimen franquista. Tuvo un evidente sentido de reconciliación pues la denominada “transición” española exigió que todas las fuerzas políticas cedieran algo en sus diferentes posturas. Esto se fue traduciendo a lo largo de las normas que tuvieron que ser derogadas y las que nacieron entonces. Tal orientación hacia la reconciliación nacional, en la que se buscó que no hubiera dos Españas enfrentadas, se consiguió con muy diversas medidas de todo orden uno de las cuales, no de poca importancia, fue la citada Ley de Amnistía. Tal norma no contenía, como no podía ser de otro modo, ninguna delimitación de bandos. Si lo hubiera hecho, carecería del sentido reconciliatorio que la animaba y que se perseguía. No puede olvidarse que la idea que presidió la “transición” fue el abandono pacífico del franquismo para acoger un Estado Social y Democrático de Derecho, tal como se estableció en la primera línea del primer apartado del primer artículo de nuestra Constitución de 1978 (art. 1.1 CE), aprobada muy poco tiempo después de la indicada Ley de Amnistía. En consecuencia, en ningún caso fue una ley aprobada por los vencedores, detentadores del poder, para encubrir sus propios crímenes”*.

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentença de 14 de março de 2001. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf>. Acesso em 12 mar. 2012, p. 15.

¹⁵ Pelo contrário: o voto concorrente do Juiz Cançado Trindade vai no sentido oposto: *“Hay que tener presente, en relación con las leyes de autoamnistía, que su legalidad en el plano del derecho interno, al conllevar a la impunidad y la injusticia, encuéntrase en flagrante incompatibilidad con la normativa de protección del*

Outro caso que merece referência e que não foi mencionado pelo Ministro Celso de Mello é o caso *Velásquez Rodríguez*. Angel Manfredo Velásquez Rodríguez, estudante universitário, foi violentamente preso, sem mandado judicial, por membros da Direção Nacional de Investigação e da G-2, um grupo de inteligência das Forças Armadas de Honduras. A prisão ocorrera em Tegucigalpa em 12 de setembro de 1981 e, segundo testemunhas, foi ele levado à II Estação das Forças de Segurança Pública, onde foi interrogado sob forte tortura a respeito do eventual cometimento de crimes políticos. Dias depois, foi conduzido ao Batalhão de Infantaria onde prosseguiram os atos de suplício. Dois anos depois, quando o caso já tramitava na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Estado de Honduras alegou desconhecer seu paradeiro. Após o compromisso de promoção de investigações internas – que não resultaram em nada – a Comissão levou o caso à CteIDH em 1986¹⁶.

A CteIDH entendeu que restou provada no curso do processo uma prática reiterada de *desaparecimentos forçados* em Honduras, nos anos que vão de 1981 a 1984. Manfredo Velásquez está entre as vítimas de tais crimes e houve clara omissão do Estado em garantir os direitos humanos atingidos por esta prática. Assim, o fato é que este não é um caso de tratamento específico pela CteIDH da problemática da “auto-anistia”, mas é um caso em que expressamente é exigido dos Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos que eles diligenciem no sentido de combater o desaparecimento forçado, assim como outras violações a direitos humanos¹⁷.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acarreado violaciones de jure de los derechos de la persona humana. El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia). En realidad, lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de autoamnistía, aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico interno, no lo son en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentença de 14 de março de 2001. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf>. Acesso em 12 mar. 2012, p. 22, destaques nossos). Destacou ele ainda que “[...] las llamadas “leyes” de autoamnistía no son verdaderamente leyes: no son nada más que una aberración, una afrenta inadmisibile a la conciencia jurídica de la humanidad”.

¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentença de 29 de julho de 1998. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em 14 mar. 2012, p. 2.

¹⁷ “Velásquez Rodríguez não é, entretanto, um caso que se relaciona diretamente com a lei de anistia, trata-se na verdade, de uma reclamação da família de Manfredo Velásquez, o qual havia sido detido ilegalmente por membros do serviço de informação estatal de Honduras e que se tornou um desaparecido político. Fazendo referência ao art. 1, parágrafo 1, da Convenção Americana, a Corte Interamericana declarou que a prática da tortura e o assassinato com impunidade era em si mesmo uma quebra ao dever de prevenir violações dos direitos à vida e à integridade física do ser humano” (BASTOS. *Anistia*, p. 249).

Desta feita, o que se observa é que o Supremo Tribunal Federal já dispunha de todo o material jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos para, nele amparado, negar validade à “auto-anistia” ocorrida no Brasil em 1979. Caracterizar esta anistia como uma “anistia de mão dupla”¹⁸, ao invés de uma “anistia em branco”, redundaria nos mesmos problemas apresentados pela CteIDH: descumprimento efetivo das garantias estatuídas na Convenção Americana de Direitos Humanos e, conseqüentemente, violação da normativa internacional de proteção dos direitos humanos.

No período ditatorial, a justificativa que se difundia sobre a prática das graves violações de direitos humanos era a de que os atos haviam sido cometidos em situações nas quais a responsabilidade moral do Estado, como guardião da segurança nacional, estivesse comprometida em decorrência das ações de cidadãos que atuavam por razões políticas, dando motivo, portanto, à aplicação da anistia para essas circunstâncias.

No entanto, sob esse aspecto, a aceitação da anistia de dupla via padece de um ponto de vista errado sobre o conceito de violações dos direitos humanos e crimes políticos, pois essa anistia diverge do conceito político-legal universalmente aceito de que as anistias são aplicáveis aos crimes políticos praticados pelos cidadãos. Igualar genuínas violações dos direitos humanos praticadas por agentes estatais aos atos criminosos cometidos por grupos armados dissidentes distorce a natureza específica dos primeiros, ou seja, o efeito é a perversão do verdadeiro conceito de direitos humanos

A refutação da força vinculante das decisões da CteIDH esteve presente também no voto do Ministro Celso de Mello, ao invocar trecho do voto do Ministro Eros Grau que definiu que a autoridade desta Corte valeria apenas para os fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998 (voto este que, por sua vez, referia-se a Nilo Batista¹⁹). Mesmo que não se mencione a questão da continuidade dos crimes de *desaparecimento forçado* (no caso brasileiro, *seqüestro, ex vi* do exposto no art. 148 do Código Penal), este trecho do voto do Ministro Celso de Mello suscita uma importante discussão sobre a efetividade do Direito

¹⁸ BASTOS. *Anistia*, p. 196.

¹⁹ Que, de seu turno, referia-se a SWENSSON JÚNIOR. *Punição para os crimes da ditadura militar*, p. 41. A posição de Nilo Batista é curiosa. Em 1980 ele havia defendido: “Porque, se a análise, que aqui se encerra, da Lei n° 6.683, de 28 de agosto de 1979 não estiver muito equivocada; se o legislador quis anistiar delitos políticos, conexos aos políticos e eleitorais; se, entre os conexos, restringiu a aplicação, excetuando as quatro classes já vistas; se delito conexo aos políticos é aquilo que aqui se estudou; se a anistia é o instituto de que se tratou nas linhas acima, não estão abrangidos por ela os torturadores e homicidas de presos políticos. A tortura e o homicídio de um preso não são crimes políticos, nem são crimes conexos a crimes políticos, objetiva ou subjetivamente. São crimes comuns, são repugnantes crimes comuns, que estão a merecer – até quando? – processo e julgamento” (BATISTA. *Aspectos jurídico-penais da anistia*, p. 204, destaques do original). Já em 2010, sua posição se alteraria radicalmente: “Lutar por essa tese em 1979, como tantos brasileiros fizemos, era compreensível: ainda havia sangue no piso dos porões, lutava-se pela restauração da legalidade democrática. Trinta anos depois, durante os quais a interpretação da lei – tanto nas escassas ocasiões em que foi o Judiciário provocado quanto na continuada omissão das agências que devem atuar de ofício, como o próprio Ministério Público – invariavelmente reconheceu que a anistia alcançava os torturadores, a luta pela tese, paradoxalmente, ameaça a legalidade democrática. Errávamos em 1979 no calor dos acontecimentos, mas hoje se erra a sangue frio” (BATISTA. *Nota introdutória*, p. 16).

Internacional dos Direitos Humanos. Como salienta Ventura²⁰, ausenta-se no Brasil um compromisso com o julgamento de grandes violadores de direitos humanos e uma recusa do princípio *aut dedere aut judicare*. O diagnóstico a respeito da jurisprudência do STF sobre o Direito Internacional chama a atenção: uma aplicação escassa de suas normas; o desconhecimento das relações entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional; o desprezo pela jurisprudência das cortes internacionais²¹; e o ausente recurso ao Direito Comparado que, quando ocorre, o faz de modo equivocado.

De se destacar, pois, que a afirmativa de que a Lei n° 6.683/1979 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis não afasta a incidência de outras disposições de Direito Internacional. Assim, Ventura²² aponta as seguintes normas: a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, assinada em 9 de dezembro de 1948 e promulgada em 6 de maio de 1952 (Decreto n° 30.822); a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 10 de dezembro de 1948; e as Convenções de Genebra do Direito Internacional Humanitário, todas assinadas em 12 de agosto de 1949 e promulgadas em 21 de agosto de 1957 (Decreto n° 42.121). Desse modo, no período de 1964 a 1985, a noção de *crime internacional* já era parte de nossa ordem jurídica, bem como a exigência de respeito de direitos humanos de pessoas postas fora de combate – é dizer, a proibição de homicídios, mutilações, tratamentos cruéis, torturas, suplícios, ofensas à dignidade e condenações sem julgamento, mesmo no caso de hostilidades internas. O STF, então, ignora a vigência de tais normas, apesar do próprio regime militar ter reconhecido, diversas vezes, o enfrentamento de uma “comoção interna”.

Ainda referindo ao papel do Direito Internacional dos Direitos Humanos, passemos a analisar o voto do Ministro Celso de Mello a partir de um outro argumento, o da retroatividade da aplicação da Lei de Anistia.

5.3 – Retroatividade penal e controle de constitucionalidade e convencionalidade

O Ministro Celso de Mello adiciona a seu voto que a Lei n° 6.683/1979 não estaria sujeita a controle por parte de atos internacionais posteriores a seu advento²³. Ele

²⁰ VENTURA. *A interpretação judicial da lei de anistia brasileira e o direito internacional*, p. 198.

²¹ Ante as ações do Ministério Público Federal que visam estabelecer responsabilidades pelos crimes de desaparecimento forçado que ainda estão em curso (conforme jurisprudência do próprio STF, por exemplo, a Extradicação n° 974) e visando cumprir a decisão do caso Gomes Lund pela CItEDH, o Ministro Gilmar Mendes declarou: “Vamos esperar esta questão chegar ao Supremo. Deixemos que as pessoas discutam e fiquem alegres com este debate” (O GLOBO. *Para Gilmar Mendes, esforço de procuradores é em vão*, p. 1)

²² VENTURA. *A interpretação judicial da lei de anistia brasileira e o direito internacional*, p. 205.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e

repete o argumento do voto do Ministro Eros Grau no sentido de que a lei teria exaurido seus efeitos tão logo adentrara o ordenamento jurídico brasileiro. De todo modo, ela não poderia ser suprimida, tendo em vista a irretroatividade da lei penal mais gravosa, nos termos do art. 5º, inc. XL, da Constituição da República. Nem seria aplicável a imprescritibilidade dos *crimes contra humanidade*, uma vez que a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, adotada em 26 de novembro de 1968, não teria obtido, até o momento, a adesão do Brasil. Acrescente-se, ainda, que, em termos penais, prevalece o postulado da “reserva de lei em sentido estrito”, previsto (aqui o Direito Internacional importa) na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (art. 15). Apenas a lei interna, além disto, poderia dispor sobre imprescritibilidade: este fato restaria reforçado pelo envio pelo Presidente da República ao Congresso Nacional do Projeto de Lei nº 4.038/2008, que objetiva implementar, no âmbito interno, o Estatuto de Roma, não obstante este já tenha sido assinado pelo Brasil e incorporado definitivamente.

Linhas atrás foram desenvolvidos argumentos sobre o suposto embate entre o princípio da legalidade e a definição de *crimes contra a humanidade*, pelo menos da perspectiva de sua eclosão no Tribunal de Nuremberg. Some-se a estas assertivas os apontamentos de Ventura²⁴ no sentido de que a propalada segurança jurídica que o princípio da legalidade ofereceria também aparece do lado do *costume internacional*: os elementos subjetivo (*opinio juris*) e objetivo (*inveterata consuetudo*) que o formam demandam uma consolidação temporal que não pode ser ignorada. Mais do que isso: o pressuposto de que indivíduos deveriam conhecer o processo de formação dos costumes para lhe atribuir vinculatividade não pode ser separado dos pressupostos de que os destinatários deveriam, então, também conhecer todos os processos que levam à formação de leis.

Irrefutável também é o fato de que os agentes da repressão agiam e sabiam do caráter criminoso dos atos que praticavam. Tanto é assim que a expressão *crimes conexos* teria o poder de esconder algo que não poderia ser dito “à luz do dia”.

É preciso considerar, pois, que o Direito Internacional dos Direitos Humanos dispõe como normas obrigatórias o *costume internacional* e o já mencionado *jus cogens*. Em ambos os casos, a imprescritibilidade de *crimes contra a humanidade* faz parte do acervo

Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 185.

²⁴ VENTURA. *A interpretação judicial da lei de anistia brasileira e o direito internacional*, p. 213.

normativo a que vem aderindo a maioria dos Estados desde o fim da Segunda Guerra Mundial. A definição de *crimes contra a humanidade*, já se disse, precede a este período, mas a imprescritibilidade é retirada do próprio Acordo de Londres. Fora o papel desempenhado pelo Brasil na edição da Resolução n° 95/1946 da Assembleia Geral da ONU: ele integrou o comitê de 17 (dezesete) Estados incumbidos de alinhar um projeto de um tribunal criminal internacional.

Passemos ao pretense óbice da **prescrição criminal**, que leva a Corte Suprema a negar a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade como regra oponível ao Brasil no caso em apreço. Ressalto que, **até pouco tempo atrás, para o STF, todos os tratados internacionais eram da mesma natureza e equiparados à lei interna, portanto, inferiores à Constituição. Do mesmo modo, atualmente, todos os crimes, para a Suprema Corte brasileira, são da mesma natureza. A evolução jurisprudencial quanto à hierarquia do Direito Internacional dos Direitos Humanos não se comunicou com a interpretação dos princípios constitucionais penais.** É como se a gravidade do crime cometido pelo *homo medius* tivesse alguma medida de comparação com a daqueles cometidos por indivíduos que têm à sua disposição a “potência material do Estado”²⁵.

Retorna-se, assim, ao argumento inicial desenvolvido nesta pesquisa de devolução da questão à sede do controle difuso de constitucionalidade das leis. Apenas em cada caso seria possível aferir eventual prescrição, não porque a maioria dos crimes da ditadura não sejam *crimes contra a humanidade*, mas sim porque em cada caso é que se dará a eles a referida denominação e, portanto, a qualificação de imprescritíveis.

Note-se, também, que a atribuição de uma *interpretação conforme a Constituição*, ou de outra *sentença interpretativa*, ao art. 1º, § 1º, da Lei 6.683/1979 significaria o reconhecimento da *constitucionalidade* da referida norma²⁶. Isto quer dizer que eventual interpretação excludente da abrangência de crimes praticados por agentes públicos, nos limites do que determina o próprio Texto Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, deveria retroagir, pelo menos, à data de promulgação da Constituição de 1988. Ora, a chamada *modulação temporal* (art. 27 da Lei 9.868/1999) só seria aplicável aos casos de *declaração de inconstitucionalidade*: é deste problema que se cuida quando razões

²⁵ VENTURA. *A interpretação judicial da lei de anistia brasileira e o direito internacional*, p. 215, destaques do original.

²⁶ “As sentenças interpretativas buscam, seja por meio do provimento ou improvimento da ação interposta, restringir o âmbito normativo do dispositivo de lei ou ato normativo sujeito ao controle de constitucionalidade. O tribunal ou juiz verifica a possibilidade de manutenção da norma impugnada no ordenamento jurídico, dando-lhe uma interpretação que lhe pareça consentânea com a Constituição ou determinando que a norma só será inconstitucional caso seja aplicada a determinado grupo de pessoas ou de situações. Em ambos os casos, ele tem a atividade interpretativa como definidora da possibilidade ou não de convivência da norma inquinada com a Constituição. Dentre os possíveis sentidos aferíveis pelo processo interpretativo de uma disposição legal, permanecerá um ou não permanecerá aquele que viole a Constituição.” (MEYER. *A decisão no controle de constitucionalidade*, p. 40)

de “interesse social” ou “segurança jurídica” exigem uma nefasta “ponderação” com a *supremacia constitucional*²⁷.

Já se mencionou que as decisões do Supremo Tribunal Federal têm sido bastante seletivas em sentir-se persuadidas pelas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esta persuasão não alcançou as leis de “auto-anistia”. Da perspectiva de um *controle de convencionalidade*, ou seja, a exigência de adequação do direito interno aos postulados do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o voto do Ministro Celso de Mello soa ainda mais discutível: ele revolve a jurisprudência internacional ao mesmo tempo em que a ignora.

²⁷ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” Para uma crítica à modulação temporal, cf. MEYER. *A decisão no controle de constitucionalidade*, p. 110 e ss; CRUZ. *Jurisdição constitucional democrática*, p. 254 e ss.

CAPÍTULO VI – O VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES

Após rejeitar as preliminares de não cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, o Ministro Gilmar Mendes destacou, como aqui já ressaltado, que o pedido na ação seria o de declaração de não recepção pela Ordem Constitucional de 1988 de um sentido do § 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979 – tecnicamente o caso seria de *declaração de inconstitucionalidade (ou não recepção) sem redução de texto*. Já advertimos linhas atrás a respeito do perigoso efeito de uma *modulação temporal* caso adotada referida técnica. Em seguida, o Ministro passa a discutir o mérito da argüição, procurando dividi-lo nos seguintes tópicos: o caráter político de uma anistia; o Poder Constituinte e os compromissos constitucionais que o fundam; o sentido de uma anistia ampla e geral. Analisemos topicamente cada um destes argumentos, mas de uma forma mais concentrada: discutir-se-á, em primeiro lugar, o que o Ministro chamou de anistia política, passando por uma análise do conceito de *anistia*; e, em segundo lugar, passaremos para o que se chamou de “compromissos constitucionais do Poder Constituinte”.

6.1 – Anistia política

Segundo o Ministro Gilmar Mendes¹, a grande questão posta na ADPF n° 153/DF não é a de se saber o que significa um *crime político* – como sucedeu no voto do Ministro Ricardo Lewandowski – mas o que caracteriza o ato de anistia. Este seria um ato de caráter eminentemente político, definido em sua amplitude também de forma política. Ele invoca João Barbalho para destacar que nenhum ramo do poder público poderia se imiscuir na justiça, conveniência ou motivos de uma lei de anistia. Faz ele referência a julgados do STF em que se declarou que o próprio Congresso Nacional poderia decidir por conceder anistia a si próprio – é dizer, o STF já teria assinalado no sentido de uma validade de leis de auto-anistia². Em seguida, ele destacará o *compromisso constitucional* no qual estaria fundada a Lei n° 6.683/1979, ponto que será analisado em seguida.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de descumprimento de preceito fundamental n° 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 234.

² Ele se refere aos seguintes julgados: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n° 2.306/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimado: Congresso Nacional. Relatora Ministra Ellen Gracie. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 mar. 2012, e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n° 1.231/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Carlos Velloso. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 mar. 2012.

O Ministro Gilmar Mendes diz mais sobre a anistia: repisa diversos dos argumentos já trazidos, principalmente, pelos Ministros Eros Grau e Celso de Mello, mas também destaca a presença, no período da ditadura, de grupos contrapostos, um agindo de maneira formalmente legitimada pelo Estado e outro a serviço de “núcleos paraestatais”. É difícil mensurar o que se entendeu por “núcleos paraestatais”: para o Ministro Gilmar Mendes, esta medida é desinteressante, uma vez que teriam ocorrido agressões tanto por parte do Estado, como por estes cidadãos organizados politicamente. Mesmo que o Estado ganhasse em quantidade, isto não afastaria a ocorrência de atos violentos por parte dos resistentes. Assim, torna-se possível desqualificar qualquer direito de resistência por parte dos oprimidos:

Não é possível conferir a ilicitude criminal a alguns atos e, ao mesmo tempo, reconhecer que outros de igual repercussão possuem natureza distinta e podem ser justificados em razão do objetivo político ideológico que os geraram. Não é juridicamente razoável compreender que o objetivo moralmente considerado define a juridicidade da ação, fazendo com que outros atos – com motor condutor diverso – deixem de ser admitidos em virtude da diversidade de escopo³.

Desse modo, confundindo-se *legitimidade* e *legitimação*, esvazia-se por completo qualquer sentido moral que o direito possa receber complementarmente, ou, ainda que não pensado assim, todo ato, desde que sancionado pelo Estado, torna-se “juridicamente” válido. Mais do que isto: reconhece-se, então, que há atos ilegais praticados pelo Estado naquele período, mas que sobre eles não vale a pena exercer qualquer tipo de imputabilidade ou responsabilização; por outro lado, aqueles que já foram punidos porque se opuseram, estes sim praticaram atos ilegítimos, foram indevidamente julgados e ainda ganhariam a benesse de uma lei de “anistia de mão dupla”. Logo à frente, o voto do Ministro desconsiderará ainda mais a oposição de quem não viu nos canais de um suposto *poder comunicativo* qualquer

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 239. A crítica de Safatle (*Do uso da violência contra o Estado ilegal*, p. 243, destaques do original) é aqui extremamente pertinente: “Como se vê, o texto constitucional é de uma clareza cristalina. Sua ideia é: o Estado democrático, este no qual os princípios democráticos fundamentais estariam assegurados e implementados, compreende como crime imprescritível a tentativa de grupos armados (ou das próprias Forças Armadas, como sempre foi o caso no Brasil) em destruí-lo. Que um ministro do STF compreenda que isto implica também a condenação constitucional de ações armadas contra o Estado militar que vigorou no Brasil entre 1964 e 1984 só pode significar que, para ele, não há diferença estrutural entre Estado democrático e Estado ditatorial, ou que simplesmente não havia ditadura no Brasil naquele período. Ou seja, a lei é muito clara na sua função de defender o Estado democrático, esse mesmo Estado cujos rudimentos foram destruídos pelo golpe militar de 1964. O que a lei visa tornar crime inafiançável e imprescritível são raciocínios como este, tão bem exposto em manchete do Jornal do Brasil, de 6 de abril de 1964: “Pontes de Miranda diz que Forças Armadas violaram a Constituição para poder salvá-la”. O que ela procurava bloquear é a afirmação de que, em situações “excepcionais” seria possível romper a lei para garantir o funcionamento da lei. No entanto, o referido ministro, em um salto mortal rumo à sofística, entendeu que a lei constitucional procurava criminalizar aqueles que lutaram contra uma ditadura militar”.

legitimidade e resistiu contra o Estado – ele renderá homenagens apenas àqueles que optaram pela turva oposição bipartidária daqueles tempos:

Independentemente das posições políticas, temos de reconhecer que, graças aos avanços feitos por essas pessoas – não de armas, mas do diálogo –, podemos vivenciar nosso processo de evolução democrática, o que nos faz positivamente diferentes em relação aos nossos irmãos latino-americanos, que ainda hoje estão atolados num processo de refazimento institucional sem fim⁴.

Fica evidente, pois, que o voto é incapaz de lidar adequadamente com o passado, pensando a anistia em um sentido apenas de amnésia. Isto sem mencionar perspectivas de ordem política que contribuem em muito para uma concepção de sociedade inapta a lidar com o pluralismo político. Afora as heranças autoritárias que ficam mais evidentes quando se analisa de perto a jurisprudência de um Tribunal que, mais do que se arvorar em legislador, faz às vezes de poder constituinte. Em seguida, o voto repetirá o coro das “únicas” vozes que conheceram o processo de anistia, como Sepúlveda Pertence.

A definição um conceito de *anistia* deve partir da premissa de que o direito é movido por *conceitos interpretativos*, como já afirmado. Estes conceitos admitem diversas concepções, como assinala Dworkin. Daí que não se pode petrificar o conceito de anistia como se ele apenas significasse a concepção de um esquecimento, principalmente um esquecimento imposto. Tal qual o Supremo Tribunal Federal, a doutrina penal parece caminhar neste sentido⁵. Mas, como assinala Ricouer⁶, se é possível abusar da *memória* para torná-la oficial e obrigada, também é possível abusar do *esquecimento*, principalmente sob as vestes da anistia. Aqui desaparece a fronteira entre esquecimento e perdão: se só pode haver perdão onde houver acusação, condenação e castigo, como conceituar a anistia como perdão?

O direito de graça aparece como um privilégio próprio de regimes monárquicos e que tem como premissa o poder divino consagrado à soberania do príncipe. Já a *anistia* teria como finalidade por termo a graves comoções políticas – o que, de início, colocaria de lado a discutível ideia que a anistia brasileira de 1979 visava a um desarmamento geral, já que a

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 242.

⁵ “A anistia, já se disse, é o esquecimento jurídico do ilícito e tem por objeto fatos (não pessoas) definidos como crimes, de regra, políticos, militares ou eleitorais, excluindo-se, normalmente, os crimes comuns. A anistia pode ser concedida antes ou depois da condenação e, como o indulto, pode ser total ou parcial. A anistia extingue todos os efeitos penais, inclusive o pressuposto de reincidência, permanecendo, contudo, a obrigação de indenizar” (BITTENCOURT. *Tratado de direito penal: volume I*, p. 766-767).

⁶ RICOUER. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 459.

oposição armada, pelo menos desde 1973, encontrava-se dizimada⁷. Também é possível ver diferenciação no que se refere ao órgão legitimado a estabelecer os dois institutos: ao passo que a graça pertencia ao rei, a anistia era do parlamento. Entretanto, a anistia tem com o poder político uma relação ao mesmo tempo mais próxima e perversa:

Mas a anistia, enquanto esquecimento institucional, toca nas próprias raízes do político e, através deste, na relação mais profunda e mais dissimulada com um passado declarado proibido. A proximidade mais que fonética, e até mesmo semântica, entre anistia e amnésia aponta para a existência de um pacto secreto com a denegação de memória que, como veremos mais adiante, na verdade a afasta do perdão após ter proposto sua simulação⁸.

Em um sentido semelhante, Ost⁹ estabelece como necessária a distinção entre *anistias das penas* e *anistias dos fatos*. As primeiras, ao ocorrerem após a condenação, interrompem a execução das penas. Isto faz com que o processo mantenha-se incólume e possa produzir os frutos que a memória pode trazer. Já a *anistia dos fatos* quer pretender que estes nunca tivessem ocorrido, ignorando-se o mal perpetrado e impondo-se um silêncio à memória. Maior prejuízo para o direito à memória e à verdade histórica não há. Além disto, tem-se o resultado da banalização do crime e da neutralização dos valores.

Lúcia Elena Arantes Ferreira Bastos¹⁰ destaca que a lembrança dos erros do passado pode ser vista como uma face da justiça. Fases de transição política podem trazer contributos significativos para processos de consolidação democrática. Assim, simplesmente “colocar o passado fora de vista” pode significar a ausência de um processo de aprendizagem que permitirá o retorno no futuro de práticas violadoras de direitos.

O que se nota, então, é que a anistia, no sentido de um *esquecimento obrigado*, como crítica Ricouer, trará sempre consigo a problemática de um eterno retorno. O que não significa que estaria legitimada a ausência total de esquecimento. Mas este deve ser um esquecimento ativo, não imposto. Daí que o conceito de anistia esteja ligado umbilicalmente ao conceito de “acordo político”. Nos socorremos, novamente, de Bastos, para verificar que é

⁷ “No último trimestre de 1973 morreram treze pessoas fora do Araguaia. Destas, seis desapareceram. Pela primeira vez na história da ditadura, o número de desaparecidos aproximava-se ao de mortos oficialmente admitidos. Estava-se diante de um novo comportamento. Nele, o que sucedeu no Araguaia foi amostra radical, não episódio isolado.

Dez anos depois da saída do marechal Castello Branco de sua casa de Ipanema para o palácio Laranjeiras, o general Ernesto Geisel preparava-se para ocupar a Presidência da República. Receberia uma ditadura militar que apoiara, sabendo que dentro dela estava montada uma máquina de extermínio das lideranças esquerdistas. Não havia mais guerrilha, muito menos terrorismo. Sobrara a máquina” (GASPARI. *A ditadura escancarada*, p. 464).

⁸ RICOUER. *A memória, a história, o esquecimento*, p. 460.

⁹ OST. *O tempo do direito*, p. 172.

¹⁰ BASTOS. *Anistia*, p. 65.

necessário proceder a um exame crítico da participação popular efetiva na construção de leis de anistia para concluir por sua legitimidade. Sua conclusão a respeito da legislação brasileira é a mesma adotada neste trabalho:

A seguir tem-se a classificação das anistias projetadas em um gráfico de acordo com os dois eixos de análise que foram propostos na obra, ou seja, o grau de legitimidade interna e internacional e a amplitude ou não dos propósitos da lei. O que é possível observar é que as anistias com propósito mais abrangente (Argentina, Brasil, Chile, Peru, El Salvador, Nicarágua e Serra Leoa) distanciam-se muito mais do reconhecimento tanto do seu respectivo povo quanto da sociedade internacional. Ao passo que as anistias que foram mais abertamente discutidas com a população (África do Sul e Uruguai) alcançaram um nível intermediário de legitimidade¹¹.

Mas é preciso densificar ainda mais o conceito de “acordo político”. Fiquemos com uma breve e simplificadora reconstrução habermasiana. Ela nos orientará como viés legitimador da ação do poder político. Com a modernidade e a quebra dos fundamentos sacros do amálgama em que se constituíam direito, moral e ética, ocorrem os processos de diferenciação¹². Questões jurídicas se apartam de questões éticas e morais; paralelamente, usos e costumes passam a significar puras convenções. Questões jurídicas e questões morais têm em vista o mesmo problema, qual seja, o de como ordenar legitimamente as relações interpessoais e como coordenar entre si ações por meio de normas justificadas, solucionando conflitos sob o pano de fundo de normas compartilhadas. Mas isto se dá de forma distinta. Moral e direito se distinguem *prima facie* no sentido de que a moral pós-tradicional não representa mais do que uma forma de saber cultural, ao passo que o direito é obrigatório no nível institucional – o direito é, ao mesmo tempo, *sistema de saber* e *sistema de ação*.

As normas gerais de ação se ramificam em normas morais e normas jurídicas. Com isto, autonomia moral e autonomia política são co-originais e explicadas com a ajuda de um *princípio do discurso*¹³, algo que representa as justificativas pós-tradicionais de fundamentação. Esse princípio tem um conteúdo normativo do sentido da *imparcialidade* dos

¹¹ BASTOS. *Anistia*, p. 175.

¹² “O Direito e a organização política pré-modernos *encontravam tradução, em última análise, em um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição, e costumes transcendentemente justificados e que essencialmente não se discerniam [...]. O Direito, portanto, enquanto um único ordenamento de normas gerais e abstratas válidas para toda a sociedade, não existia, mas tão-somente ordenamentos sucessivos e excludentes entre si, consagradores dos privilégios de cada casta e facção de casta, consubstanciados em normas oriundas da barafunda legislativa imemorial, nas tradições, nos usos e costumes locais, aplicados casuisticamente como normas concretas e individuais, e não como um único ordenamento jurídico integrado por normas gerais e abstratas válidas para todos*” (CARVALHO NETTO. *A interpretação constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*, p. 30, destaques do original).

¹³ “O sentido da palavra *Discurso* na teoria de Habermas é justamente o de uso reflexivo da razão comunicativa que permite a problematização” (REPOLÊS. *Habermas e a desobediência civil*, p. 50).

juízos práticos. Mas está num nível que é neutro diante da moral e do direito, uma vez que se refere a normas de ação em geral. Habermas¹⁴ o enuncia da seguinte maneira:

D: Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales.

O princípio do discurso só explica o ponto de vista a partir do qual se pode fundamentar imparcialmente normas de ação; Habermas parte de que o próprio princípio tem fundamento nas relações simétricas de reconhecimento inscritas nas formas de vida comunicativamente estruturadas. Uma norma de ação só se torna válida caso suas pretensões de validade possam ser reconhecidas pelos possíveis atingidos, é dizer, por um reconhecimento motivado racionalmente e passível de problematizações a qualquer momento. A justificação desse *pressuposto* se dá por meio de uma investigação em termos de uma teoria da argumentação. Ele conduz à distinção entre os diversos tipos de discurso. Para cada um desses tipos, o julgamento imparcial deverá mostrar que regras permeiam as respostas às correspondentes questões, sejam elas pragmáticas, éticas ou morais. Tais regras de argumentação operacionalizam o princípio do discurso. No que se refere às questões morais, o princípio do discurso requer a forma de um princípio da universalização (“U”). Aqui o princípio moral desempenha uma regra de argumentação. Nos *discursos de aplicação*, o princípio moral é complementado por um princípio da adequação ou senso de adequabilidade¹⁵.

Já a finalidade do *princípio democrático* é fixar um procedimento de produção legítima de normas jurídicas. Ele enuncia que *só podem pretender validade legítima normas jurídicas que, em um processo discursivo de produção, articulado juridicamente, possam encontrar o assentimento de todos os membros da comunidade jurídica*. O princípio democrático explica o sentido realizador da prática de autodeterminação dos membros de uma comunidade jurídica que se reconhecem uns aos outros como membros livres e iguais de

¹⁴ HABERMAS. *Facticidad y validez*, p. 172.

¹⁵ A distinção entre discursos de aplicação e discursos de justificação na obra de Klaus Günther (*Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1988. Em inglês: *The Sense of Appropriateness: application discourses in morality and law*. Trad. Jonh Farrell. Albany: State University of New York, 1993. Em português: *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. Rev. Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004). Os esclarecimentos de Cattoni de Oliveira (*Direito Constitucional*, p. 85) são extremamente pertinentes: “*Os discursos de justificação jurídico-normativa se referem à validade das normas, e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente, à luz do princípio democrático [...]*”.

Já discursos de aplicação se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, nos termos do princípio da adequabilidade, sempre pressupondo um “pano de fundo de visões paradigmáticas seletivas””.

uma associação a qual aderiram voluntariamente¹⁶. O princípio democrático só diz como se pode institucionalizar uma livre formação da opinião e da vontade políticas: por intermédio de um sistema de direitos que assegure, a cada um, igual participação em tal processo de produção normativa.

Ora, que participação dos destinatários esperar em um processo legislativo cujas regras são impostas a duras penas por uma ditadura? Há algum “consenso político” possível naquele momento de 1979 ou cuida-se de uma imposição? A luta pela anistia recebeu os resultados que buscava? É evidente que não, como já restou demonstrado no Tópico 5 do Capítulo II desta Parte I.

6.2 – Compromissos constitucionais e poder constituinte: os fundamentos da Constituição de 1988

Outra linha argumentativa desenvolvida pelo voto do Ministro Gilmar Mendes e, de certa forma, já levantada também no voto dos Ministros Eros Grau e Cármen Lúcia, é a de que haveria uma superação na doutrina do Direito Constitucional da antiga dicotomia poder constituinte originário e poder constituinte derivado. “Soluções de compromisso” tomariam seu lugar e permitiriam respostas “transacionadas”. Ele chega a sustentar o exemplo das investigações que já estavam em curso naquela data de julgamento contra o Juiz espanhol Baltazar Garzón que, ao investigar fatos supostamente abrangidos pela anistia do período, teria prevaricado¹⁷. Desse modo, a Assembleia Constituinte de 1987-1988, ao estabelecer a Constituição, teria firmado certos compromissos políticos – ela seria uma “Constituição Compromisso” que teria a aptidão de solver conflitos. Tal Constituição não poderia ser separada de uma lei de anistia capaz de instituir uma “pacificação institucional” e superar a relação amigo/inimigo que se apresentou no período ditatorial.

Novamente ele destaca o papel daqueles que teriam optado pelas vias institucionais. Chega, inclusive, a render homenagens a Petrônio Portella, verdadeiro artífice da auto-anistia¹⁸. Remonta ao processo eleitoral de 1974, primeira grande derrota do governo

¹⁶ HABERMAS. *Facticidad y validez*, p. 175.

¹⁷ Baltazar Garzón restou, como já mencionado, absolvido da acusação do referido delito, não obstante tenha sido impedido de continuar a exercer a função de magistrado em virtude de outros fatos.

¹⁸ “Entre aqueles que optaram pelas vias institucionais para lutar pela democracia, já foi destacada aqui a figura de Faoro, como Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados, que desempenhou papel fundamental para o fim do AI-5, contando também, do lado governamental, com parcerias institucionais importantes, como a de Petrônio Portella e outras figuras da oposição e do governo” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em:

ditatorial, destacando a participação de “brasileiros ilustres” naquela cena política. O Brasil seria devedor apenas destas pessoas que optaram pela via institucional (via esta sufocada) e a eles deve ser rendida a devida homenagem – como se os que pegaram em armas não tivessem seu devido valor, como se eles pudessem para sempre permanecer na condição de vítimas. Desse modo, com o advento da EC n° 26/1985 que convocou a Assembleia Constituinte e incorporou a anistia, já estavam desenhados os “pressupostos de possibilidade” do exercício do poder constituinte. Não teria havido verdadeiro poder constituinte originário: o que teria ocorrido seria um processo de transição constitucional paulatinamente previsto e controlado por forças políticas e sociais –a operação que vem à mente é a de uma “lenta e gradual distensão”. Eis o teor do dispositivo (destaques nossos):

Art. 4° É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

§ 1° É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

§ 2° A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no "caput" deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

§ 3° Aos servidores civis e militares serão concedidas as promoções, na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, 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.

§ 4° A Administração Pública, à sua exclusiva iniciativa, competência e critério, poderá readmitir ou reverter ao serviço ativo o servidor público anistiado.

§ 5° O disposto no "caput" deste artigo somente gera efeitos financeiros a partir da promulgação da presente Emenda, vedada a remuneração de qualquer espécie, em caráter retroativo.

§ 6° Excluem-se das presentes disposições os servidores civis ou militares que já se encontravam aposentados, na reserva ou reformados, quando atingidos pelas medidas constantes do "caput" deste artigo.

§ 7° Os dependentes dos servidores civis e militares abrangidos pelas disposições deste artigo já falecidos farão jus às vantagens pecuniárias da pensão correspondente ao cargo, função, emprego, posto ou graduação que teria sido assegurado a cada beneficiário da anistia, até a data de sua morte, observada a legislação específica.

§ 8° A Administração Pública aplicará as disposições deste artigo, respeitadas as características e peculiaridades próprias das carreiras dos servidores públicos civis e militares, e observados os respectivos regimes jurídicos.

Verifique-se que a partir de um singelo “método” hermenêutico poder-se-ia concluir que uma interpretação devida da noção de *crimes conexos* só poderia ser feita à luz do que determina o § 2° do texto de norma. E este define a abrangência da anistia para os que foram punidos ou processados com base nos atos de exceção: não há, pois, como

compreender que agentes públicos que agiram em nome do Estado e que não foram processados e nem punidos pudessem ser alcançados pela anistia.

Entretanto, não foi este o entendimento externado no voto do Ministro Gilmar Mendes. Segundo ele, a Emenda Constitucional nº 26/1985 não seria tão somente uma emenda, mas um ato que rompe com a ordem constitucional anterior e traz as bases para a nova ordem constitucional. A partir desta afirmação, não se entende, então, qual é a necessidade de se retroagir a 1979 para dizer que a anistia era somente a “anistia recíproca”: ora, já que se trata de um ato de rompimento, ela poderia muito bem trazer uma nova concepção de anistia (ampla, geral e irrestrita, mas não recíproca) que efetivamente fosse adequada ao novo regime constitucional. Citando Carl Schmitt, o Ministro Gilmar Mendes dirá que é preciso distinguir entre uma *reforma constitucional* e sua *supressão*, verificando-se que uma *revisão* não poderia comprometer a “continuidade” e a “identidade” da Constituição. Os limites para que não se comprometa os “elementos essenciais de uma Constituição” podem se apresentar na forma de *cláusulas pétreas* expressas ou por alterações tópicas que podem erodir todo o edifício constitucional. Por outro lado, é preciso equilibrar tal processo para que se evite um enrijecimento indevido que só possa ser quebrado à força: caberia à *jurisdição constitucional* o papel de fiel da balança.

Esta é a premissa por meio da qual se pode reconhecer uma transição equilibrada sem um verdadeiro rompimento com o passado (não se diz, contudo, no voto, qual é este passado): tratar-se-ia de um processo ordenado em que não haveria quebra da legitimidade. Ao lado da velha dicotomia poder constituinte derivado/originário, haveria a possibilidade de uma transição ordenada chamada por Bryde de *revisão total*. E conclui o voto:

Devemos refletir, então, sobre a própria legitimidade constitucional de qualquer ato tendente a revisar ou restringir a anistia incorporada à EC nº 26/85. Parece certo que estamos, dessa forma, diante uma hipótese na qual estão em jogo os próprios fundamentos de nossa ordem constitucional.

Enfim, a EC nº 26/85 incorporou a anistia como um dos fundamentos da nova ordem constitucional que se construía à época, fato que torna praticamente impensável qualquer modificação de seus contornos originais que não repercuta nas próprias bases de nossa Constituição e, portanto, de toda a vida político-institucional pós-1988.

Há várias críticas possíveis em uma afirmação deste jaez. Eles vão desde a fundação de uma ordem constitucional em uma emenda constitucional relativa à ordem autoritária anterior, passam pela submissão do poder constituinte a tal ordem, alcançam, nos limites de tal submissão, a assertiva de que nossa ordem estaria fundada em uma imposição violadora de direitos humanos e chegam à conclusão mais poderosa no sentido de elevar a

“anistia recíproca” ao caráter de “cláusula pétrea”. Um uso da doutrina constitucional mais abalizada que pode comprometer todo o edifício constitucional. Isto sem mencionar uma análise *extra petita* do pedido na ADPF n° 153/DF, que em momento algum cuida da questão da forma como delimitada pela EC n° 26/1985 e nem requer análise sobre tal dispositivo normativo. Começemos, contudo, pela rediscussão do papel do poder constituinte e em que termos ela realmente está posta.

A temática sobre os eventuais limites ao exercício do poder constituinte relaciona-se diretamente com um paradoxo, para alguns, ou uma relação constitutiva, para outros, entre Constitucionalismo e democracia. Segundo Holmes¹⁹, tal problemática envolve perguntas como a de por que um marco constitucional, ratificado há séculos, pode exercer pressão sobre as vidas atuais, assim como a de por que só é dado a alguns cidadãos alterar este marco. Certo é que as Constituições põem a salvo da maioria determinadas decisões, elas prendem as mãos da maioria. O corpo de eleitores seria como um cavalo desgovernado, assim como Ulisses precisou ser atado a um mastro mais alto e não se deixar seduzir pelo canto das sereias²⁰. Por outro lado, poder-se-ia defender que não é correto que as gerações atuais se deixem escravizar pelos mortos de outrora que não conseguiram enxergar as necessidades de hoje. Como escreveram David Hume e John Locke, não podemos autorizar que os pais anulem seus filhos. Assim também se posicionaria Tom Paine, ao conceituar a democracia como uma luta contra o passado, como um processo de mudanças e reformas constantes. De modo semelhante, Thomas Jefferson rechaçava qualquer possibilidade de uma sociedade se atar por Constituições ou leis perpétuas²¹. Não seria lícito que as futuras gerações fossem responsáveis pelas dívidas das primeiras.

Por outro lado, mais de um século antes do período em que escreveram Paine e Jefferson (século XVIII), Richard Hooker, em 1593, defenderia que as gerações atuais estão obrigadas pelas antecedentes porque mortos e vivos constituem um só povo, unido pela

¹⁹ HOLMES. *El precompromiso y a la paradoja de la democracia*, p. 217.

²⁰ “Podemos demonstrar isso claramente pelo exemplo de Ulisses. Os companheiros de Ulisses executavam as suas ordens quando, amarrado ao mastro do navio e seduzido pelo canto das sereias, ele lhes ordenava, ameaçando-os, que o libertassem. E são marcas de bom espírito, da parte dele, os agradecimentos que dirigiu mais tarde aos seus companheiros por terem obedecido a sua vontade inicial. Também os reis se habituaram a dar instruções aos juizes para que pratiquem a justiça sem preferências pessoais, sem sequer considerar o próprio rei, se, em qualquer caso particular, ele lhes ordenasse algo contrário à lei estabelecida. Os reis, com efeito, não são deuses, mas homens que se deixam frequentemente seduzir pelo canto das sereias. Se tudo, portanto, dependesse da vontade inconstante de um só, nada haveria de fixo” (ESPINOSA in ELSTER. *Ulisses liberto*, p. 120).

²¹ “Como Paine, [Jefferson] afirmó que “la tierra pertenece a los vivos y no a los muertos. Años después, repitió el mismo argumento en forma un tanto más brutal: “los muertos no tienen derechos. No son nada”. Y, “las partículas de materia que compusieron sus cuerpos hoy forman parte de los cuerpos de otros animales, vegetales o minerales” (HOLMES. *El precompromiso y a la paradoja de la democracia*, p. 225).

mesma continuidade que atravessa a vida de um indivíduo. Cuida-se de promessas que devem ser cumpridas. Fato é que, no entanto, ao passo que os antigos “contratos de domínio”, como a Carta Magna, são o resultado de pactos entre monarquia e nobreza (e, assim, possuem pólos opostos cobrando obrigações mútuas), *as Constituições que se seguiram ao século XVIII não foram tréguas negociadas entre classes ou facções*. São marcos que os povos deram a si mesmos. Assim, aquilo que alguém prometeu a si mesmo pode livremente ser descumprido. Isto tornaria a Constituição ainda mais incoerente: uma promessa exige a participação de duas partes. Por isto, na visão de Bodin e Hobbes, o rei seria *legibus solutus*; Pufendorf, de seu turno, deslocaria o povo para este lugar deixado vazio pelo rei. Rousseau reformularia este argumento no sentido de que o envolvimento dos homens na criação de leis fundamentais os libertaria de uma condição “animal”, transformando-os em seres morais. O problema é se é possível redimensionar em termos políticos a racionalização deste processo individual²².

Mas a assertiva geral de que uma obrigação individual ou de uma geração não pode atingir outras pessoas ou gerações encontra a exceção na hipótese em que algum direito é constituído para os sucessores. Neste caso, quem herda, por exemplo, uma propriedade, herda também suas dívidas. Locke tomará de Hugo Grotius esta conclusão para definir que a cada vez que alguém aceita um legado apesar de não fazer parte do contrato original, ele aceita como legítimas as condições de gozo da propriedade. Quanto a instituição para si próprio de obrigações, a teologia daria um importante contributo: a grandiosidade de Deus, estaria, entre outras coisas, na sua capacidade de se impor limitações. Seria um absurdo pensar que Deus não poderia, ele mesmo, criar e se submeter a suas próprias obrigações, pois isto significaria limitar seu próprio poder. Bodin transpôs estas conclusões para sua teoria sobre o poder régio. As restrições criadas pelo rei para si seriam muito mais expressões de sua liberdade.

James Madison, em resposta a Jefferson, negou à Constituição o referido carácter de limitação. A Constituição Norte-Americana, antes de um obstáculo para o governo, seria um instrumento a seu favor. Ele imaginava uma divisão intergeracional de trabalho em que a atenção dos povos estaria muito mais voltada para o cumprimento dos procedimentos outrora instituídos do que para um novo nascimento político a cada geração, este, com

²² “Como em muitos casos, transferir conceitos usados para estudar indivíduos para o comportamento de coletividades, como se estas fossem indivíduos em escala ampliada, pode ser enganosa. Para começar, as constituições podem restringir os outros em vez de serem atos de auto-restrição. Além disso, as constituições podem nem mesmo ter o poder de restringir” (ELSTER. *Ulisses liberto*, p. 124).

certeza, a exigir um esforço bem maior. Por isto a Constituição emanciparia a geração atual. E isto não poderia significar imutabilidade:

[Madison] No quiso marginar las reglas básicas de toda crítica y reforma; no abogó por una Constitución inalterable. Quiso simplemente que el proceso de enmienda fuese complejo y dilatado, requiriendo no una mayoría sencilla sino, más bien, una secuencia de mayorías extraordinarias en varios organismos a lo largo de todo un periodo. En otras palabras, no buscó una permanencia absoluta sino sólo una permanencia relativa²³.

Assim, a assunção de dívidas pelas gerações vindouras também se baseia em uma divisão de trabalho que ultrapassa limites temporais. Do mesmo modo que os benefícios são compartilhados, também o serão os ônus. Acrescente-se que as gerações se sobrepõem e não são apartadas em limites estanques, o que implica em que não se poder abrir mão dos compromissos do passado, já que os membros da nova geração convivem com os membros da geração antiga. Isto exige uma atitude positiva para com a Constituição que esteja consciente de que a soberania do presente é dependente dos compromissos prévios do passado – esta conclusão leva as novas gerações a se livrarem de pesados fardos apesar de atarem suas mãos. Daí ser possível afirmar, com Jon Elster, que as assembleias constituintes dependem de limites para limitar, assim como um soberano, para ser mandatário, precisa de um mandato. Não há uma total e rígida distinção entre a capacidade de inovar e a capacidade de adaptar. Disputas políticas e necessidades de apoio parlamentar trazem para o texto constitucional normas carentes de interpretação que dão um espaço propositadamente maior de atuação às gerações futuras. A “criação” de uma Constituição ultrapassa o momento constituinte.

Ao tentar controlar o futuro, as Constituições não buscam apenas controle e dominação, mas visam estabelecer *condições de possibilidade* que permitem e realizam processos. Na busca por proteger opções de gerações mais distantes, as gerações atuais limitam a atuação das próximas gerações. Assim, muito mais do que obstáculos, elas são as próprias condições de existência de um regime democrático²⁴. Com isto, a democracia se torna não apenas o “governo do povo”, mas o “governo do povo por canais preestabelecidos”. Instituições como a liberdade de expressão, direitos fundamentais, imprensa livre, permitem que a minoria derrotada em uma decisão política exerça as pressões necessárias para melhorar

²³ HOLMES, *El precompromiso y a la paradoja de la democracia*, p. 240.

²⁴ “Puede resultar útil comparar las constituciones con las reglas de un juego o hasta con las de la gramática. Mientras las reglas regulativas (por ejemplo, “se prohíbe fumar”) gobiernan las actividades preexistentes, las reglas constitutivas (por ejemplo, “el alfil se mueve en diagonal”) hacen posible una práctica por vez primera. [...] En general, las reglas constitucionales son capacitadoras u no incapacitadoras, y por ello resuelta insatisfactorio identificar exclusivamente el constitucionalismo con limitaciones al poder” (HOLMES. *El precompromiso y a la paradoja de la democracia*, p. 248-249).

as decisões da maioria e até revertê-las. Com isto, em prol da existência de uma vontade popular esta deve ser cônica de que ela mesma deve se autolimitar. Uma obrigação constitucional se torna a impossibilidade que um povo se permita, no futuro, alienar sua capacidade de decisão: ora, como formulou Stuart Mill em relação à liberdade e à escravidão, isto significaria que a venda por uma própria pessoa de si como escrava é contrária ao próprio propósito de justificação que permite à pessoa dispor de si mesma.

Deve-se perguntar, então, a que tipos de restrições poderia uma Constituição estar sujeita. Uma lei de “auto-anistia” ou de “anistia de mão dupla”, elevada à categoria de emenda constitucional à anterior Constituição, teria este poder? Elster²⁵ observa que nenhuma assembleia constituinte é plenamente autocriada. Elas sempre terão “supra-autoridades” que as convocarão e determinarão o modo de sua composição. Neste contexto, chamam a atenção os exemplos em que velhos regimes devem ceder espaço a novos regimes e a forma como os primeiros tentam controlar os últimos. Nos casos da Convenção Federal da Filadélfia de 1787 e na *Assemblée Constituant* francesa de 1789-1791, embora ambas assembleias estivessem impedidas de decidir sobre a convocação e a composição iniciais, elas agiram com particular despreendimento em relação a seus criadores. Isto demonstra, novamente, o suposto “paradoxo da democracia”: a assembleia quer ser livre para restringir as próximas gerações, mas não quer ser amarrada pela geração que supera.

Uma teoria dos pré-compromissos constitucionais, pois, não pode impor a uma assembleia constituinte um tipo de decisão que restrinja a atuação das gerações futuras quanto ao dimensionamento de seus direitos e suas principais instituições. Michel Rosenfeld²⁶ assinala que um primeiro passo a ser dado na construção de uma *identidade do sujeito constitucional* é atentar para limites que estão presentes no próprio constitucionalismo: governo limitado, Estado de Direito e direitos fundamentais são exatamente as condições de possibilidade de desenvolvimento de um projeto democrático. Uma auto-anistia nunca poderia figurar como um pré-compromisso constitucional justamente porque ela expõe uma lesão a todos estes princípios abstratos. A levar adiante a premissa fixada pelo voto do Ministro

²⁵ ELSTER. *Ulisses liberto*, p. 141.

²⁶ ROSENFELD. *A identidade do sujeito constitucional*, p. 47-48: “Além de requerer a observância às restrições do constitucionalismo, a reconstrução contrafactual pode ser reforçada suplementarmente pela integridade sob a condição de plausibilidade lógica, avaliada nos termos das circunstâncias prevalentes. Essa última condição, inspirada no conceito hegeliano do sujeito que se desenvolve em uma série de diferentes estágios, exige uma reconstrução contextualmente fundada apta a apreender as tensões e contradições efetivas encontradas no interior das relações políticas e sociais prevalentes. [...] Em suma, do ponto de vista da identidade do sujeito constitucional, a legitimidade da reconstrução depende da adoção das normas incorporadas no constitucionalismo, vinculada ao respeito aos limites impostos pelo relevante horizonte das possibilidades”.

Gilmar Mendes, todo nosso projeto constituinte estaria fundado em uma *contradição em seus próprios termos*.

Maior razão, pois, acaba restando ao Ministro Ayres Britto²⁷ quando ele salienta que não há equivalência entre o disposto no art. 4º, § 1º da EC nº 26/1985, e os dispositivos dos arts. 8º e 9º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988²⁸. O próprio dispositivo do art. 8º concede anistia “aos que foram atingidos” por atos da ditadura²⁹. Nenhum destes dispositivos – estes sim integrantes da Ordem Constitucional de 1988 – faz qualquer menção a eventuais “crimes conexos”, pelo que se pode defender, inclusive, a não recepção de sua parte de uma suposta “auto-anistia” promovida pelo art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979. Mais do que isto: a própria Lei 10.559/2002, regulamentadora de tais dispositivos constitucionais, reorganiza sob premissas

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 144.

²⁸ “Art. 8º. 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. (Regulamento)

§ 1º - O disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo.

§ 2º - Ficam assegurados os benefícios estabelecidos neste artigo aos trabalhadores do setor privado, dirigentes e representantes sindicais que, por motivos exclusivamente políticos, tenham sido punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas que exerciam, bem como aos que foram impedidos de exercer atividades profissionais em virtude de pressões ostensivas ou expedientes oficiais sigilosos.

§ 3º - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

§ 4º - Aos que, por força de atos institucionais, tenham exercido gratuitamente mandato eletivo de vereador serão computados, para efeito de aposentadoria no serviço público e previdência social, os respectivos períodos.

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

Art. 9º. Os que, por motivos exclusivamente políticos, foram cassados ou tiveram seus direitos políticos suspensos no período de 15 de julho a 31 de dezembro de 1969, por ato do então Presidente da República, poderão requerer ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento dos direitos e vantagens interrompidos pelos atos punitivos, desde que comprovem terem sido estes evitados de vício grave.”

²⁹ Devo esta advertência a Paulo Abrão Pires Júnior.

de outra ordem a condição do anistiado político no Brasil, não permitindo qualquer conclusão que ainda defenda uma tal “auto-anistia”.

6.3 – O patriotismo constitucional inaugurado pela Constituição de 1988

Foi justamente no trigésimo aniversário da Lei Fundamental de Bonn que o jurista alemão Dolf Sternberger mencionou pela primeira vez o conceito de *patriotismo constitucional*. Ele tinha em mira definir qual seria a nova identidade alemã no pós-Guerra e a partir da Constituição, sem ter que recorrer a uma identidade étnica ou um nacionalismo exacerbado. Seu esquema original baseou-se em uma identidade fincada nos direitos fundamentais de participação política e em uma práxis democrática³⁰.

Habermas³¹ propõe um tipo de integração de cidadãos num Estado Democrático de Direito que não seja apenas ético, que possa transcender o contexto de seus projetos de vida particulares. A tolerância é apresentada como um requisito normativo que permite que diversas concepções da vida boa, desde que não apelem para um fundamentalismo irracional, possam conviver em harmonia. A *integração ético-cultural* deve ser desacoplada da *integração ético-política*, um tipo de pertinência abstrato o suficiente para tratar como iguais sujeitos com diferentes concepções do bem. Os cidadãos passam a se reconhecer mutuamente por compartilharem o mesmo sistema de direitos interpretado segundo uma cultura política comum. É justamente o teor dessa interpretação que põe de lado a ideia de que o direito deveria ser eticamente neutro. Há, sim, um horizonte interpretativo comum. É o que Habermas chama de *patriotismo constitucional*³², ou seja, uma afinidade neutra o bastante para não assumir *uma* forma ética apenas, mas concreta no nível de estar situada historicamente e poder ser reconhecida por todos. O patriotismo constitucional conjuga-se com o pluralismo das sociedades modernas ao manter-se sensível às diversas

³⁰ CATTONI DE OLIVEIRA in BARRETO. *Patriotismo constitucional*, p. 623.

³¹ HABERMAS. *A inclusão do outro*, p. 253.

³² Segundo Cattoni de Oliveira (*Patriotismo constitucional*, p. 1-2) “*Patriotismo constitucional é um conceito originalmente cunhado pelo jurista e politólogo alemão Dolf Sternberger, por oportunidade do trigésimo aniversário da Lei Fundamental de Bonn, em artigo publicado em 1979. [...] Para Sternberger, que se remete explicitamente à tradição do republicanismo cívico, a República Federal de Bonn se constituiu, no arco do tempo, sobre a práxis e o exercício dos direitos fundamentais de participação política, constitucional e democraticamente garantidos.*

A noção de patriotismo constitucional, cunhada inicialmente por Sternberger, foi também desenvolvida, posteriormente, como esclarece Juan Carlos Velasco-Arroyo, por autores como o sociólogo Rainer Lepsius, que a partir dela pretendia contribuir pedagogicamente para a formação política de novas gerações de alemães, ao mesmo tempo que a utilizava como categoria sociológica capaz de expressar um novo tipo de identidade coletiva construída pelos alemães ocidentais, no processo político de consolidação da República Federal de 1949.

Foi, todavia, no contexto da polêmica conhecida como a “disputa dos historiadores”, poucos anos antes da queda do muro de Berlim, que o filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas passa a empregar, pela primeira vez, a expressão patriotismo constitucional”.

formas de vida e, ao mesmo tempo, cuidar para que sejam mantidas suas integridades. Por isso, é necessário manter distintos os planos de integração: com a coincidência, a cultura majoritária de uma comunidade política utiliza-se do aparato estatal, comprometendo a máxima de neutralização ética da garantia da igualdade.

A neutralidade do direito em face das diferenciações éticas no interior do Estado pode ser explicada pelo fato de que, em sociedades complexas, não se pode mais manter coesa a totalidade dos cidadãos através de um consenso substancial acerca dos valores, mas tão-somente através de um consenso quanto ao procedimento relativo a ações jurígenas legítimas e ao exercício do poder. [...] O universalismo dos princípios jurídicos reflete-se, com certeza, em um *consenso procedimental* que certamente precisa estar circunscrito por um *patriotismo constitucional* – por assim dizer –, no contexto de uma respectiva cultura política historicamente determinada³³.

Habermas³⁴ refere-se àquilo que se costumou chamar nos Estados Unidos de *civil religion*. Se as proposições fundamentais de uma Constituição evidenciam o caráter universalista de um sistema básico de direitos, elas, por outro lado, colocam também à mostra um certo contexto histórico e uma tradição. E são esses próprios cidadãos que podem enxergar o Estado Democrático de Direito como uma conquista sua, caso se vejam como autores das normas que lhes estão destinadas³⁵. Kant e Rousseau transformaram a soberania popular ao concebê-la como uma conversão do poder político em *autolegislação*: a constituição do poder político só pode se legitimar pela prática democrática³⁶. Desse modo, o consenso que embasa uma comunidade política desliga-se de um *ethos* substancial e passa a se fundar em um *procedimento*. A Constituição, entendida como um projeto aberto, possibilita a pluralidade de concepções do bem viver e traz à lume apenas a possibilidade dos cidadãos se deixarem vincular por uma cultura política comum.

³³ HABERMAS. *A inclusão do outro*, p. 254-255, destaques do original.

³⁴ HABERMAS. *A inclusão do outro*, p. 318.

³⁵ McCarthy (*Legitimacy and diversity*, p. 1.113) esclarece mais ainda a distinção: “*But, it is not clear why we should expect political culture in a pluralistic society to comprise a common interpretation rather than a conflict of interpretations. Acknowledging this, Habermas locates political integration at an even more abstract level: “[p]erhaps it would be better to speak in terms of a common horizon of interpretation within which the citizens of a republic will debate their political self-understanding in connection with actual issues.” But how can we know when a conflict of interpretations is situated within a common interpretive horizon? In an established constitutional tradition, part of the answer will be: when debate turns on “the best interpretation of the same basic rights and principles,” which are “the fixed points of reference for any constitutional patriotism.”* Tradução livre: “Mas não está claro por que deveríamos esperar de uma cultura política, numa sociedade pluralista, que se rendesse a uma interpretação comum, ao invés de a um conflito de interpretações. Reconhecendo isto, Habermas localiza a integração política num nível ainda mais abstrato: ‘talvez fosse melhor falar em termos de um horizonte comum de interpretação dentro do qual os cidadãos de uma república vão debater sua autocompreensão política em conexão com temas factuais’. Mas como podemos saber que um conflito de interpretações está situado dentro de um horizonte interpretativo comum? Numa tradição constitucional estabelecida, parte da resposta será: quando o debate se volta para ‘a melhor interpretação dos mesmos direitos fundamentais e princípios’, que são ‘os pontos fixos de referência para qualquer patriotismo constitucional’ ”.

³⁶ HABERMAS. *Facticidad y validez*, p. 624.

O conceito ganha contornos diversos com o desenvolvimento que lhe é dado *a posteriori*. Sua adequação ao contexto alemão chama a atenção em virtude do constante diálogo que ele estabelece com o passado.

[O patriotismo constitucional] representa uma forma adequada de se responder ao grave problema de identidade alemã, pois permitia tanto lidar crítica e reflexivamente com a questão acerca da responsabilidade histórica em relação ao nazismo, quanto agora possibilitava um sentimento legítimo de auto-estima diante do processo político, na Alemanha, de consolidação do Estado Democrático de Direito, fundado nos direitos fundamentais garantidores das autonomias pública e privada dos cidadãos³⁷.

Com o recurso a este conceito, evita-se o problema de uma indevida *normalização* da história que apela ao esquecimento ou mesmo a uma anistia geral para tornar o processo de formação da identidade constitucional um uso reflexivo e público da história, um conflito verificável no debate dos historiadores alemães na década de 1980.

O fato do conceito de patriotismo constitucional não ser algo vazio, por demais abstrato ante as eticidades presentes em sociedades plurais, está evidenciado na diferenciação que Mattias Kumm³⁸ faz entre um *patriotismo constitucional denso (thick)* e um *patriotismo constitucional fraco (thin)*³⁹. Ele liga o conceito de patriotismo constitucional fraco ao suposto de que, para a formação de uma identidade do velho continente no âmbito da Comunidade Européia, bastariam os princípios básicos da tradição liberal constitucional-democrática, quais sejam, direitos humanos, democracia e Estado de Direito. Rosenfeld⁴⁰, como já ressaltado, renova as limitações e a teoria de um Poder Constituinte Originário ao apresentar os limites para este fincados na própria ideia de Constitucionalismo: governo limitado, Estado de Direito (*rule of law*) e direitos fundamentais.

Ao lado desse conceito fraco de patriotismo constitucional, Kumm⁴¹ apresenta um conceito denso, que evidencia um comprometimento mais forte do que aquele ligado a meros princípios abstratos. Cuida-se da vinculação a uma interpretação de um sistema de direitos abstratos por uma comunidade política localizada no tempo e no espaço. As normas abstratas são interpretadas à luz da história particular dos cidadãos e segundo seus compromissos éticos e políticos. Kumm salienta que esse processo se dá em parte na formação educacional nas escolas, nas discussões e deliberações de uma esfera pública

³⁷ CATTONI DE OLIVEIRA. *Patriotismo constitucional*, p. 623.

³⁸ KUMM. *The Idea of thick constitutional patriotism [...]*, p. 319.

³⁹ A melhor tradução de *thin* seria “fino” ou “ralo”; optei pelo termo “fraco” por razões de estilo e porque, ainda sim, a distinção não perde o sentido.

⁴⁰ ROSENFELD. *A identidade do sujeito constitucional*, p. 36.

⁴¹ KUMM. *The Idea of thick constitutional patriotism [...]*, p. 321.

organizada, em alianças que são forjadas, em programas articulados, em disputas jurídicas e políticas e em escolhas que são feitas. “Assim, princípios universais de justiça podem ser fixados textualmente em uma constituição. Mas eles derivam seu poder de conformar identidades no presente por meio da conexão das lutas do passado e com as ambições do futuro”⁴² (destaques do original).

Kumm irá então construir o ideal de patriotismo constitucional denso no espaço da Comunidade Européia por intermédio de uma *reconstrução da historiografia jurídica e política da Europa*. Por meio deste instrumento é que ele apontará para a existência de uma interpretação dos princípios liberais das democracias constitucionais que pode ser compartilhada pelos Estados nacionais europeus. Este não é o ponto que nos interessa primordialmente aqui, mas ele aponta para uma questão que vem sendo enfaticamente posta, qual seja, a de que não se trata, no patriotismo constitucional, de uma integração social no vazio.

Uma interpretação do conceito de patriotismo constitucional esclarecedora e instigante é a que faz Frank Michelman⁴³. Ele vislumbra, de fato, o caráter concreto de um patriotismo constitucional que une cidadãos em torno de um núcleo de princípios abstratos, ou a *essência da Constituição*, devidamente interpretados por uma comunidade. O patriotismo constitucional teria sim um aspecto de transcendentalismo, um reconhecimento do que uma Constituição incondicional e contrafactualmente deveria ser para justificar o uso do poder político. É a *possibilidade* de consenso que permite que as partes se comuniquem, não obstante terem diferentes interpretações sobre o mesmo objeto.

Em sociedades pluralizadas, os cidadãos podem reconhecer-se uns aos outros como livres e iguais, firmando um conjunto de princípios representativos daquilo que Michelman⁴⁴ chama de *essência da Constituição*. Há um acordo acerca de certos princípios que, não obstante suas diferentes aplicações, possibilitam uma base consensual. Os debates são sempre acerca da melhor interpretação que se faça sobre os princípios mais basilares de uma comunidade política; tal interpretação revela a impregnação ética dessa forma política. Os cidadãos que aceitam reger-se sob a base de fundamentação de um patriotismo constitucional reconhecem que não podem concordar previamente sobre o conteúdo dos

⁴² KUMM. *The Idea of thick constitutional patriotism [...]*, p. 321. Tradução livre de: “Thus, universal principles of justice may be textually fixed in the constitution. But they derive their power to shape identities in the present from the connection with struggles of the past and the ambitions for the future” (destaques do original).

⁴³ MICHELMAN. *Morality, identity and constitutional patriotism*, p. 1.009 e ss.

⁴⁴ MICHELMAN. *Morality, identity and constitutional patriotism*, p. 1.024.

princípios. E será apenas no *contexto de aplicação* que os cidadãos terão ideia do dissenso que impera. Tal contexto, de seu turno, é o que pode ser chamado de *identidade constitucional*. E, como foi salientado acima com Rosenfeld, tal identidade é um projeto voltado para o futuro, mas que não se desliga do passado. O dissenso nos discursos de aplicação dos princípios que constituem o núcleo de um patriotismo constitucional revela uma identidade constitucional que não pode se fechar.

“Patriotismo constitucional”, ao que parece, é a boa vontade necessariamente moral de um povo de um país para aceitar o dissenso sobre a aplicação de um núcleo de princípios constitucionais de respeito por todos como livres e iguais, sem a perda de confiança no conteúdo unívoco dos princípios, em virtude e desde que eles possam entender o desacordo como estritamente ligado a lutas pela identidade constitucional. E o que explica aquela boa vontade, quando e onde ela é encontrada? A resposta a isto deve ser que condições lá e então garantem um nível de confiança de modo que a luta sobre a identidade conjunta ocorre dentro de uma outra identidade conjunta que é, desde já, incompleta, mas até um grau suficiente, conhecida e fixada. A resposta é, em outras palavras, uma contingência cultural – a contingência cultural, quando e onde existente, que a identidade conjunta em questão, não obstante contestável possa ser sob outros aspectos, é já percebida por todos os envolvidos como incluída dentro de identidades constitucionais moralmente cômicas (portanto procedimental-democrática)^{45 46}.

Por certo que a pertinência do povo brasileiro a um conjunto de normas abstratas em alguns pontos, concretas em outros (se bem que tal concretude só é alcançada no momento de um discurso de aplicação), chamado de Constituição depende de uma contínua e crescente participação cidadã nos processos de formação da opinião e da vontade, bem como no acesso maior ao uso feito do poder político, assim como do conhecimento de um passado institucional e a responsabilização por erros cometidos neste mesmo passado. Por ser um processo, é possível, no entanto, identificar os momentos históricos em que certos atos ganham relevância na formação da identidade constitucional: tal é o exemplo da revisão da Lei de Anistia.

Em uma sociedade brasileira pluralista como a atual, resta saber se as decisões do Supremo Tribunal Federal evidenciam a assunção por ele de uma concepção ética

⁴⁵ MICHELMAN. *Morality, identity and constitutional patriotism*, p. 1.026 (destaques nossos).

⁴⁶ MICHELMAN. *Morality, identity and constitutional patriotism*, p. 1.027. Tradução livre de: ““*Constitutional patriotism*,” it appears, is the morally necessitated readiness of a country's people to accept disagreement over the application of core constitutional principles of respect for everyone as free and equal, without loss of confidence in the univocal content of the principles, because and as long as they can understand the disagreement as strictly tied to struggles over constitutional identity. And what explains that readiness, when and where it is found? The answer to that must be that conditions then and there warrant a level of confidence that the struggle over corporate identity occurs within a corporate identity that is already incompletely, but to a sufficient degree, known and fixed. The answer is, in other words, a cultural contingency--the cultural contingency, when and where it exists, that the corporate identity in question, however contested it may be in other respects, is already perceived by all concerned to fall within the class of morally conscientious (hence democratic-proceduralist) constitutional identities”.

determinada ou se elas fazem respeitar o processo histórico de afirmação de uma Constituição⁴⁷. Nesta ótica, uma concepção de anistia negadora de direitos fundamentais das vítimas e violadora de uma concepção de um Estado Democrático Direito comprometido com a necessária responsabilização de violadores de direitos humanos e, também, preocupado com a normatividade de um Direito Internacional dos Direitos Humanos, só poderia figurar no projeto que se desenha ao longo do tempo como um *erro* a ser superado. Também à luz de um conceito de *integridade*, é possível verificar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é devedora de uma linha argumentativa que possa ser qualificada como coerentemente desenvolvida da noção de *patriotismo constitucional*.

O *patriotismo constitucional* se apresenta aqui, pois, como o conceito adequado a permitir a consolidação de um projeto histórico reflexivo de cidadania necessário para uma devida abordagem do problema da reconciliação com o passado institucional brasileiro, à luz dos exemplos de Direito Comparado já enfrentados na história das instituições jurídicas e do próprio caráter constitutivo do Projeto Constituinte de 1988. Ele nos mostra justamente que, no julgamento da ADPF nº 153/DF, o Supremo Tribunal Federal descumpriu seu papel institucional de proteção da Constituição.

⁴⁷ “À luz de tais considerações, cabe considerar que a Constituição de 1988 é um marco importantíssimo – o mais importante na nossa história – de um projeto que transcende ao próprio momento de promulgação da Constituição e que lhe dá sentido de um projeto muito anterior que vem se desenvolvendo, ainda que sujeito a tropeços e atropelos, há bastante tempo” (CATTONI DE OLIVEIRA. *Poder Constituinte e patriotismo constitucional*, p. 56).

PARTE II – A DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO *GOMES LUND*: ELEMENTOS PARA UMA *JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO* NO BRASIL

Ao longo de toda a primeira parte, foi possível fazer um exame minucioso dos argumentos expendidos nos principais votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 153/DF. Este exame se procedeu sob o prisma da necessidade do reconhecimento da efetividade do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também a partir de uma perspectiva realizadora de um Estado Democrático de Direito sob os auspícios da Constituição de 1988. Assim, apontou-se vicissitudes que demonstram uma concepção autoritária e discutível por parte do Supremo Tribunal Federal da anistia promovida pela Lei nº 6.683/1979.

Esta concepção tornou-se ainda mais evidente com o julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no mesmo ano de 2010, do Caso *Gomes Lund*. Nos capítulos que seguem, proceder-se-á a uma análise desta decisão; serão discutidas as premissas básicas de uma *justiça de transição* e, em aspectos gerais, como seus principais elementos têm se apresentado no Brasil; ao cabo, serão apresentadas as razões que fundamentam a prevalência da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, bem como alguns caminhos já seguidos e ainda a seguir.

CAPÍTULO I – UMA RECONSTRUÇÃO DO CASO *GOMES LUND*

Este Capítulo I da II Parte da pesquisa busca desenvolver uma reconstrução de como a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado brasileiro no Caso *Gomes Lund*. Analisaremos, em primeiro lugar, as omissões das instituições brasileiras em investigar os fatos, apurar as responsabilidades e determinar o que se sucedeu realmente na Guerrilha do Araguaia por meio da Ação Ordinária nº 82.00.24682-5. Em seguida, analisaremos como se deu a atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos tão logo ela foi provocada a dar solução a respeito das mencionadas omissões e das conseqüentes violações da Convenção Americana de Direitos Humanos. Ao cabo, será apresentada a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do Caso *Gomes Lund*.

1.1 – As omissões do Estado brasileiro ante os fatos ocorridos na chamada Guerrilha do Araguaia

O PCdoB (Partido Comunista do Brasil) dissentia, pelo menos desde 1962, da chamada “linha pacífica” do PCB (Partido Comunista Brasileiro), e propunha uma luta revolucionária que deveria ocorrer nos campos¹. Camponeses formariam contingentes populares de oposição ao regime estabelecido. Aquele partido condenava a chamada “guerrilha urbana”, o que provocou dissidências mesmo internamente, com a formação de uma Ala Vermelha, em São Paulo e no Centro-Sul, e do Partido Comunista Revolucionário, no Nordeste. Contudo, uniformemente, desde 1966, o PCdoB enviava “quadros” à região do Araguaia, no sul do Pará, fato que ganhou forças com o endurecimento da repressão, principalmente após o AI-5/1968². O primeiro “quadro” a lá se instalar foi *Osvaldão*, Osvaldo Orlando da Costa, que ganharia fama entre os camponeses da região³.

¹ É preciso aqui reconhecer todo o “misticismo” que envolve não só episódio da “Guerrilha do Araguaia” como todo o período da ditadura militar e que insiste em ser mantido pela grande imprensa nacional. Ora não se dá destaque à temática de recuperação dos fatos e exercício de um direito à memória e à verdade, ora se dá voz apenas justamente ao lado de quem atuou oprimindo e reprimendo: “A liberdade de pensamento e expressão dos(as) brasileiros(a) é tutelada por informações desse quilate democrático. Isso se confirma quando a mídia hegemônica ao “exercitar” esse passado histórico brasileiro dá prioridade ao testemunho militar, como demonstra as longas entrevistas com os Generais do Exército Newton Santos e Leônidas Pires Gonçalves. Note-se que a aparente repulsa ao regime de exceção turva a propagação semiótica da narrativa dos militares. De fato, a empresa Rede Globo, que pode ser vista por mais de 180 milhões de brasileiros(as), silencia seu próprio apoio ao regime, publicamente reconhecido pelo presidente das Organizações Globo por “acreditar na vocação democrática de Castelo Branco”” (SILVA FILHO e outros. Petição de amicus curiae. Caso nº 11.552 – Julia Gomes Lund e Outros vs. Brasil, p. 11).

² MIRANDA. TIBÚRCIO. *Dos filhos deste solo*, p. 232.

³ “Na tarde de 4 de fevereiro de 1974 Osvaldão estava sozinho, escondido na floresta. Arlindo Vieira, o Piauí, um jovem camponês que colaborara com os guerrilheiros, vinha à frente de uma patrulha militar. Viu-o numa capoeira, sentado num tronco. Matou-o com um só tiro. O corpo enorme e depauperado do guerrilheiro morto foi pendurado num cabo e içado por um helicóptero. Despencou. Amarram-no de novo, e assim o povo da terra

Segundo Gaspari⁴, a ditadura obteve informações a respeito do projeto do PCdoB no início de 1972, com a prisão de *Peri* (Pedro Albuquerque) em Fortaleza após sua fuga da mata. O jornalista procura confirmar a informação a partir de um Relatório do CIE – Centro de Informações do Exército. Há indícios também de que com a prisão de “Regina”, casada com Lúcio Petit da Silva, teria sido ela forçada a apresentar informações em São Paulo. A partir de 12 de abril de 1972 começaram a chegar homens do Exército, desdobrando-se a chamada “Operação Papagaio”. Os números chegavam a um efetivo de perto de 1.500 homens em agosto de 1972⁵. Seria a “hora” dos 71 guerrilheiros, cada um portando um revólver com quarenta balas, tendo ainda à disposição quatro submetralhadoras (duas de confecção doméstica) e vinte e cinco fuzis. Para o enfrentamento,

A ditadura fixara um padrão de conduta. Fazia prisioneiros, mas não entregava cadáveres. Jamais reconheceria que existissem. Quem morria, sumia. Esse comportamento não pode ser atribuído às dificuldades logísticas da região, pois a tropa operava de acordo com uma instrução escrita: “Os PG (prisioneiros de guerra) falecidos deverão ser sepultados em cemitério escolhido e comunicado. Deverão ser tomados os elementos de identificação (impressões digitais e fotografias)”⁶.

Em outubro de 1973, 750 homens voltariam com ordens de não manter prisioneiros (como não mantiveram)⁷, na chamada Operação Marajoara. Muito longe do que esta Carta de Instrução nº 01/72 estipulava, que viria a ser publicada no *Jornal do Brasil* em 3 de dezembro de 1992, o fato é que nenhum dos guerrilheiros mortos jamais foi submetido a julgamento; nada de legalidade e, menos ainda, devido processo legal.

Já em outubro de 1980, familiares dos resistentes dirigiram-se à região e obtiveram informações acerca de cemitérios clandestinos. No campo cível, foi ajuizada a Ação Ordinária nº 82.00.24682-5, proposta em 1982 perante a 1ª Vara Federal do Distrito Federal e que só transitou em julgado em 9 de outubro de 2006. Nela, familiares das vítimas da Guerrilha do Araguaia requereram a declaração de ausência dos desaparecidos na ocasião, a determinação de seu paradeiro ou de seus restos mortais, o esclarecimento das

viu que Osvaldão se acabara. Antes de sepultá-lo, cortaram-lhe a cabeça” (GASPARI. *A ditadura escancarada*, p. 406).

⁴ GASPARI. *A ditadura escancarada*, p. 413.

⁵ O relatório da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à memória e à verdade*, p. 194 e ss) menciona um efetivo ainda maior, entre 3 a 5 mil soldados.

⁶ GASPARI. *A ditadura escancarada*, p. 420.

⁷ “*Os guerrilheiros refugiaram-se na mata e as forças repressivas efetuaram prisões, conseguindo capturar alguns militantes, entre eles José Genoíno Neto, que tinha sido vice-presidente da UNE e se elegeria mais tarde deputado federal por vários mandatos. Como regra geral, apenas esses primeiros guerrilheiros aprisionados com vida foram poupados. Em 1973, a ordem oficial passou a ser de eliminação*” (BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à memória e à verdade*, p. 196).

circunstâncias da morte e a entrega de um “Relatório Oficial do Ministério da Guerra”. Após sucessivos recursos por parte da União, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região manteve a decisão de 1ª instância que ordenou a desclassificação do sigilo de documentos relacionados à operação militar no Araguaia, a definição, em 120 dias, pela União, da localização dos restos mortais das vítimas e a apresentação, pela União, de todas as informações arquivadas relacionadas com a Guerrilha e a instauração, no âmbito das Forças Armadas, de processos investigatórios sobre o ocorrido. Após negativas sobre a existência de documentos, a União juntou aos autos mais de 20.000 laudas relacionadas com os fatos. Em 2009, tendo em vista o cumprimento da decisão, foi formado o Grupo Tocantins, integrado, inclusive, por militares, para realizar novas expedições à região. Em 19 de outubro de 2010, o Juízo Federal determinou a permanência em sigilo de seis urnas de polietileno contendo restos mortais de possíveis participantes da Guerrilha do Araguaia.

Será esta mesma ação que gerará a insatisfação dos familiares e a necessidade de provocação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Além desta ação ordinária, vale registrar a Ação Civil Pública 2001.39.01.000810-5, proposta pelo Ministério Público Federal, buscando fazer cessar a influência de militares até hoje na região, mediante ações sociais, e fazer com que fossem disponibilizados reservadamente todos os documentos sobre a operação militar. Condenada em 1ª instância, a União apelou, sendo a decisão mantida em segundo grau e estando, no momento, sujeita a recursos extraordinário e especial. O que chama a atenção (e também chamou a atenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos) é o fato de que, apesar de reconhecer sua responsabilidade por meio das ações da Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos, do documento “Direito à Memória e à Verdade” e da Lei nº 9.140/1995, a União contestou todos os pontos das referidas ações e interpôs todos os possíveis recursos.

Após o insucesso parcial da medida judicial na Ação Ordinária nº 82.00.24682-5, e tendo em vista, principalmente, a delonga na solução do caso, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), o *Human Rights Watch/Americas*, assim como o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro e a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado da Universidade de São Paulo ofereceram uma representação em 7 de agosto de 1995 à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em vista da violação pelo Brasil dos direitos humanos previstos nos arts. I, XXV e XXVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e nos arts. 4, 8, 12, 13 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. O caso recebeu o nº de 11.552 na

Comissão, tendo sido admitido no Relatório de Admissibilidade n° 33/2001 e resultando no Relatório de Mérito n° 91/2008, do qual o Brasil foi devidamente notificado.

Após o cumprimento do devido processo legal, a Comissão Interamericana decidiu levar o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos na data de 26 de março de 2009⁸. As violações da Convenção Americana de Direitos Humanos foram inúmeras e o objeto da demanda envolvia a detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 60 a 70 militantes (justamente ante a falta de informações completas sobre o caso) na erradicação da Guerrilha do Araguaia entre os anos de 1972 a 1975. A Comissão foi explícita em exigir a condenação com base nas alegações do Estado de que a Lei n° 6.683/1979 representava um obstáculo para a investigação, o julgamento e punição dos agentes envolvidos nos fatos. Além disto, os meios e recursos processuais postos à disposição das vítimas não foram suficientes; medidas legais e administrativas privaram as vítimas do acesso à informação; além do fato de que o desaparecimento forçado constituía uma indevida agressão aos direitos de acesso à justiça, à verdade e à informação.

No curso do procedimento perante a Corte, participaram com “escritos de solicitações e argumentos” o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado de São Paulo e o CEJIL – Centro pela Justiça e o Direito Internacional. Vítimas,

⁸ A Comissão solicitou que a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarasse e reconhecesse a responsabilidade do Estado brasileiro, bem como lhe ordenasse que passasse a: “*Adotar todas as medidas que sejam necessárias, a fim de garantir que a Lei N° 6.683/79 (Lei de Anistia) não continue representando um obstáculo para a persecução penal de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade; b. Determinar, através da jurisdição de direito comum, a responsabilidade penal pelos desaparecimentos forçados das vítimas da Guerrilha do Araguaia e a execução de Maria Lúcia Petit da Silva, mediante uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos com observância ao devido processo legal, a fim de identificar os responsáveis por tais violações e sancioná-los penalmente; e publicar os resultados dessa investigação. No cumprimento desta recomendação, o Estado deverá levar em conta que tais crimes contra a humanidade são insuscetíveis de anistia e imprescritíveis; c. Realizar todas as ações e modificações legais necessárias a fim de sistematizar e publicar todos os documentos relacionados com as operações militares contra a Guerrilha do Araguaia; d. Fortalecer com recursos financeiros e logísticos os esforços já empreendidos na busca e sepultura das vítimas desaparecidas cujos restos mortais ainda não hajam sido encontrados e/ou identificados; e. Outorgar uma reparação aos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada, que inclua o tratamento físico e psicológico, assim como a celebração de atos de importância simbólica que garantam a não repetição dos delitos cometidos no presente caso e o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelo desaparecimento das vítimas e o sofrimento de seus familiares; f. Implementar, dentro de um prazo razoável, programas de educação em direitos humanos permanentes dentro das Forças Armadas brasileiras, em todos os níveis hierárquicos, e incluir especial menção no currículo de tais programas de treinamento ao presente caso e aos instrumentos internacionais de direitos humanos, especificamente os relacionados com o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura; e, g. Tipificar no seu ordenamento interno o crime de desaparecimento forçado, conforme os elementos constitutivos do mesmo estabelecidos nos instrumentos internacionais respectivos” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório de Mérito n° 91/2008. Caso 11.552: Julia Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) contra República Federativa do Brasil. Washington, 26 de março de 2009. Disponível em < >. Acesso em 13 mar. 2012, p. 82-83).*

testemunhas e peritos apresentaram depoimentos perante um servidor dotado de fé pública que foram recebidos pela Corte (os chamados “*affidávits*”). Houve a realização de uma audiência pública nos dias 20 e 21 de maio de 2010. Foram admitidos oito *amici curiae*, entre outras instituições, a Seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil; a Associação Juízes para a Democracia; o Grupo de Ensino, Pesquisa e Extensão “Democracia e Justiça de Transição” da Universidade Federal de Uberlândia⁹; e o Grupo de Pesquisa “Direito à memória e à verdade e Justiça de Transição” da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

No que respeita ao julgamento¹⁰, é de se verificar que a República Federativa do Brasil opôs *exceções preliminares*. Uma delas dizia respeito à competência temporal da CteIDH, uma vez que o Brasil reconheceu sua jurisdição apenas para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. A Corte julgou procedente em parte esta exceção, em virtude do princípio da irretroatividade previsto no art. 28 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, para excluir de sua competência a execução de Maria Lúcia Petit da Silva, que teve seus restos mortais identificados em 1996. Uma vez que os demais casos são todos de desaparecimento forçado, crime, portanto, *permanente*, a Corte pôde exercer sua jurisdição¹¹.

⁹ “18. A ausência de uma ação mais contundente por parte do Estado brasileiro, na apuração dos crimes contra a humanidade cometidos na ditadura, promove, nos agentes perpetradores dessas violações, a confiança na impunidade. Especificamente no caso da Guerrilha do Araguaia, isso pode ser facilmente aferido pelas declarações públicas de um dos militares protagonistas do extermínio dos militantes da Guerrilha. Em matéria publicada em um jornal de circulação nacional, O Estado de São Paulo, o major Sebastião Curió Rodrigues de Moura, conhecido como major Curió, decidiu falar sobre o rol de documentos sobre a Guerrilha do Araguaia (dentre eles anotações pessoais e documentos oficiais do Exército brasileiro) que guarda em sua casa dentro de uma “mala vermelha”.

19. A matéria veiculada, com base nas declarações de Curió, não deixa dúvidas sobre a versão de que os guerrilheiros foram exterminados na literalidade do termo, contrariando a versão dos militares de que “estavam de armas nas mãos na hora em que tombaram”. De acordo com Curió “muitos se entregaram nas casas de moradores da região ou foram rendidos em situações em que não ocorreram disparos”. Quanto às três etapas de perseguição dos militantes da Guerrilha do Araguaia, o major afirma que “até o meio da terceira campanha houve combates. Mas, a partir do meio da terceira campanha para frente, houve uma perseguição atrás de rastros. Seguíamos esse rastro duas, três semanas. A terceira campanha é que teve o efeito que o regime desejava” (GRUPO DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO “DEMOCRACIA E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO” DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA. Petição de *amicus curiae* no Caso 11.552 – Julia Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) contra República Federativa do Brasil. Disponível em <www.fundamentos.dos.direitos.fadir.ufu.br>. Acesso em 12 abr. 2011, p. 8-9).

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 1 jan. 2011.

¹¹ Não custa apontar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu o caráter permanente do crime de seqüestro previsto no art. 148 do Código Penal brasileiro. Ainda que o Brasil não tenha, no momento, ratificado a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (assinada na Assembleia Geral da OEA, realizada em Belém do Pará em 9 de junho de 1994, sobre ela houve aprovação legislativa, mas não houve ainda definitiva incorporação pelo Presidente da República), é possível, sim, cogitar da punibilidade dos crimes praticados em relação aos resistentes da Guerrilha do Araguaia, no mínimo, em relação ao crime de seqüestro. Para tanto, cf. Extradicação nº 974 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 974. Requerente: Governo

Outra exceção preliminar manifestada pela República Federativa do Brasil disse respeito a uma suposta ausência de *interesse processual* por parte da Comissão para processar o Estado perante a CteIDH. Esta ausência se manifestaria no fato de que um prazo muito curto teria decorrido entre a manifestação do Estado brasileiro perante a Comissão sobre as medidas tomadas por ele e o envio do caso à CteIDH. O Estado alegou que diversas medidas foram tomadas: a edição da Lei nº 9.140/1995, a publicação do livro “*Direito à memória e à verdade*”, resultado do trabalho da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, atos de natureza simbólica, o advento do projeto “*Memórias Reveladas*”, entre outras. Note-se que o Estado agiu de forma desidiosa mesmo no procedimento perante a Comissão: após a intimação do Relatório de Mérito nº 91/2008, ele teria o prazo de dois meses para se manifestar; requereu duas prorrogações, deferidas, que lançariam o termo final para 22 de março de 2008. No dia 24 de março de 2008, foi apresentado um relatório parcial requerendo-se nova prorrogação para juntada de informações adicionais. Um completo desrespeito à jurisdição da CteIDH e aos próprios familiares de desaparecidos políticos que recorreram a ela.

Fato é que, como se manifestaram os representantes das vítimas, o Brasil visava aplicar *condições da ação* próprias do direito interno (na velha dicotomia “utilidade e necessidade” que forma o *interesse processual*) para inovar em uma *exceção preliminar* que, em verdade, integrava o mérito da decisão. A própria CteIDH já tinha jurisprudência formada a respeito do que constituía uma *exceção preliminar*: alguma violação dos arts. 50 e 51¹² da

da República Argentina. Extraditado: Manoel Cordeiro Piacentini. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília/DF, 6 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606492>>. Acesso em 12 mar. 2011). O Projeto de Lei nº 245/2011 visa acrescentar o art. 149-A ao Código Penal para tipificar o crime.

¹² “Artigo 50º

1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, e, do artigo 48º.

2. O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo.

3. Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas.

Artigo 51º

1. Se, no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração.

2. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada.

Convenção Americana de Direitos Humanos que provoque desequilíbrio processual ou lesão ao direito de defesa. Além disto, a própria CteIDH levantou uma objeção de “segurança jurídica” – tão conclamada quando são discutidas as questões referentes ao presente caso – que o Brasil não observou: ignorou todas as normas procedimentais necessárias ao bom andamento do processo. Por isto, foi fácil para ela desqualificar a suposta *exceção preliminar*. Some-se a isto a determinação da CteIDH no sentido de que as medidas adotadas pelo Estado brasileiro não são impeditivas do exercício de sua competência jurisdicional; quando muito constituem matéria a ser analisada no mérito.

Uma última exceção preliminar dizia respeito à chamada “regra da quarta instância” e a suposta falta de esgotamento do procedimento da ADPF nº 153/DF. A proibição da quarta instância se materializou no questionamento da República Federativa do Brasil a respeito da possibilidade da CteIDH se opor à decisão do STF na ADPF nº 153/DF, decisão esta tomada pela “mais alta corte de um Estado”. A CteIDH decidiu que a argüição de descumprimento de preceito fundamental não era uma medida judicial à disposição dos representantes, dado que no momento em que peticionaram junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 1996, não havia regulamentação para o procedimento da argüição¹³. Além disto, os representantes não estão legitimados a propor tal ação e ela não seria apta a definir responsabilidades individuais e nem determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas¹⁴. A CteIDH esclareceu também que não pretendia revisar a decisão do STF, mas determinar se o Brasil violou suas obrigações internacionais. De mais a mais, a Corte poderia, conforme sua jurisprudência, examinar decisões de órgãos judiciais internos, ainda que se tratasse de tribunais superiores; seu papel se destacaria em relação ao do Supremo Tribunal Federal, já que ela realizaria um *controle de convencionalidade*, e não de *constitucionalidade*. De fato, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP¹⁵ estabeleceu a distinção feita pela CteIDH.

3. *Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não medidas adequadas e se publica ou não seu relatório.*”

¹³ Apenas em 1999 a argüição de descumprimento de preceito fundamental veio a ser regulamentada, por meio da Lei 9.882.

¹⁴ Em verdade, a partir do Projeto de Lei nº 17/1999 encaminhado ao Presidente da República Fernando Henrique Cardoso para sanção, seria possível que “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público” pudesse ajuizar a argüição de descumprimento de preceito fundamental. O dispositivo, contudo, foi vetado, ao argumento de que a “[...] *admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame*”.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 466.343/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator Ministro César Peluso. Brasília/DF, 3 de dezembro de 2008.

Além disto, a República Federativa do Brasil, e aí, obviamente, incluídas as suas instituições estatais, submeteu-se a um tratado internacional de normatividade inquestionável, a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do Decreto nº 4.463/2002, este com data retroativa a 10 de dezembro de 1998. Desta maneira, como bem assinalou a Corte Interamericana, não haveria jurisdição internacional da mesma apenas para fatos anteriores a 10 de dezembro de 1998, o que não compreende os 60 resistentes do Araguaia ante a permanência do crime de *desaparecimento forçado*¹⁶ (ou seqüestro, na tipificação brasileira correspondente e na visão do próprio STF esposada na Extradução nº 974).

Desrespeitar as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos significa desrespeitar o direito vigente. Mais especificamente: significa desrespeitar a Constituição, uma vez que o art. 4º estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se em suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos (inc. II) e que ela buscará a integração política e social dos povos da América Latina, todos submetidos à Organização dos Estados Americanos, cujo órgão de efetivação dos direitos humanos é a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Além disto, até por uma questão de *integridade*, como o STF seguia uma onda de respeito à jurisprudência da CteIDH, era de se esperar que ele permanecesse em tal posição. Pois assim ele decidiu no já referido Recurso Extraordinário nº 466.343/SP e também no Recurso Extraordinário 511.961/SP¹⁷.

No que respeita à prova produzida no curso do processo, cerca de 28 testemunhas renderam declarações a respeito dos obstáculos criados pelas autoridades públicas brasileiras para o encontro de informações a respeito do ocorrido com cada um dos insurgentes. Atuaram como peritos Flávia Piovesan, Damián Miguel Loreti Urba, Paulo César

Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> >. Acesso em 10 jan. 2010.

¹⁶ “Ao contrário, em sua jurisprudência constante, este Tribunal estabeleceu que os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional. Em concordância com o exposto, a Corte recorda que o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos. A Corte, portanto, é competente para analisar os alegados desaparecimentos forçados das supostas vítimas a partir do reconhecimento de sua competência contenciosa efetuado pelo Brasil” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 1 jan. 2011, p. 10).

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 511.961/SP. Recorrente: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo – SETERSP e Ministério Público Federal. Recorrida: União e Outros. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de junho de 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em 12 set. 2009.

Endo, Hélio Bicudo e, pelo Estado brasileiro, Estevão Chaves de Rezende Martins e Alcides Martins. Na audiência pública, manifestaram-se Laura Petit da Silva, Criméia Alice Schmidt de Almeida, Elisabeth Silveira e Silva, Marlon Alberto Weichert, Belisário dos Santos, Rodrigo Uprinny e, pelo Estado brasileiro, José Gregori, José Paulo Sepúlveda Pertence e Gilson Dipp. Todo este processamento tornou a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em exercício de um *control de convencionalidade*, o resultado de um debate muito mais plural e permeado pela legitimidade dos eventuais destinatários da decisão judicial. Poder-se-ia, inclusive, tomando emprestada a expressão de Peter Häberle, falar-se de uma “comunidade aberta de intérpretes da Convenção Americana de Direitos Humanos”. Contrariamente, apesar do importantíssimo papel desenvolvido pelos “*amici curiae*” no procedimento da ADPF nº 153/DF¹⁸, o STF, por meio da decisão do Ministro Eros Grau de indeferir o pedido do Conselho Federal da OAB de realização de audiência pública, restringiu o debate que poderia dar novos contornos à decisão final.

Em relação às provas documentais consideradas, a CteIDH analisou documentos apresentados pelas partes, valorou artigos e textos acadêmicos dentro de seus limites, bem como notas de imprensa. Em 6 de maio de 2010, o Estado brasileiro informou à CteIDH o teor da decisão proferida pelo STF na ADPF nº 153/DF como fato superveniente ao momento da produção probatória, nos termos do art. 46.3 do Regulamento da Corte. Outras provas que não se referiam a fatos supervenientes, como uma contestação da República Federativa do Brasil à perícia de Uprimny e um laudo complementar apresentado por Hélio Bicudo, não foram conhecidos por extemporaneidade. Todas as provas foram analisadas pela Corte por meio do que considera “regras da crítica sã”¹⁹. Para a reconstrução dos fatos, é importante destacar que a CteIDH foi expressa em reconhecer que se baseou em *documentos oficiais*, quais sejam, a Lei nº 9.140/1995 (o que, desde já, exclui um argumento em voga para a suposta ausência de responsabilização, qual seja, o de que não se poderia mais falar em seqüestro dado que o art. 1º de tal lei reconhece as pessoas por ele abrangidas como mortas) e

¹⁸ Participaram como *amici curiae* na ADPF nº 153/DF a Associação Juízes para a Democracia, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL, a Associação Brasileira de Anistiados Políticos – ABAP e a Associação Democrática e Nacionalista de Militares – ADNAM.

¹⁹ “La Corte ha señalado anteriormente, que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que los procedimientos internos, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuado prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites dados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes. La jurisprudencia internacional ha sostenido la potestad de los tribunales para evaluar las pruebas dentro de los límites de la sana crítica; y, ha evitado siempre suministrar una rígida determinación de la cantidad de prueba necesaria para fundar un fallo” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la “Panel blanca” (Paniagua Morales y Otros) vs. Guatemala. Sentença de 25 de maio de 2001. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_76_esp.pdf>. Acesso em 21 mar. 2012).

os relatórios da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, do Ministério da Defesa sobre a Guerrilha do Araguaia e da Comissão Interministerial criada para investigar os desaparecimentos ocorridos naquela ocasião²⁰.

A CteiDH, procedeu, em seguida, a uma análise histórica do contexto em que se deu a Guerrilha do Araguaia. Mencionou o Golpe de 1964 e os sucessivos atos institucionais, bem como outras manifestações repressivas, como o fechamento do Congresso Nacional, a censura sobre a imprensa, a cassação de direitos políticos e a suspensão das liberdades de reunião e expressão, assim como da garantia do *habeas corpus*. Destacou o endurecimento do regime com o Governo Médici e a manutenção da sistemática de desaparecimento de presos políticos nos três primeiros anos do Governo Geisel. Com base no documento “*Direito à memória e à verdade*”, destacou os fatos que compuseram a chamada Guerrilha do Araguaia:

Entre abril de 1972 e janeiro de 1975, um contingente de entre três mil e dez mil integrantes do Exército, da Marinha, da Força Aérea e das Polícias Federal e Militar empreendeu repetidas campanhas de informação e repressão contra os membros da Guerrilha do Araguaia. Nas primeiras campanhas, os guerrilheiros detidos não foram privados da vida, nem desapareceram. Os integrantes do Exército receberam ordem de deter os prisioneiros e de “sepultar os mortos inimigos na selva, depois de sua identificação”; para isso, eram “fotografados e identificados por oficiais de informação e depois enterrados em lugares diferentes na selva”. No entanto, após uma “ampla e profunda operação de inteligência, planejada como preparativo da terceira e última investida de contra-insurgência”, houve uma mudança de estratégia das forças armadas. Em 1973, a “Presidência da República, encabeçada pelo general Médici, assumiu diretamente o controle sobre as operações repressivas [e] a ordem oficial passou a ser de eliminação” dos capturados²¹.

A decisão destacou o surgimento da Lei n° 9.140/1995, mencionando que ela serviu como um reconhecimento pelo Estado de sua responsabilidade pelos desaparecimentos, além de ter instituído a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, bem como um sistema de reparações pecuniárias. Também foram mencionadas as 13 expedições de busca e identificações de restos mortais ocorridas entre 1980 e 2006. Salientou-se também que a Comissão Interministerial criada pelo Decreto n° 4.850/2003 oficiou as Forças Armadas para

²⁰ Tal documentação ganha força uma vez que “[...] Na audiência pública, o Brasil salientou que “este é um momento histórico, em que o Estado brasileiro reafirma sua responsabilidade pelas violações de direitos humanos ocorridas durante o trágico episódio conhecido como Guerrilha do Araguaia. Este também é um momento mais que oportuno para honrar os mortos e vítimas”. Por outro lado, o Estado referiu-se a diversas medidas adotadas, entre muitas outras, como a Lei No. 9.140/95 e a publicação do relatório “Direito à Memória e à Verdade”. Além disso, não apresentou alegações específicas a respeito dos atos de desaparecimentos forçados supostamente ocorridos no presente caso” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 1 jan. 2011, p. 31).

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 1 jan. 2011, p. 33.

que apresentassem documentos referentes ao embate, tendo sido oferecida a resposta de que não haviam documentos ou, se haviam, foram destruídos conforme legislação vigente no período.

Na sequência, a CteIDH procedeu a uma descrição das múltiplas violações de direitos humanos que o *desaparecimento forçado* propicia²². Há um caráter de permanência em tal crime que se desdobra em um primeiro momento de privação de liberdade da vítima e, em um segundo momento, a completa ausência de informações a seu respeito. Haveria uma “pluriofensividade” no crime, para a qual a CteIDH já havia chamado a atenção no Caso *Velázquez Rodríguez* e que precederia mesmo a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas. A posição foi abraçada pela Corte Européia de Direitos Humanos em decisões como a de *Case of Kurt v. Turkey, Application* nº 15/1997/799/1002 (1998), assim como pela Suprema Corte de Justiça de Nação do México (*Tesis: P./J. 87/2004*), pelo Plenário da Corte Suprema do Chile (*Caso de desaforamento de Pinochet*, 2004), pela Câmara Federal de Apelações do Tribunal Penal e Correccional da Argentina (*Caso Videla e outros*, 1999) e pela Corte Suprema do Uruguai (*Caso Juan Carlos Blanco*, 2002). Em todas as qualificações, o crime de desaparecimento forçado aparece como crime contra a humanidade, imprescritível e, o mais importante, não anistiável, além de integrar os princípios essenciais que alimentam o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o *jus cogens*²³.

²² “Quando se fala em desaparecido político é preciso ter em mente, como observa com propriedade o projeto Brasil: nunca mais, que tal condição corresponde ao maior estágio do grau de repressão política observada em um determinado país. Afinal, a um caso de desaparecimento não é possível aplicar os dispositivos legais que garantem a liberdade pessoal, a integridade física e a própria vida do indivíduo. Ao valer-se de dispositivos deste tipo, regimes autoritários conseguem extrapolar ainda mais a já precária legalidade praticada. Retiram indivíduos da sociedade para torná-los simulacros de uma realidade que, na maioria das vezes, não é dada a conhecer. Como localizar alguém que foi capturado pelo aparato de repressão se o próprio aparato nega a existência de determinada prisão? Como avançar nas buscas sem o acesso às informações oficiais? Como transitar em um mundo artificialmente construído, onde a farsa ignora a dor e confere ainda mais poder à repressão? Na lógica do regime militar, o desaparecido político vira quase uma peça de ficção, um não-ser [...]” (MEZAROBBA. *Um acerto de contas com o futuro*, p. 61).

²³ Repita-se, pela importância, a nota de rodapé veiculada à decisão pela CteIDH: “Superior Tribunal de Justiça da República Bolivariana da Venezuela, *Caso Marco Antonio Monasterios Pérez*, sentença de 10 de agosto de 2007 (declarando a natureza pluriofensiva e permanente do delito de desaparecimento forçado); Suprema Corte de Justiça da Nação do México, *Tesis: P./J. 87/2004*, “Desaparecimento forçado de pessoas. O prazo para que opere a prescrição não se inicia até que apareça a vítima ou se determine seu destino” (afirmando que os desaparecimentos forçados são delitos permanentes e que se deve começar a calcular a prescrição a partir do momento em que cessa sua consumação); Câmara Penal da Corte Suprema do Chile, *Caso Caravana*, sentença de 20 de julho de 1999; Plenário da Corte Suprema do Chile, *Caso de desaforamento de Pinochet*, sentença de 8 de agosto de 2000; Tribunal de Apelações de Santiago, Chile, *Caso Sandoval*, sentença de 4 de janeiro de 2004 (todos declarando que o delito de desaparecimento forçado é contínuo, de lesa-humanidade, imprescritível e não anistiável); Câmara Federal de Apelações do Tribunal Penal e Correccional da Argentina, *Caso Videla e outros*, sentença de 9 de setembro de 1999 (declarando que os desaparecimentos forçados são delitos contínuos e de lesa-humanidade); Tribunal Constitucional da Bolívia, *Caso José Carlos Trujillo*, sentença de 12 de

Com isto, uma vez que as vítimas, por uma questão óbvia, ficam privadas do acesso a recursos e garantias judiciais para se proteger, a representatividade deve ser transferida aos seus familiares e o Estado deve responsabilizar-se por realizar, rapidamente, uma investigação. A CteIDH afirmou, então, que a República Federativa do Brasil nem controverteu e nem reconheceu expressamente sua responsabilidade no procedimento judicial. O que ele o fez foi afirmar – de modo reiterado – tal reconhecimento no âmbito interno, principalmente com referência à Lei nº 9.140/1995. A partir disto, a CteIDH estabeleceu que não há controvérsia sobre os fatos relacionados ao *desaparecimento forçado* dos que combateram na Guerrilha do Araguaia, e nem da responsabilidade estatal para com tais fatos. E exarou:

A modo de conclusão, com base nas informações do Estado e nas considerações anteriores, o Tribunal encontra provado que, entre os anos 1972 e 1974, na região conhecida como Araguaia, agentes estatais foram responsáveis pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas identificadas como supostas vítimas do presente caso. Transcorridos mais de 38 anos, contados do início dos desaparecimentos forçados, somente foram identificados os restos mortais de duas delas. O Estado continua sem definir o paradeiro das 60 vítimas desaparecidas restantes, na medida em que, até a presente data, não ofereceu uma resposta determinante sobre seus destinos. A esse respeito, o Tribunal reitera que o desaparecimento forçado tem caráter permanente e persiste enquanto não se conheça o paradeiro da vítima ou se encontrem seus restos, de modo que se determine com certeza sua identidade²⁴.

Com isto, foi possível determinar a violação pela República Federativa do Brasil dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Avançando, a CteIDH passou a analisar se a Lei nº 6.683/1979 seria ou não compatível com os direitos estabelecidos nos arts. 1.1, 2, 8.1 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos já havia destacado que tal lei era contrária às obrigações fixadas na Convenção e à própria jurisprudência da CteIDH, principalmente em se tratando de graves violações de direitos humanos, às quais não se pode opor normas prescricionais ou outras excludentes de responsabilidade. Os

novembro de 2001; Tribunal Constitucional do Peru, Caso Castillo Páez, sentença de 18 de março de 2004 (declarando, em virtude do ordenado pela Corte Interamericana, no mesmo caso, que o desaparecimento forçado é um delito permanente até que se determine o paradeiro da vítima), e Corte Suprema do Uruguai, Caso Juan Carlos Blanco e Caso Gavasso e outros, sentenças de 18 de outubro de 2002 e de 17 de abril de 2002, respectivamente” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 1 jan. 2011, p. 33, nota 129).

²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 1 jan. 2011, p. 45.

representantes dos familiares de vítimas mencionaram a tortuosa interpretação dada à expressão “crimes conexos” e que fora referendada com eficácia *erga omnes* e vinculante pelo STF; mencionaram também que ela não foi resultado de um “processo de negociação equilibrada”, havendo verdadeira deformação da história em se defender o contrário. Contrariamente, o Estado brasileiro destacou que a lei teria sido aprovada em um contexto de transição para a democracia e “reconciliação nacional” e requereu “cautela” da Corte ao recorrer a outros precedentes aplicados a outros Estados. Além disto, a CteIDH deveria observar os princípios da legalidade e da irretroatividade, assim como o fato de que o costume internacional não poderia ser fonte de direito penal. Por fim, dever-se-ia buscar “harmonia” entre os princípios da legalidade e de garantia de não repetição fixados na Convenção Americana, com o auxílio do “princípio da proporcionalidade”²⁵.

A CteIDH passou a realizar, em sequência, uma análise da Lei de Anistia de 1979. Ela se ateve, principalmente, aos argumentos expendidos pelo voto do Ministro Relator Eros Grau – todos aqui já criticados, por exemplo, ao fato de que a lei seria uma “lei-medida”, de que houve uma transição conciliada em que todos foram absolvidos, uns absolvendo a si mesmos, ao fato de havia um acordo político que só caberia ao Legislativo desfazer e, por fim, de que ela seria até parte integrante da base fundadora da Constituição de 1988.

Afirmou a CteIDH que a obrigação de investigação de graves violações de direitos humanos faz parte da forma de implementação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Trata-se de obrigação de meio que deve ser assumida pelo Estado como obrigação de caráter jurídico e não pode ser recusada pela mera possibilidade de restar infrutífera. Uma investigação que se queira séria, imparcial e efetiva deverá ser implementada *ex officio*, sem depender de uma suposta gestão de interesses particulares em que as vítimas se veriam obrigadas a levar a questão ao Estado. Há, também, a necessidade de concretização de uma

²⁵ “Método” para a solução do conflito entre princípios, o *princípio da proporcionalidade* tem sido recorrentemente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal e sempre de forma desastrosa. Uma compreensão procedimentalista da jurisdição constitucional opõe a ele severas críticas, fundadas, principalmente, na relativização do código binário do direito que ele possibilita. Para tanto, cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004; e, MEYER, Emilio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008. A “lógica” do *princípio da proporcionalidade* estaria assentada numa equiparação discutível entre *valores* e *principios jurídicos* a que procede Robert Alexy e, a respeito da qual, Jürgen Habermas (*Facticidad y validez*, p. 328-329) teceu severas críticas: “*Las normas y valores se distinguen, pues, primero por la referencia que, respectivamente, hacen a la acción <<deontológica>>, es decir, a la acción sujeta a obligaciones, y a la acción teleológica; segundo por la codificación, bien binaria, bien gradual, de su pretensión de validez; tercero, por su tipo de carácter vinculante, absoluto en caso de las normas, y relativo en lo caso de los valores; y, cuarto, por los criterios a los que han de satisfacer los sistemas de normas, por un lado, y los sistemas de valores, por otro*”.

responsabilização penal decorrente da obrigação de garantia fixada no art. 1.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o que obriga o Estado a pré-ordenar o aparato estatal e todas as estruturas nas quais o Poder Público se manifesta para efetivar livre exercício de direitos humanos. Tal necessidade de responsabilização penal não é um atributo exclusivo dos sistemas regionais; assim já se manifestou o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e também a Comissão de Direitos Humanos do mesmo órgão:

A antiga Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas reconheceu que exigir responsabilidade dos autores de violações graves dos direitos humanos é um dos elementos essenciais de toda reparação eficaz para as vítimas e “um fator fundamental para garantir um sistema de justiça justo e equitativo e, em definitivo, promover uma reconciliação e uma estabilidade justas em todas as sociedades, inclusive nas que se encontram em situação de conflito ou pós-conflito, e pertinente no contexto dos processos de transição”²⁶.

A CteIDH recuperou, em seguida, os diversos casos decididos por ela em que se demonstrou a incompatibilidade das anistias com o Direito Internacional (Casos *Barrios Altos, La Cantuta e Almodinad Arellano*). Fez referência também ao Relatório do Conselho de Segurança da ONU (U.N. Doc. S/2004/616) sobre justiça de transição que rechaça a anistia em tais casos. Em sentido semelhante se manifestaram o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia²⁷ e o Tribunal Especial para Serra Leoa. De modo semelhante, a CteIDH irá se referir a jurisprudência da Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina, à Suprema Corte do Chile, ao Tribunal Constitucional do Peru, à Suprema Corte de Justiça do Uruguai e à Corte Constitucional da Colômbia, todos os órgãos jurisdicionais manifestando-se de forma diametralmente oposta ao Supremo Tribunal Federal. Com isto, foi possível para a CteIDH considerar que a forma como foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia pelo Brasil violou o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações de direitos humanos:

Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 1 jan. 2011, p. 53.

²⁷ “At the inter-state level, it serves to internationally de-legitimise any legislative, administrative or judicial act authorizing torture. It would be senseless to argue, on the one hand, that on account of the *jus cogens* value of the prohibition against torture, treaties or customary rules providing for torture would be null and void *ab initio*, and then be unmindful of a State say, taking national measures authorising or condoning torture or absolving its perpetrators through an amnesty law” (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. Sentença de 10 de dezembro de 1998. Caso n° IT-95-17/1-T. Disponível em <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em 23 mar. 2012, p. 63). Tradução livre: “No nível internacional, trabalha-se para deslegitimar internacionalmente qualquer ato legislativo, administrativo ou judicial que autorize a tortura. Seria sem sentido sustentar, de um lado, que da perspectiva do valor de *jus cogens* da proibição da tortura, tratados ou normas costumeiras permitindo a tortura seriam nulas e írritas *ab initio*, e, de outro, ser negligente ante a intervenção de um Estado que toma medidas nacionais autorizando ou louvando a tortura ou absolvendo seus perpetradores mediante uma lei de anistia”.

violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil²⁸.

De modo semelhante, a questionável conclusão de que a lei foi resultado de um “acordo político” foi objeto de análise pela CteIDH. Ela estipulou que não só as “auto-anistias” como quaisquer anistias de graves violações de direitos humanos não incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Aliás, se a sofisticação da distinção entre texto e norma foi a tônica do voto do Ministro Eros Grau, bastou um argumento de caráter positivista, mas lógico, para que a Corte se pronunciasse: “[...] o Tribunal, mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se atém à sua ratio legis: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar”²⁹. Prevalece o “aspecto material” a respeito de como leis de anistia violam normas internacionais e não o “aspecto formal” do modo de seu surgimento. Consequência disto é que não podem os órgãos jurisdicionais internos, sejam juízes, desembargadores ou ministros, desobedecer a Convenção Americana subscrita pelo Estado a que estão vinculados. O STF tem uma obrigação internacional de proceder a um *controle de convencionalidade* que leve em conta não somente o tratado, mas a própria interpretação que a CteIDH faz dele.

De fato, o STF desconsiderou a normativa internacional à qual o Brasil se submete. Violou, portanto, a cláusula *pacta sunt servanda*, que requer que os Estados devem cumprir suas obrigações convencionais de boa-fé³⁰.

Sobre a suposta aplicação de um “princípio da proporcionalidade”, a CteIDH, mesmo reconhecendo a importância dos atos de reparação já praticados pelo Brasil, enfatizou que sua manifestação desconsidera completamente o direito das vítimas presentes nos arts. 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disto, em vista do caráter permanente do crime de *desaparecimento forçado*, não haveria também que se falar em

²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 1 jan. 2011, p. 65.

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 1 jan. 2011, p. 65.

³⁰ “Aliás, como bem enfatizou a sentença de 24.11.2010 da Corte Interamericana, nem sequer a decisão do STF, que validou a Lei de Anistia em abril de 2010, possui qualquer tipo de relevância (ou obrigatoriedade/eficácia) no plano jurídico internacional. A Corte não revogou a decisão do STF, porque não é essa a sua função. Ela simplesmente analisou a decisão do STF no plano do controle de convencionalidade. E concluiu que o STF não levou em conta os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (em especial a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969) na sua decisão. Daí certamente a fonte do seu equívoco” (GOMES. MAZZUOLI. *Os crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”*, p. 52-53).

violação dos princípios da legalidade e irretroatividade penais. Por isto, tais crimes ultrapassam mesmo o limite temporal da Lei de Anistia, caso se aceite que ela instituiu uma “anistia de mão dupla”. Assim, foi possível a condenação do Estado brasileiro em vista da aplicação que tem dado à Lei de Anistia de 1979, já que ele descumpriu a obrigação de adequação de seu direito interno (art. 2º da Convenção), além de violar os direitos à garantia judicial e à proteção judicial (arts. 8.1 e 25.1 da Convenção).

A CteIDH também decidiu a respeito da atuação do Estado brasileiro ante os direitos de liberdade de pensamento e expressão, especificamente na faceta de busca, recepção e divulgação de informações de toda índole. Ela reafirmou, como o fizera no passado, que os familiares de vítimas de graves violações de direitos humanos têm o direito de conhecer a verdade como parte integrante de seu direito de acesso à justiça. Declarou também a completa inadmissibilidade de que a definição de certas informações como sigilosas possa ficar a cargo justamente daqueles que são acusados da prática de atos ilícitos vinculados a tais informações. Assim, pôde condenar da República Federativa do Brasil por protelar indevidamente a entrega de documentos na Ação Ordinária nº 82.002.4682-5. Além disto, concluiu que o prazo de tramitação da ação, mesmo no período após a inauguração da jurisdição da CteIDH em 1998, mostrou-se completamente desarrazoado e excessivo.

Por fim, ela também concluiu pela violação pelo Estado brasileiro do direito à integridade pessoal estabelecido no art. 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No que respeita às reparações determinadas pela CteIDH, elas foram fixadas da seguinte forma (mais à frente serão mostradas as determinações que foram ou não cumpridas pelo Brasil):

- a) O Estado brasileiro deverá proceder a uma investigação judicial completa, efetiva e imparcial dos desaparecimentos forçados, identificando os responsáveis e sancionando-os criminalmente. A CteIDH estabeleceu que esses crimes são imprescritíveis e não podem ser objeto de anistias³¹. Além disto, tais

³¹ Chama a atenção o seguinte ponto da decisão: “*Determinar os autores materiais e intelectuais do desaparecimento forçado das vítimas e da execução extrajudicial. Ademais, por se tratar de violações graves de direitos humanos, e considerando a natureza dos fatos e o caráter continuado ou permanente do desaparecimento forçado, o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, ne bis in idem ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a 179 desta Sentença*” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 1 jan. 2011, p. 96). O termo “outra disposição análoga” impede, portanto, que se alegue que com o advento do art. 1º da Lei 9.140/1995 (“*Art. 1º São reconhecidos como mortos, para*

responsabilizações deverão acontecer no foro civil e não no foro militar. Deverá o Estado também determinar o paradeiro das vítimas, tudo isto em prazo razoável;

- b) Atenção médica e psicológica deverá ser destinada aos familiares das vítimas de forma gratuita;
- c) O Estado deverá publicar a sentença uma única vez no Diário Oficial. Deverá também publicar o resumo oficial em jornal de ampla circulação nacional e disponibilizar a íntegra da sentença em sítio eletrônico por pelo menos um ano. O prazo para cumprimento desta obrigação foi de seis meses;
- d) Deverá ser realizado um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional em cerimônia pública que conte com a presença de altas autoridades nacionais e vítimas. O prazo para cumprimento desta obrigação foi de um ano;
- e) Em prazo razoável deverão ser implementados programas e cursos permanentes em direitos humanos no âmbito de todas as hierarquias das Forças Armadas. Nesta formação deverá ser incluída a sentença, assim como a jurisprudência da CteIDH sobre desaparecimento forçado e outras graves violações de direitos humanos;
- f) O Estado deverá dar prosseguimento aos processos legislativos que resultem em normas tipificadoras, no âmbito interno, do delito de *desaparecimento forçado*;
- g) A título de danos materiais, o Estado deverá pagar a cada familiar a quantia de US\$ 3.000,00 (três mil dólares). A título de dano imaterial, a quantia de US\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil dólares) para cada “familiar direto” e de US\$ 15.000,00 (quinze mil dólares) para cada “familiar indireto”. Além disto, a título de “custas e gastos”, o Estado deverá pagar o montante total de US\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil dólares) às instituições representantes das vítimas.

A questão passa a ser a de definir a imposição da decisão da CteIDH no Caso *Gomes Lund* sobre a decisão do STF na ADPF n° 153/DF. É o que se fará adiante, não sem antes discutir algumas premissas do conceito de *justiça de transição* e avaliar o modo como elas têm, ou não, se implementado no Brasil, dedicando-se, por uma questão de limitação do

todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias.”) o crime de *desaparecimento forçado*, ou seqüestro, em nosso ordenamento, possa ter cessado de acontecer naquela data e não haja a possibilidade de persecução penal.

objeto da pesquisa, principalmente à responsabilização criminal por violações a direitos humanos em nome do Estado.

CAPÍTULO II – A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E SEU ESTÁGIO NO BRASIL

A partir de reuniões do Conselho de Segurança da ONU realizadas depois de 24 de setembro de 2003, foi possível aprovar o Relatório S/2004/616¹, que estabeleceu, em nível supranacional, algumas linhas de base para a chamada *justiça de transição* ou *justiça transicional*. As experiências mais recentes do Conselho de Segurança demonstravam que a consolidação da paz tanto nos períodos que se seguem logo após os conflitos, como também a longo prazo, apenas seria atingida com a criação de instituições legítimas para pôr fim a estes e uma administração legítima da justiça. Some-se a isto que uma proteção adequada de minorias somente ocorreria sob os auspícios do Estado de Direito. Definindo uma linguagem comum para o documento, o Secretário-Geral das Nações Unidas define a *justiça de transição* como o conjunto de medidas e mecanismos associados à tentativa de uma sociedade de lidar com um legado de abusos em larga escala no passado, buscando assegurar legitimidade (*accountability*), justiça e reconciliação. Dentro de tais mecanismos, pode-se falar em julgamentos individuais, reparações, busca pela verdade, reformas institucionais e expurgos no serviço público.

É interessante observar que o documento toma como base normativa para tal recuperação do Estado de Direito a Carta das Nações Unidas, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Penal Internacional e o Direito Internacional dos Refugiados. Neste contexto, estariam incluídos padrões normativos internacionais adotados pela Organização das Nações Unidas². Destaque-se, também, que um dos tópicos ao qual se dedica o documento é o referente ao papel que julgamentos criminais podem desempenhar em contextos de transição. Além de demonstrar que as instituições de Estado de Direito aplicam-

¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies: report of the Secretary-General. 23 de agosto de 2004. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>>. Acesso em 26 mar. 2012.

² “These standards also set the normative boundaries of United Nations engagement, such that, for example, United Nations tribunals can never allow for capital punishment, United Nations-endorsed peace agreements can never promise amnesties for genocide, war crimes, crimes against humanity or gross violations of human rights, and, where we are mandated to undertake executive or judicial functions, United Nations-operated facilities must scrupulously comply with international standards for human rights in the administration of justice” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies: report of the Secretary-General. 23 de agosto de 2004. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>>. Acesso em 26 mar. 2012, p. 5). Tradução livre: “Estes padrões também estabelecem as fronteiras normativas do compromisso da Organização das Nações Unidas, como, por exemplo, que os seus tribunais não podem nunca permitir a pena capital, que os acordos de paz endossados pela Organização das Nações Unidas não podem nunca prometer anistias para genocídio, crimes de guerra, crimes contra humanidade ou violações em massa de direitos humanos e, onde somos encarregados de assumir funções executivas ou judiciais, as habilidades utilizadas pelas Nações Unidas devem se comprometer escrupulosamente com padrões internacionais de direitos humanos na administração da justiça”.

se também para os violadores de direitos humanos, eles trazem alguma satisfação para as vítimas em termos de justiça e de recuperação de sua dignidade. Outro contributo em termos de legitimidade diz respeito à confiança que os cidadãos podem depositar no sentido de que o Estado está comprometido com o cumprimento do direito estabelecido. E, se não há boa vontade por parte das instituições domésticas em levar a cabo tais julgamentos e responsabilidades, caberá aos tribunais internacionais assumir esta responsabilidade complementar que terão, também, uma função histórica de realização do sistema internacional de direitos humanos.

Dentro de uma reconstrução histórica da noção de *justiça de transição*, é possível encontrar elementos da mesma já na Grécia Antiga. Como assinala Elster³, em 594 a.C., Sólon decretou normas de anistia que restabeleciam direitos para aqueles que haviam sido deles privados, excluídos aqueles condenados por homicídio, massacres ou por terem buscado instituir uma tirania. Em 411 a.C., após uma desastrosa expedição de guerra para a Sicília apoiada entusiasticamente pela assembleia popular, surgiu o momento adequado para um golpe da oligarquia, organizada no “Conselho dos Quatrocentos”, que permaneceria no poder por apenas quatro meses. O retorno da democracia veio acompanhado de medidas de transição, como, por exemplo, o julgamento de três oligarcas acusados de traição, sendo dois deles executados. Além disto, em uma etapa posterior, soldados que apoiaram o regime tiveram seus direitos políticos limitados. Um segundo momento de exceção trouxe outros elementos transicionais. Também em decorrência de derrotas militares, os atenienses se viram obrigados a aceitar uma oligarquia imposta por Esparta em 404 a.C.; instalar-se-ia o regime de terror dos Trinta Tiranos. Estes criaram um grupo privilegiado de cidadãos chamado os Três Mil e expulsaram os demais cidadãos de Atenas, que passaram a viver em Piraeus. Estes, por sua vez, e com a ajuda de um exército democrático no exílio, derrotaram os oligarcas em uma batalha.

Após um certo nível de aprendizado com a primeira transição, e pautados por alguma reconciliação, os dois lados seriam guiados por Esparta para um regime transicional em que a anistia novamente se veria presente, com a possibilidade de exílio para aqueles não abrangidos pela norma anistiadora. Parece ter ficado claro que uma menor severidade na efetivação da *justiça de transição* “acalmaria os ânimos”.

³ ELSTER. *Closing the books*, p. 4.

Seria possível também encontrar exemplos de *justiça de transição* nos momentos de restauração monárquica. É o que observa Elster⁴ em relação à Restauração Inglesa de 1660 e às duas Restaurações da monarquia francesa nos anos de 1814 e 1815, separadas pelos cem dias em que Napoleão voltara ao poder. Durante a primeira restauração, seria possível observar que os Bourbons tomaram poucas medidas transicionais, ao passo que elas se aprofundam durante a segunda restauração, incluindo reparações por propriedades confiscadas, algumas restituições dos próprios títulos de propriedade, assim como expurgos na administração pública.

A arquitetura da *justiça de transição* atual, contudo, remonta aos julgamentos que sucederam à capitulação da Alemanha nacional-socialista na Segunda Guerra Mundial. O Tribunal de Nuremberg foi responsável pelo julgamento de 22 oficiais nazistas; Estados Unidos, Inglaterra e França aliadas condenaram, no total, 5.006 alemães por crimes de guerra, aplicando, pelo menos, 794 penas de morte. Processos continuaram a ser levados adiante pela própria Alemanha, resultando, até 1996, em 6.494 condenações transitadas em julgado. Um processo de desnazificação, contudo, mostrou-se falho por não poder contar com expurgos no Poder Judiciário. Um sistema legislativo de compensações financeiras foi instituído, sendo que, em 1986, 77 bilhões de marcos alemães haviam sido pagos. Na Alemanha Oriental, por outro lado, estima-se que 520.000 ex-membros do Partido Nazista tenha perdido seus postos no serviço público.

Vários dos países envolvidos no conflito de 1939-1945 passaram por processos semelhantes de transição. No Japão, além do Tribunal Militar Internacional de Tóquio, foi instalado em Yokohama um órgão de julgamento pelo General MacArthur – em ambos os casos houve duras críticas quanto ao respeito ao devido processo legal pelos tribunais. Na França, punições sob as alcunhas de “degradação nacional” ou “indignidade nacional” levaram a perda de direitos políticos, banimento da ocupação de cargos no serviço público, exclusão de funções de chefia em órgãos privados abertos ao público, como bancos, jornais e rádio, assim como confisco de propriedades. Na Dinamarca, as punições chegaram a proibição do exercício de profissões como médico e advogado. Em todos os casos, medidas de reparação e restituição também se viram presentes.

Não diretamente ligados ao resultado da Segunda Guerra Mundial, os exemplos de Portugal e Grécia em termos de *justiça de transição* chamam a atenção. Em Portugal, diversos expurgos aconteceram após 1974, com legislações posteriores que os

⁴ ELSTER. *Closing the books*, p. 24.

revogaram, além de leis em 1997 compensando opositores do regime ditatorial. Na Grécia, após a queda do regime militar em julho de 1974, instaurou-se um regime de “*dejuntaification*” em que cerca de 100.000 pessoas foram substituídas nas Forças Armadas e no serviço público em todos os níveis. Por volta de cem oficiais foram julgados pela participação no incidente da Escola Politécnica em 1967, em que diversos estudantes foram presos ou mortos. Mais de 400 julgamentos foram realizados visando apurar atos de tortura pela polícia. Muitos destes processos foram consequência de ações civis promovidas por torturados.

A Espanha aparece como um “contra-exemplo” da justiça de transição. Uma Lei de Anistia de “mão dupla” de 1977 permitiu a liberação de diversos acusados pelo regime franquista que ainda estavam presos – mesmo que a acusação fosse de “crimes de sangue” – e uma total paralisação em todos os processos contra envolvidos com o antigo regime. Permitiu-se o reingresso da oposição no serviço público, sem que, contudo, qualquer indenização fosse paga pelos anos perdidos. Arquivos da polícia secreta foram lacrados e não queimados. Uma política de um total esquecimento imposto, e não conduzido autonomamente, foi estabelecida, com limitações que remontam até hoje, como ilustra claramente o caso do ex-Juiz Baltazar Garzón.

Os casos latino-americanos forneceram à *justiça de transição* novos elementos. O caso argentino mostra-se como dos mais emblemáticos em vista da ênfase dada à responsabilização de índole penal. A derrota na Guerra das Malvinas foi a gota d’água para o que o regime militar convocasse eleições presidenciais em 1983. Durante o Governo Alfonsín, as leis de “Ponto Final” e “Obediência Devida” impediram que diversos perpetradores fossem responsabilizados. Entretanto, elas não constituíram obstáculo para o funcionamento da Comissão Nacional sobre Desaparecimento de Pessoas, a CONADEP, que produziu uma vasta documentação informando o *desaparecimento forçado* de cerca de nove mil pessoas, número este que subiria para vinte mil com o decorrer dos anos e o surgimento de novos documentos⁵. Posteriormente, na década de 2000, as mencionadas leis seriam

⁵ “*Es responsabilidad de las instituciones constitucionales de la República el recuerdo permanente de esta cruel etapa de la historia argentina como ejercicio colectivo de la memoria, con el fin de enseñar a las actuales y futuras generaciones las consecuencias irreparables que trae aparejada la sustitución del Estado de Derecho por la aplicación de la violencia ilegal por quienes ejercen el poder del Estado, para evitar que el olvido sea caldo de cultivo de su futura repetición*” (ARGENTINA. Secretaría de Derechos Humanos. Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. *Nunca más: informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*. 8ª ed. 5ª reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2009, p. 8).

revogadas pelo Congresso Nacional e declaradas inconstitucionais pela Corte Suprema⁶, que confirmou a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.

No Chile, como já mencionado, normas anistiadoras impediram uma imediata responsabilização tão logo a ditadura de Pinochet cedeu lugar ao Governo de Aylwin em 1989. A Corte Suprema manteve seu posicionamento em prol da constitucionalidade de tais leis até 2006, mas aceitou que se levasse a frente a chamada “Doutrina Aylwin”, que permitia investigações dos fatos mesmo sem possibilidade de responsabilização penal em vista da anistia. Tais fatos não impediram o exercício de um direito à memória e à verdade que se deu com a instituição de uma Comissão da Verdade ainda no governo Aylwin e da “*Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*” durante o governo de Ricardo Lagos. Esta última colheu o depoimento de 35.865 pessoas.

No Leste Europeu, os desenvolvimentos da *justiça transicional* foram mais tímidos. Poucos julgamentos se deram nos países pós-comunistas. Na Bulgária, o Secretário-Geral do Partido Comunista foi absolvido pela Suprema Corte em 1996 de uma acusação de fraudes. Membros do *Politburo* da antiga Alemanha Oriental foram condenados a penas de três a seis anos e meio por mortes no muro de Berlim. Condenações de oficiais de mais baixa patente também se mostraram poucas. O número de expurgos no serviço público já pareceu mais considerável, assim como políticas de caráter compensatório.

Na África, o exemplo mais notório de realização de uma investigação sem punições em toda ordem de casos se deu com a já mencionada Comissão Verdade e Reconciliação na África do Sul. Rodésia traz um exemplo parecido com o caso espanhol, em que se procurou não trilhar o caminho da justiça transicional⁷.

⁶ Julgando os Casos *Arancibia Clavel*, *Simon e Mazzeo*, a Corte Suprema Argentina rompeu com o paradigma até então vigente de irresponsabilidade em casos de graves violações de direitos humanos: “*Por eso la consecuencia obligada era declarar la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final. De allí que la CSJN [Corte Suprema de Justiça Nacional] afirmara “que a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en material de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acordó con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca”*” (YACOBUCCI. *El juzgamiento de las graves violaciones de los derechos humanos en la Argentina*, p. 34).

⁷ “*As perspectivas acadêmicas sobre a justiça transicional têm evoluído desde a experiência argentina, com o surgimento de vários debates-chave na literatura, sendo os mais notáveis o debate sobre “paz versus justiça”, e o debate sobre as diferentes políticas de reconciliação e de perdão ensejadas pela Justiça Transicional. Esta evolução reflete desenvolvimentos na “vida real”. Assim, as experiências Sul Americanas destacaram os problemas da impunidade e da estabilidade democrática; as experiências africanas mais frequentemente*

Estas menções superficiais, limitadas em vista do próprio objeto da pesquisa, têm em mira demonstrar a amplitude que os mecanismos de *justiça transicional* têm ganhado ao redor do mundo. Em termos de sistemas regionais de direitos humanos, chama a atenção o modo como o Brasil não seguiu – ou só o tem feito tardiamente – os caminhos generosos que seus vizinhos latino-americanos têm trilhado. A tese de Pereira (*Ditadura e repressão*) de que uma maior vinculação do Judiciário brasileiro com as instituições do regime militar tenha evitado a efetivação de tais mecanismos pode ser somada com a tese Barbosa de que uma propalada continuidade e transição “pacíficas” da ordem anterior para a ordem constitucional de 1988 para se verificar o motivo pelo qual não irromperam maiores resultados dos instrumentos de justiça de transição⁸.

Na estrutura que procura traçar da *justiça transicional*, Jon Elster⁹ distingue, em primeiro lugar, a *justiça como motivação* da *justiça como instituição*. A partir disto, será possível separar também uma *justiça legal (legal justice)*¹⁰ de uma *justiça política*. Ao tratar da *justiça como motivação*, poderemos identificar as concepções de justiça que podem estar em jogo quando diversos agentes lidam com a *justiça de transição*; como podemos, também, perguntar por quais *causas* eles debatem e que *consequências* elas terão para seus comportamentos. Dentro do contexto das mencionadas causas, é possível falar em *razões*, *interesses* e *emoções*. É possível que os diversos exemplos de *justiça transicional* ofereçam diferentes modelos para hierarquizar normativamente tais motivações. Em alguns casos, emoções chegam a ganhar destaque – uma sede por vingança, por exemplo. Além de verificar qual hierarquia pode se apresentar, deve-se lembrar que um outro fator costuma estar presente, qual seja, o da busca pela diferenciação que os novos detentores do poder político

trouxeram à luz problemas resultantes de sociedades divididas etnicamente e com estados fracos; e as experiências da Europa do leste demonstram os problemas surgidos das violações do devido processo legal e do uso abusivo da “justiça transicional”. Com a acumulação de experiências e análises, temos agora uma boa ideia das diversas dificuldades e armadilhas associadas aos esforços para uma justiça transicional” (BRITO. *Justiça transicional e a política da memória*, p. 58).

⁸ Contrariamente a esta “fantasia”, Barbosa (*Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*, p. 315) defende, com acerto, que é preciso depurar adequadamente o momento da Assembleia Constituinte de 1987-1988 como fundador de uma ordem democrática: “*Por tudo isso, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 representou uma ruptura profunda na tradição jurídica brasileira e atingiu diretamente os pilares do autoritarismo constitucional, apostando num processo em tudo oposto ao trabalho de elaboração de atos institucionais e constituições pelos “notáveis” (isoladamente ou em comissão) do período ditatorial. Não se partiu de um texto base. Não havia uma força política hegemônica na Assembleia Constituinte. Mesmo o “Centrão” revelou-se não mais que uma ampla coalizão de veto. Não havia, enfim, um projeto oficial a ser traduzido pela nova Constituição, mas diversos projetos políticos e ideológicos fragmentários a articular, mediados por uma forte exigência de cidadania, entendida principalmente como direito à participação ativa na vida política do país.*”

⁹ ELSTER. *Closing the books*, p. 79 e ss.

¹⁰ O termo *legal justice* tem uma difícil tradução para o português. Por razões de estilo, será dada preferência à tradução “justiça legal”, ao invés de “justiça jurídica”. Em ambos os casos, no presente texto, o termo ultrapassa uma noção de justiça que equivalha meramente ao descrito na lei na forma de um *positivismo jurídico*.

procuram demonstrar em relação aos anteriores. Assim, por exemplo, o asseguramento de um devido processo legal na nova ordem se oporá à violação do Estado de direito de outrora.

É preciso distinguir, agora da perspectiva institucional, uma *justiça legal*, uma *justiça administrativa* e uma *justiça política*. Elster chama de *justiça política pura*, no contexto de transição, aquela que seria proveniente de uma decisão do Executivo que unilateralmente dá nome aos perpetradores e decide sobre sua sorte¹¹. Entrariam no bojo da *justiça política pura* a criação de tribunais *a quo* e a realização de julgamentos com resultados pré-determinados, pautados por uma mera legalidade formal. A definição de uma *justiça legal pura* de Elster passa por quatro características. A primeira é definida por ele de uma forma cônica, mas problemática: tal justiça deveria contar com leis que não pudessem ser ambíguas, deixando pouco espaço para interpretação judicial. Nas críticas dirigidas ao voto do Ministro Eros Grau na ADPF nº 153/DF (e mesmo a partir de suas próprias afirmações), pode-se verificar a falácia de uma pretensão deste quilate. Em segundo lugar, o Judiciário deveria estar isolado de outros segmentos do poder: mais especificamente, nenhum espaço para uma justiça militarizada, assim como para intervenções do Executivo na nomeação e designação de juizes. Em terceiro lugar, como não poderia deixar de ser, o exercício da interpretação judicial deve ser feito forma imparcial. Em quarto lugar, a *justiça legal* deve fatalmente aderir a princípios de um devido processo legal. Por fim, uma *justiça administrativa* lidaria com expurgos dentro da administração pública.

Além disto, é possível também enumerar, pelo menos, seis decisões políticas substantivas que são exigidas pela *justiça de transição*: a) é preciso definir os critérios para a acusação de perpetradores; b) é preciso definir as formas de punição de tais perpetradores nos termos da lei; c) se as sanções penais não forem aplicadas imediatamente, pode-se cogitar de sanções políticas; d) mesmo que não sejam aplicadas penas criminais, deve-se verificar a necessidade de expurgos na administração pública; e) é preciso, antes de reconhecer reparações às vítimas, definir os critérios por meio dos quais alguém pode ser enquadrado nesta categoria; e, f) deve-se encontrar formas de reparação a tais vítimas.

¹¹ ELSTER. *Closing the books*, p. 84: “At the end of World War II, many political leaders and activists were against the idea of meting out legal justice to the Nazi leaders. The British government proposed to draw up a list of fifty or a hundred individuals who could be shot at sight. Stalin proposed, maybe half-jokingly, that the number should be one thousand times as large. In the United States, associates of Henry Morgenthau proposed twenty-five hundred summary executions” (Tradução livre: “Após o fim da II Guerra Mundial, vários líderes políticos e ativistas eram contra a ideia de conceder justiça legal aos líderes nazistas. O governo britânico propôs a enumeração de uma lista de cinquenta a cem indivíduos que poderiam ser fuzilados em praça pública. Stalin propôs, talvez um pouco jocosamente, que o número fosse mil vezes maior. Nos Estados Unidos, partidários de Henry Morgenthau propuseram duas mil e quinhentas execuções sumárias”).

Desse modo, é possível verificar que apesar dos distintos e específicos contextos de aplicação dos mecanismos de *justiça de transição*, é possível falar em um paradigma que a inclua, na atualidade, entre as pretensões normativas de um Direito Internacional dos Direitos Humanos¹². Da perspectiva da sociedade civil internacional, passos importantes têm sido dados. Criado no início da década de 2000, o ICTJ – *International Center for Transitional Justice*, uma organização não governamental, trabalha a partir da lógica de se evitar violações massivas de direitos humanos com a confrontação de um legado de abusos. Desenvolvendo pesquisas na área de *justiça transicional*, ele auxilia Estados, sociedades civis nacionais e outros atores políticos a lidar com vítimas, responsabilizar perpetradores e permitir diálogos entre as variadas experiências ao redor do mundo¹³.

Tais reivindicações, contudo, se dão em uma dimensão que, efetivamente, pode exigir tempo. Nem sempre há um preparo das instituições que comandam a nova ordem democrática para implementar os mecanismos de *justiça transicional*. Entretanto, da perspectiva de um projeto constitucional assumido sob o signo de um *patriotismo constitucional* que leve em conta a normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos, nenhum problema: graves violações não se exaurirão com o decurso do tempo e, no caso brasileiro, em que este decurso procurou ser interrompido por uma lei de anistia flagrantemente inconstitucional, deve-se seguir adiante com o instrumental provido por tal justiça. Por isto é que exigências de manutenção de um suposto “acordo político”, ou de uma “paz necessária”, não podem obscurecer a efetivação de direitos de vítimas. É certo que temos uma difícil relação entre tempo e direito, mas ela não pode premiar um *esquecimento* imposto¹⁴.

¹² “O direito internacional, particularmente na aplicação a ele dada em organismos como o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Humanos, evoluiu com o passar dos últimos vinte anos até o ponto em que atualmente existem padrões claros relativos às obrigações dos estados a respeito da forma de enfrentar as violações dos direitos humanos, bem como proibições, como no caso das anistias gerais quando se trata de crimes internacionais. Isso foi amparado pela ratificação por mais de cem países da criação da Corte Penal Internacional (ICC, na sigla em inglês), que reforçou as obrigações existentes e criou novos padrões, já que se exige que cada signatário responda de maneira adequada às violações dos direitos humanos, sob pena de defrontar-se com uma ação legal por parte da Corte. Em outubro de 2000, quando o Secretário Geral da ONU apresentou ao Conselho de Segurança um relatório em que se expunha pela primeira vez o foco das Nações Unidas sobre as questões da justiça transicional, criou-se um acordo importante. É um desenvolvimento extremamente relevante tanto em termos operativos quanto normativos. Em segundo lugar, o fortalecimento da democracia em muitos lugares do mundo, em especial na América Latina, Ásia e África e o surgimento de organizações cada vez mais sofisticadas da sociedade civil têm contribuído para fundar as instituições e a vontade política necessária para confrontar um legado de violações dos direitos humanos e conseguir que as políticas se traduzam em ações” (VAN ZYL. *Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito*, p. 32-33).

¹³ Este é o sítio da organização na internet: <<http://ictj.org/>>.

¹⁴ “É importante aceitar que há tensões entre paz e justiça no curto prazo e que em alguns casos difíceis é prudente e justificável adiar as demandas da justiça visando obter o término das hostilidades ou a transição a

Desse modo, a *justiça transicional* oferece um acervo interpretativo, histórico e comparativo que permite retirar conclusões acerca das concepções de justiça que um determinado Estado adota nos momentos de mudança de um regime de exceção para um regime democrático¹⁵. Ela permite, assim, que uma concepção normativa de justiça questione a situação política e, a partir disto, novos elementos para a reconstrução do Estado de direito aportem. Neste momento, é possível depositar no sistema do direito um tipo de potencial independente para efetivar políticas de transformação. O fundamento sobre o qual se assenta a concretização de um *patriotismo constitucional* que embale sociedade civil e instituições de Estado é justamente o campo onde está presente a *justiça transicional*. Entretanto, mais do que dar ao direito uma concepção por demais realista, a partir da qual ele apenas surge como uma decorrência de relações entre os poderes em voga, ou, pelo contrário, atribuir-lhe um papel idealizado no qual ele se descola do embate político para ser simbolizado como uma força inaugural, é preciso partir para uma terceira via:

Ao invés de nossos resultados simplesmente serem descritos como um mero resíduo do balanceamento de forças políticas ou de deduzir respostas jurídicas ideais de um ponto final revolucionário que pressuponha democracia e Estado de direito, é necessário que examinemos a relação de respostas jurídicas de transição para legados históricos de injustiça de sociedades, e a extensão por meio da qual essa relação define seus caminhos para a liberalização. A utilidade desta perspectiva irá se tornar mais clara na medida em que nós nos voltamos para uma discussão da fenomenologia jurídica e dos princípios de Estado de direito aplicáveis que são característicos dos exemplos contemporâneos de transformação política radical.¹⁶

Com isto, o direito, para além de um papel fundacional, tem também um papel construtivo e de transição. Ele busca alterar as relações de poder. A teoria do direito, nestes períodos, lida com questões em que valores políticos desempenham um papel mais ativo do que em períodos de maior longevidade institucional e democrática. A legalidade não é

uma ordem democrática. No entanto, esses reclamos da justiça não devem diferir indefinidamente, não só pelo efeito corrosivo que isso poderia ter sobre os esforços por construir uma paz sustentável, mas também porque fazê-lo significaria aumentar a grave injustiça que as vítimas já padeceram. As estratégias da justiça transicional devem fazer parte integral de qualquer esforço por construir uma paz sustentável, mas em algumas circunstâncias, é possível que a paz e a justiça não sejam completamente compatíveis em curto prazo. No caso em que a justiça difira, devem fazer-se grandes esforços para assegurar que se mantenha a possibilidade de conseguir uma prestação de contas em médio ou longo prazo e que se implemente grande parte da agenda da justiça transicional em curto prazo” (VAN ZYL. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito, p. 39-40).

¹⁵ TEITEL. *Transitional justice*, p. 213.

¹⁶ TEITEL. *Transitional justice*, p. 214. Tradução livre de: “Rather than our simply describing outcomes as a mere residuum of the balance of political forces or deducing ideal legal responses from a revolutionary end point that presupposes democracy and the rule of law, it is necessary for us to examine transitional legal responses’ relation to societies’ historical legacies of injustice and the extent to which this relation shapes their paths to liberalization. The usefulness of this approach will become more apparent as we turn to a discussion of the legal phenomenology and applicable rule-of-law principles that are characteristic of contemporary instances of radical political transformation”.

exatamente aquela mesma preocupada com regularidade, generalidade e prospectividade; o direito é aqui preocupado tanto com o passado como com o futuro, com continuidade e descontinuidades. Princípios do Estado de Direito irão requerer uma interpretação contextualizada, ante cada caso concreto, voltada para cada particularidade histórica. Teitel¹⁷ defende que a questão aqui é saber qual instituição assume a posição de reinterpretar os princípios do Estado de direito em tais contextos transicionais. Sua resposta: frequentemente, cortes constitucionais têm assumido tal papel, principalmente quando se trata de instituições vindas com o novo regime. Isto explica em parte o resultado da ADPF n° 153/DF e o argumento do Ministro Eros Grau de que a decisão sobre a lei de anistia deveria ficar com o Legislativo: em uma Corte que até pouco tempo atrás contava com um Ministro indicado pelo regime militar, nada mais poderia surpreender.

Uma outra mudança proporcionada pela *justiça transicional* é a referente ao fato de que ela tende a superar as barreiras entre categorias e conceitos jurídicos. Distinções entre um direito penal, administrativo, civil e constitucional, que, por exemplo, possuem estipulações próprias quanto a procedimentos, provas, direitos e deveres, caem por terra. Limitações temporais, por exemplo, podem dar ao processo penal ou criminal uma característica que enfatiza muito mais a necessidade de satisfação perante as vítimas e de investigação do passado do que punições exemplares. Este papel reconstrutivo será auxiliado por comissões especializadas de caráter administrativo que enfatizam responsabilidades não só individuais, porém coletivas. Reparações que teriam também como destinatárias apenas as “vítimas individuais” ganham perante a *justiça transicional* a visibilidade necessária para enfatizar a responsabilidade do Estado pelos seus atos. Não poderia ser diferente também a concepção de constitucionalismo: a assembleia constituinte se torna um momento voltado para o futuro, mas não desprezando o passado.

A partir desta perspectiva construtiva da *justiça transicional*, analisemos os elementos que tradicionalmente têm sido reconhecidos como integrantes dela, principalmente a partir do desenvolvimento que têm tomado no Brasil. Em primeiro lugar, tratando do direito à memória e à verdade, será analisado o papel de uma comissão da verdade no Brasil e do direito de acesso à informação, discutindo-se as recentes Leis 12.527 e 12.528 de 2011. Em segundo lugar, enfrentar-se-á as medidas de reparação simbólica, administrativa e pecuniárias às vítimas. Em terceiro lugar, serão debatidos a reforma e o expurgo nas instituições de Estado e a necessidade de formação em direitos humanos. Em quarto lugar, e por último, far-

¹⁷ TEITEL. *Transitional justice*, p. 216.

se-á uma análise da punição penal dos violadores de direitos humanos. Ressalte-se que, em vista das limitações da pesquisa, maior ênfase será dada a este último aspecto da justiça transicional, diretamente ligado às decisões do STF e da CteIDH. Deve-se deixar claro, contudo, que nenhuma das dimensões da *justiça de transição* é excluyente das demais: deve-se promover a consolidação de práticas que garantam a efetividade de cada uma delas e do seu conjunto¹⁸.

2.1 - Direito à memória e à verdade: o papel da Comissão Nacional da Verdade no Brasil e o direito de acesso à informação

A adoção das comissões da verdade por países que atravessam momentos de *justiça de transição* encontra diversas explicações: enfatiza-se a necessidade de promoção de uma reconciliação nacional e a superação de um passado; entende-se também que elas seriam um passo necessário para uma ulterior responsabilização; ou, ainda, ela atenderia a um reclamo de marcar distância entre um novo governo e governos passados, bem como o nascimento de uma era de reafirmação de direitos¹⁹. Neste campo, tem-se procedido a uma distinção entre *conhecimento* e *reconhecimento* para enfatizar a obrigação do Estado de trazer à luz seus erros e dar a tais fatos este caráter. Como bem enfatiza Roberta Camineiro Baggio:

Na descrição de todas essas dimensões é possível perceber que um processo transicional vincula-se a uma concepção de justiça como reconhecimento, já que sua preocupação maior não é efetivar a distribuição de bens materiais e sociais, mas sim promover o aumento da integração social como forma de atingir a reconciliação. Mesmo a dimensão da reparação, que cumpriria um papel distributivo, tem o condão de valorizar as ações de resistência das vítimas do Estado. As dimensões proporcionam o acesso e a recuperação das três formas de reconhecimento: pelo afeto, pelo direito e pela comunidade de valores. A integração social passa, necessariamente, pela recuperação dos processos de reconhecimento que foram negados ao longo do período de arbitrariedades²⁰.

Não deve haver, contudo, uma total exclusão entre *verdade* e *justiça*. A instalação de uma comissão da verdade não exclui, *per se*, a existência de processos

¹⁸ “Os países possuem histórias e condições muito diferentes entre si, por isso, não é possível falar em modelos no sentido de exemplos perfeitos que possam ser reproduzidos de maneira integral. Da mesma forma, não existe país no mundo que possa dizer que superou todos os desafios relacionados à verdade, justiça e reparação. Não obstante, podemos falar de algumas experiências positivas e de alguns casos que podem ser ilustrativos daquilo que pode ser feito quando há vontade, capacidade e recursos disponíveis. Talvez o exemplo mais importante seja o dos casos em que ficou entendido que é preciso avançar de forma simultânea, embora sem pressa e com muita sabedoria, nos diversos âmbitos da justiça de transição. Tal experiência demonstra que as iniciativas que somente focam um dos direitos mencionados tendem a ser fracas e insustentáveis ao longo do tempo. A integralidade é, portanto, a primeira lição a ser considerada” (TORELLY. Entrevista: Javier Ciurlizza, p. 28).

¹⁹ HAYNER. *Unspeakable truths*, p. 24.

²⁰ BAGGIO. *Justiça de transição como reconhecimento*, p. 271-272.

jurisdicionais atributivos de responsabilidades²¹. Na Guatemala, militares propuseram a realização de uma comissão da verdade, mas desde que ela excluísse a possibilidade de julgamentos; em El Salvador, o funcionamento de uma comissão foi sucedido imediatamente por uma anistia; na África do Sul, houve uma permuta entre justiça e verdade em que a comissão oferecia a liberdade em relação aos processos em troca de confissões por parte dos perpetradores. Ainda que o acesso à verdade possa aplacar a busca por justiça por parte das vítimas e retirá-las, de certo modo, desta posição, não há razões para enfatizar uma exclusão entre tais processos.

Comissões da verdade podem trazer benefícios para processos jurisdicionais, principalmente se o Judiciário ainda se encontra animado por ideias do regime anterior. Os frutos obtidos pela CONADEP na Argentina até hoje se fazem sentir nos processos jurisdicionais. Isto não significa que no ambiente das cortes se possa dispor dos melhores elementos para a busca pela verdade: de fato, em vista das garantias que *devem* ser atribuídas aos acusados, há limitações das mais severas. A ideia, portanto, é a de que deve haver uma lógica comunicativa entre o que ocorre em uma comissão da verdade e o que pode se desdobrar em um processo jurisdicional. Hayner²² aponta pelo menos três contributos que as comissões podem trazer para tais processos: determinar o papel do Poder Judiciário nos sistemas repressivos; recomendar reformas no Judiciário; e, reforçar a exigência pelo Estado de Direito e pelo cumprimento de obrigações internacionais.

Os exemplos de comissões da verdade ao redor do mundo são inúmeros. A partir da pesquisa de Hayner²³ é possível inferir, ao redor do mundo, pelo menos 21 exemplos

²¹ “*Nonjudicial truth bodies do not and should not be seen to replace judicial action against perpetrators, and neither victims nor societies at large have understood them to do so in those countries where truth commissions have been put in place. While their subject matters may overlap in that they both investigate past crimes, trials and commissions serve different purposes, and neither can fill the role of the other. Scholars and policymakers who have occasionally suggested that a nonjudicial truth-seeking endeavor can successfully take the place of prosecutions – such as in an early suggestion in a New York Times op-ed that the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia should be replaced by a nonjudicial truth inquiry – misunderstand these differing roles, and underestimate the importance of legal prosecutions to victims and society at large*” (HAYNER. *Unspeakable truths*, p. 87, destaques do original). Tradução livre: “Órgãos não judiciais não devem e não deveriam serem vistos como substitutos da ação judicial contra perpetradores, e nem vítimas ou sociedades em geral têm compreendido que elas devam fazê-lo naqueles países onde comissões da verdade foram instaladas. Enquanto seus assuntos podem se sobrepor na medida em que ambos investigam crimes do passado, julgamentos e comissões atendem a diferentes propósitos, e nem mesmo podem preencher o papel do outro. Doutrinadores e ativistas políticos que têm ocasionalmente sugerido que um esforço não judicial de busca pela verdade pode exitosamente assumir o lugar de persecuções – como em uma recente sugestão em um editorial do New York Times de que o Tribunal Criminal Internacional para a Antiga Iugoslávia deveria ser substituído por um inquérito não judicial pela verdade – equivocam-se estes diferentes papéis e subestimam a importância de persecuções legais para as vítimas e a sociedade em geral”.

²² HAYNER. *Unspeakable truths*, p. 102 e ss.

²³ HAYNER. *Unspeakable truths*, p. 305 e ss.

de comissões, incluindo países como Uganda, Bolívia, Argentina, Uruguai, Zimbábue, Uganda, Nepal, Chile, Chad, África do Sul, Alemanha, El Salvador, Sri Lanka, Haiti, Burundi, Equador, Guatemala, Nigéria, Serra Leoa, Timor Leste, Indonésia e Congo²⁴.

O Brasil, assim, tem dado passos lentos na direção da afirmação de um direito à memória e à verdade²⁵. Da parte da sociedade civil, não se pode deixar de reconhecer o importante papel exercido com a publicação do relatório *Brasil, Nunca Mais*, organizado pela Arquidiocese de São Paulo a partir de documentos retirados de autos de processos que tramitavam perante a Justiça Militar²⁶. Em 1991, a Câmara dos Deputados instalou uma Comissão Externa para acompanhar as buscas na vala comum do Cemitério de Perus, em São Paulo. A partir de 1992, familiares de vítimas começam a ter acesso aos documentos das DEOPS (Delegacias de Ordem Política e Social) de diversos estados da federação; apesar de alguns ganhos, o que se nota é a supressão de diversas páginas dos processos.

A afirmação do direito à memória e à verdade em relação ao período da ditadura começa de forma mais incidente ainda no Governo Fernando Henrique Cardoso, como a publicação da Lei nº 9.140/1995. A lei reconheceu oficialmente como mortos, para todos os efeitos legais, os desaparecidos políticos entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, assim como instalou, no âmbito do Ministério da Justiça, a *Comissão sobre Mortos e Desaparecidos Políticos* (posteriormente, o *caput* do art. 1º foi alterado pela Lei nº 10.536/2002 para estender o período até 5 de outubro de 1988). Nos vários anos de atividade, a Comissão investigou e concedeu indenizações em casos de desaparecimento de pessoas envolvidas com atividades políticas. O resultado de seu exercício foi a elaboração do

²⁴ Cueva (*Tendencias en la búsqueda de la verdad*, p. 111) refere-se a estes dois últimos países como exemplos negativos de comissões da verdade, como no caso do Congo: “Uno de los poderes centrales de la CVR21 constituía la posibilidad de otorgar amnistías para quienes confesaran crímenes cometidos “con motivación política” repitiendo, de este modo, uno de los principios aplicados por la comisión sudafricana. Al mismo tiempo, el mandato negaba que crímenes de lesa humanidad y el delito de genocidio fuesen candidatos para la amnistía, aunque precisamente ese tipo de crímenes se encontraba bajo la jurisdicción de la Comisión. Esta contradicción, potencialmente sería, nunca tuvo que ser resuelta porque la Comisión, como veremos, jamás funcionó de manera estable”.

²⁵ “A restrição ao princípio da publicidade em primazia da “segurança nacional”, ainda nos dias de hoje, revela uma falta de intenção de acertar contas com o passado; mais do que isso, permite que todo o pior entulho autoritário possa ser simplesmente “jogado embaixo do tapete”. Sem a publicidade dos arquivos da ditadura, dificulta-se a punição dos crimes praticados e a implementação da justiça transicional. Impede-se o desenvolvimento pleno do Estado e da sociedade que o sustenta” (TAVARES. AGRA. *Justiça reparadora no Brasil*, p. 74).

²⁶ BRASIL. Arquidiocese de São Paulo. *Projeto Brasil Nunca Mais*. 4 volumes. São Paulo: 1985.

documento “Direito à memória e à verdade”, que relata cerca de 150 casos de desaparecidos políticos no período²⁷.

Em 2005, são transferidos da ABIn (Agência Brasileira de Inteligência) os documentos relativos ao período militar, passando os mesmos ao Arquivo Público Nacional, sob o comando da Casa Civil da Presidência da República. Um tiro no escuro, em verdade: reportagem de 18 de agosto de 2010 da Revista Carta Capital informava que o arquivo vinha sendo gerenciado por uma entidade civil, a ACAN (Associação Cultural do Arquivo Nacional), cujo comando remonta a militares que lá se instalaram ainda na década de 1970²⁸. Já no Governo Dilma Rousseff, por meio do Decreto nº 7.430 de 17 de janeiro de 2011, o Arquivo Nacional foi transferido ao Ministério da Justiça.

De se mencionar também, no âmbito do Arquivo Nacional, a instituição do projeto *Memórias Reveladas*, denominação dada ao Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil. Por meio dele, as informações dos antigos Conselho de Segurança Nacional, Comissão Geral de Investigações e do Serviço Nacional de Informações são colocadas à disposição dos brasileiros. Nele estão integradas também informações digitalizadas disponibilizadas por Estados e Distrito Federal. A grande vantagem do projeto se deve à sua fácil acessibilidade via internet²⁹.

A reivindicação, pois, da instalação de uma comissão da verdade no Brasil encontra eco em diversos sistemas comparados de *justiça transicional*. Esta ambição pôde se efetivar com o envio ao Congresso Nacional, ainda no Governo Lula, do Projeto de Lei nº 7.376/2010, uma das concretizações do PNDH-3 (Plano Nacional de Direitos Humanos)³⁰. Aprovado no Congresso Nacional, o projeto foi sancionado pela Presidente Dilma Rousseff, transformando-se na Lei nº 12.528 de 18 de novembro de 2011.

²⁷ BRASIL. *Secretaria Especial de Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Direito à verdade e à memória. Brasília, 2007. O documento encontra-se disponível no sítio <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/arquivos/livrodireitomemoriaeverdadeid.pdf> em 27 de março de 2012.

²⁸ FORTES. *Sob a guarda dos lobos*, p. 20.

²⁹ Este é o sítio do projeto: <<http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?tpl=home>>.

³⁰ Destaca do PNDH-3: “A história que não é transmitida de geração a geração torna-se esquecida e silenciada. O silêncio e o esquecimento das barbáries geram graves lacunas na experiência coletiva de construção da identidade nacional. Resgatando a memória e a verdade, o País adquire consciência superior sobre sua própria identidade, a democracia se fortalece. As tentações totalitárias são neutralizadas e crescem as possibilidades de erradicação definitiva de alguns resquícios daquele período sombrio, como a tortura, por exemplo, ainda persistente no cotidiano brasileiro” (BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3). Brasília: SDH/PR, 2010, p. 170).

A Comissão Nacional da Verdade (doravante CNV) foi criada no âmbito da Casa Civil da Presidência da República e tem como objetivo examinar e esclarecer graves violações de direitos humanos ocorridas no período entre 18 de setembro de 1946 até 5 de outubro de 1988. Ela busca, nomeadamente, efetivar o direito à memória e à verdade e almejar reconciliação. Desse modo, o período abrangido mostrou-se deveras extenso, uma vez que a mesma lei, em seu art. 11, fixa como prazo de funcionamento da CNV o interstício de apenas 2 (dois) anos. O número restrito de membros também pode atrapalhar o funcionamento da comissão. A CNV é composta por 7 (sete) membros escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros de reconhecida idoneidade e conduta ética, identificados com o respeito à democracia, à Constituição e aos direitos humanos. Apesar destes requisitos terem que se somar a outros, como não exercício de cargos executivos em partidos políticos ou cargos em comissão ou de confiança na Administração Pública, bem como necessária imparcialidade, a indicação feita exclusivamente pelo Presidente da República, sem um maior respaldo democrático, seja pelo controle por parte do legislativo ou por entidades de representação da sociedade civil, poderia deslegitimar em parte o processo de escolha.

Tal definição acabou ocorrendo com a nomeação, no dia 10 de maio de 2012, pela Presidente Dilma Roussef dos sete membros da Comissão Nacional da Verdade. Foram escolhidos: José Carlos Dias, Gilson Dipp, Rosa Maria Cardoso da Cunha, Maria Rita Kehl, Cláudio Fonteles, José Paulo Cavalcanti Filho e Paulo Sérgio Pinheiro. Observe-se que o Ministro Gilson Dipp atuou no processo perante a CteIDH no Caso *Gomes Lund* por indicação do Estado brasileiro, como já ressaltado.

O art. 3º da Lei nº 12.528/2011 fixa os objetivos da CNV. São eles: a) esclarecer as circunstâncias de graves violações de direitos humanos; b) promover o esclarecimento de crimes graves contra os direitos humanos (desaparecimento forçado, tortura, mortes e ocultação de cadáveres), mesmo que ocorridos no exterior e com nomeação dos autores³¹; c) identificar e torna públicas as estruturas, locais, instituições e circunstâncias vinculadas à prática daqueles crimes; d) encaminhar aos órgãos públicos informações que possam auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais; e) auxiliar outros órgãos do poder público na apuração da violação de direitos humanos; f) recomendar ações

³¹ Este é um diferencial, pelo menos legal, da CNV brasileira para outras comissões ao redor do mundo. Hayner (*Unspeakable truths*, p. 107) menciona que várias comissões tiveram tal poder, mas poucas a exerceram: El Salvador, Chad, a segunda comissão do Congresso Nacional Africano e a CVR, também sul-africana. Hayner ressalta os riscos de falsas acusações, mas dá prevalência para a busca pela verdade.

que possam prevenir novas violações de direitos humanos, bem como evitar repetições e assegurar reconciliação; g) promover a reconstrução histórica das violações de direitos humanos. No que respeita especificamente ao objetivo “e” (“*colaborar com todas as instâncias do poder público para apuração de violação de direitos humanos*”), destaque-se que ele abre caminho para o encontro entre verdade e justiça, é dizer, para que o trabalho da comissão possa colaborar em responsabilizações por parte do Judiciário.

Entre os poderes que a CNV detém, contidos no art. 4º, destaque-se o recebimento de testemunhos e depoimentos, inclusive podendo assegurar o sigilo da identidade do depoente; a requisição de informações e documentos de órgãos públicos, inclusive os que estejam classificados sob sigilo; a convocação de pessoas que possam ter relações com as violações; a realização de perícias e diligências; a realização de audiências públicas; a requisição da proteção de depoentes; a instituição de parcerias com órgãos públicos e privados, nacionais e internacionais, para o intercâmbio de informações; a requisição do auxílio de órgãos públicos. Este mesmo art. 4º, em seu § 3º, institui um importante dever: servidores públicos e militares *devem* colaborar com a CNV. Aliás, ainda que o dispositivo não o preveja expressamente, pode-se cogitar do cometimento do crime de prevaricação (art. 319 do Código Penal³²) por parte daqueles que se omitirem. E mesmo ato de improbidade administrativa, uma vez que a Lei 8.429/1992 determina como atos de improbidade a violação dos princípios que regem a Administração Pública, e, mais especificamente, deixar de praticar ato de ofício, assim como negar publicidade aos atos oficiais³³.

Também o art. 4º da Lei nº 12.528/2011, em seu § 4º, determina a característica não judicial da CNV, ao estabelecer que seus atos não terão caráter jurisdicional ou persecutório. Isto não impediu que lhe fosse atribuída a prerrogativa para recorrer ao Judiciário quando determinada informação estivesse acobertada pela chamada *cláusula de*

³² “Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”.

³³ “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

[...]

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

[...]

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

[...]”.

reserva de jurisdição. Poder-se-ia pensar na necessidade de quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos ou na realização de diligência de busca domiciliar.

O art. 5º da referida lei institui a publicidade dos atos da CNV, o que não poderia ser diferente. Ele também permite que a comissão, em nome da intimidade, vida privada e honra das pessoas, restrinja tal publicidade ou mantenha sigilo. Esta ampla discricionariedade é claramente contra os objetivos da CNV e a efetivação do direito à verdade e à memória. Isto porque servidores públicos e militares, ainda que obviamente detentores de um direito à privacidade, não podem opor tal direito quando do exercício de suas funções. É de se pensar, inclusive, na possibilidade de que eventual privação ou sigilo decretados pela CNV possam ser objeto de fiscalização jurisdicional, detendo entidades civis representativas de segmentos sociais, assim como o Ministério Público, prerrogativa para representar em favor da garantia do direito à memória e à verdade e do direito de acesso à informação.

O art. 6º traz uma estranha disposição:

Art. 6º Observadas as disposições da Lei no 6.683, de 28 de agosto de 1979, a Comissão Nacional da Verdade poderá atuar de forma articulada e integrada com os demais órgãos públicos, especialmente com o Arquivo Nacional, a Comissão de Anistia, criada pela Lei no 10.559, de 13 de novembro de 2002, e a Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos políticos, criada pela Lei no 9.140, de 4 de dezembro de 1995.

Ora, não pode haver nenhuma outra leitura constitucional deste dispositivo que não seja aquela que parta da ideia de que a Lei de Anistia de 1979 só pode limitar a atuação articulada da CNV com o Arquivo Nacional, a Comissão de Anistia e a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos que seja em prol da preservação de direitos de anistiados políticos opositores do regime de exceção. Não pode, pois, o disposto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979 servir a uma restrição ao direito à memória e à verdade em nome da famigerada, suposta e já refutada “anistia de mão dupla”.

Por fim, o art. 11 da Lei nº 12.528/2011 exige que a CNV elabore relatório circunstanciado contendo as atividades realizadas, fatos examinados, conclusões e recomendações, que deverão ser remetidos ao Arquivo Nacional para integrar o projeto Memórias Reveladas.

Projetos paralelos ao instituído pela Lei nº 12.528/2011 também se efetivaram. Na Câmara dos Deputados, a Comissão de Direitos Humanos instituiu uma comissão da verdade que já começara a funcionar em 3 de abril de 2012, antes mesmo que a Presidente

Dilma Roussef anunciasse os nomes dos integrantes da CNV³⁴. No âmbito da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, foi estabelecida a Comissão da Verdade Rubens Paiva, em 2 de março de 2012, também precedendo os trabalhos da CNV³⁵. Os dois casos demonstram uma maior mobilização em torno deste elemento da *justiça de transição* e uma independência em relação aos trabalhos desenvolvidos pelo Executivo federal.

No que respeita ao direito de acesso à informação, novas regulamentações vieram também em 2011. A Lei nº 12.527/2011 revogou a antiga e inconstitucional disciplina do direito à informação (previsto no art. 5º, inc. XXXIII, da Constituição) estabelecida nos arts. 22 a 24 da Lei nº 8.159/1991 e na Lei nº 11.111/2005³⁶. Tais leis possibilitavam à antiga Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas da Casa Civil da Presidência da República que definisse documentos como do mais alto grau de sigilo e, conseqüentemente, os mantivesse fora do conhecimento da esfera pública brasileira pelo prazo de 30 (trinta) anos e, caso as informações documentadas envolvessem honra e imagem de pessoas, pelo prazo de 100 (cem) anos. Mas o mais grave era que tal Comissão poderia renovar os prazos indefinidamente. Patente tal inconstitucionalidade, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a ADI nº 4.077/DF³⁷ perante o STF que, em vista da revogação dos dispositivos impugnados, provavelmente não será julgada por perda de objeto.

Na nova disciplina, buscou-se não só redefinir os prazos de sigilo de documentos públicos, mas também dar corpo ao direito fundamental de acesso à informação perante órgãos públicos, não só reforçando o próprio remédio constitucional do *habeas data*, como também exigindo maior transparência da Administração Pública direta e indireta brasileira, efetivando-se o disposto nos arts. 37, § 3º, e 216, § 2º, da Constituição de 1988. A lei pode ser considerada também “lei nacional”, na medida em que seus procedimentos atingem não só a União, como Estados, Municípios e o Distrito Federal. Também estão sujeitas às suas normas entidades privadas que, por qualquer instrumento, recebam recursos públicos.

³⁴ ÉBOLI. *Deputados criam Comissão da Verdade paralela na Câmara*, p. 1.

³⁵ PORTAL TERRA. *Comissão da Verdade de SP ouvirá família de Rubens Paiva*, p. 1.

³⁶ “Se a verdade é pressuposto e conteúdo do direito positivo brasileiro e, segundo a compreensão da filosofia política democrático-republicana, um elemento dinâmico do encontro das versões individuais sobre fatos no mundo, segundo as informações livremente asseguradas a todos, além de ser um dos elementos formadores de identidades particulares e coletivas, poderíamos dar um passo adiante e falar de um direito fundamental à verdade? Sim.” (SAMPAIO. ALMEIDA. *Verdade e história: por um direito fundamental à verdade*, p. 262-263).

³⁷ BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Petição inicial na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.077/DF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&sI=4077&processo=4077>. Acesso em 20 nov. 2011.

Alguns princípios foram fixados pelo novo diploma. O sigilo passou a ser exceção e a publicidade foi definida como norma a ser observada na amplitude dos casos, mesmo que não haja solicitação. Assim, a divulgação de informações é definida claramente como um dever. Além disto, passou-se a exigir de todas as entidades o recurso às novas tecnologias – algo salutar, na medida da rapidez e economia que são propiciados pela rede mundial de computadores. A lei, inclusive, chega a tecer detalhes sobre a formatação de sítios (art. 8º, § 3º), dispensando apenas os Municípios de até 10.000 (dez mil) habitantes de criarem *sites* para a publicização das informações. O incentivo de uma chamada “cultura de transparência” também foi determinado, assim como o desenvolvimento de um controle social da Administração Pública.

O direito de acesso à informação foi exemplificado com o dever do Estado de prestar orientação a respeito de procedimentos e localização de informações, a possibilidade de alcançar registros, o manejo de informações detidas por pessoas privadas que já tenham tido vínculo com o Poder Público, o alcance de documentos relativos ao cumprimento de metas e programas de governos, como também a prestações de contas.

Quanto ao procedimento de acesso à informação, uma importante mudança veio com a desnecessidade de que o interessado justifique o porquê da busca pela informação, devendo ele apenas identificar-se e especificar qual a informação almejada. Feito o pedido, a informação deverá ser imediatamente prestada, só podendo haver recusa na impossibilidade de acesso imediato, que deverá ser devidamente justificada no prazo de 20 (vinte) dias. Se a informação for sigilosa, deverá ser franqueada ao requerente a possibilidade de recurso à autoridade hierarquicamente superior, assim como à Controladoria-Geral da União, à Comissão Mista de Reavaliação de Informações e ao Ministro de Estado da pasta detentora da informação. Todo o procedimento deverá ser gratuito, com exceção de necessidade de reprodução do documento. Neste último caso, em se tratando de requerente cuja situação econômica não permita o pagamento, ficará ele dispensado de tal.

Um dos mais importantes dispositivos veio com o art. 21. Por ele, não poderá ser negado o acesso à informação que seja necessário à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais, assim como não poderá haver restrição se os documentos reportarem a condutas de violação de direitos humanos praticadas por agentes públicos. Por um lado, tal dispositivo abriu um amplo espaço de atuação para a Comissão Nacional da Verdade; por outro lado, possibilitou-se a qualquer interessado o direto acesso a tais documentos. Pois se o direito à memória e à verdade compõe a gama de direitos fundamentais da ordem

constitucional de 1988, não só os diretamente interessados, como familiares das vítimas, podem exercer tal direito. Com isto, supostos “imperativos de segurança nacional ou interesse social” não podem limitar o amplo acesso à verdade. Isto fica ainda mais patente na disciplina do sigilo e de sua classificação.

Em primeiro lugar, a lei estabeleceu, já no art. 4º, inc. III, que este sigilo será, via de regra, *temporário*. Em segundo lugar, ela procurou detalhar possíveis disposições textuais a respeito do que seria imprescindível à segurança do Estado e da sociedade. Em terceiro lugar, três classificações foram construídas para as informações: ultrassecretas, com prazo de 25 (vinte e cinco) anos; secretas, com prazo de 15 (quinze) anos; e reservadas, com prazo de 5 (cinco) anos. Apenas as informações ultrassecretas poderão ter seu prazo renovado por mais 25 (vinte e cinco) anos (art. 35, § 1º, inc. III). Todos os prazos vigoram da *data de produção* do documento. Mas a lei determina que em 2 (dois) anos as autoridades competentes procedam à reavaliação das classificações das informações, período no qual ainda incidirão os prazos da legislação pretérita.

A lei determinou que a competência para o reconhecimento das informações como ultrassecretas é do Presidente da República, de seu Vice, dos Ministros de Estados, Comandantes das Forças Armadas e dos Chefes de Missões Diplomáticas e Consulares no exterior. Para a classificação de secretos, não só estas autoridades terão competência, como também titulares de entidades da Administração Pública indireta. Já para a classificação como reservados, esta caberá as já mencionadas autoridades e também de servidores públicos que exerçam função de chefia, direção e comando. A decisão de classificação deverá ser devidamente fundamentada e poderá ser reavaliada por autoridade superior.

No que respeita às chamadas “informações de caráter pessoal”, o prazo fixado pela lei foi de 100 (cem) anos, prazo este excessivamente longo. É certo que a lei estabeleceu que o consentimento do titular para a divulgação poderá ser dispensado em caso de defesa de direitos humanos ou “interesse público geral e relevante” (expressão das mais obscuras), assim como o sigilo não poderá ser oposto contra a recuperação de fatos históricos relevantes; entretanto, tal sigilo prolongado poderá privar o povo do conhecimento de informações que lhes interessam e que poderiam ser sustentadas como parte da vida privada de agentes públicos. É forçoso reconhecer que tais indivíduos, justamente pela posição que ocupam, têm restringido seu direito à privacidade. Em verdade, a lei acabou por repetir o mesmo erro do art. 23, § 3º, da Lei 8.159/1990 que, inclusive, foi impugnado na ADI nº 4.077/DF:

No caso concreto, não houve nem prudência nem proporcionalidade do legislador. Observe-se, em primeiro plano, que a honra e a imagem, utilizados para fundamentar 100 anos de prazo de sigilo, destinam a proteger o cidadão contra o Estado ou terceiros, não, todavia, para tutelar agentes públicos ou sua eventual biografia. Mesmo em relação aos particulares, não parece justificável que seus registros, especialmente se tenham repercussão histórica, permaneçam por décadas, e mesmo após o seu óbito, sob o selo do sigilo³⁸.

A lei também procurou delinear condutas ilícitas praticas por agentes públicos civis ou militares no manejo de informações. Desse modo, a recusa, a utilização indevida, a destruição ou subtração de documentos de interesse público, principalmente os que atestem violações a direitos humanos, poderão constituir transgressão militar ou infração administrativa, e mesmo ato de improbidade administrativa. Além disto, pessoas e entidades privadas sujeitam-se a sanções como multa, advertência ou proibição de contratar com o Poder Público caso não permitam o franco acesso à informação.

Por fim, foi instituída Comissão Mista de Reavaliação de Informações para rever a classificação de sigilo de informações. A Comissão terá poderes inclusive para requisitar informações de autoridades públicas e rever os graus de sigilo atribuídos. A cada 4 (quatro) anos ela deverá avaliar informações ultrassecretas e secretas com a finalidade de rever o sigilo.

Dois vetos foram opostos pela Presidência da República a esta lei. Primeiramente, o *caput* e § 1º do art. 19: o veto fundamentou-se na possibilidade deixada pelo dispositivo de que informações que cuidassem de defesa de direitos fundamentais pudessem ficar privadas do conhecimento de seus interessados. Além disto, o dispositivo exigia que os indeferimentos de acesso à informação de caráter orçamentário ou contábil fossem remetidos para controle pelo Tribunal de Contas o que, em princípio, feriria o princípio da separação de poderes. Ora, as próprias razões de veto apontam que o mesmo não impediria a Corte de Contas do seu exercício de controle externo e é a própria Constituição que cumula tal controle com o controle interno de contas hoje exercido pela Controladoria-Geral da União no âmbito federal. Em verdade, teríamos apenas mais um mecanismo de efetivação do acesso à informação; no mínimo, portanto, censurável o veto neste ponto³⁹.

³⁸ BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Petição inicial na ação direta de inconstitucionalidade n° 4.077/DF. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&sI=4077&processo=4077>>.

Acesso em 20 nov. 2011, p. 13.

³⁹ “Destaque-se, por fim, que o veto não interfere no controle externo exercido pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público, que estão assegurados pela Constituição e pelas respectivas Leis orgânicas, conforme as competências de cada órgão” (BRASIL. Presidência da República. Mensagem n° 523. Brasília, 23 de novembro

Não se pode, contudo, aplaudir o veto oposto ao art. 35 da Lei nº 12.527/2011. Este dispositivo estabelecia uma composição plúrima da Comissão Mista (outrora) de Reavaliação de Informações, contando ela com Ministros de Estado e representantes do Legislativo e do Judiciário. Além do sentido democrático que tal composição teria, o grau de fiscalização e controle mútuo dos poderes poderia permitir decisões mais legítimas na atuação da Comissão. Novamente, a questão já havia sido levantada contra os dispositivos revogados pela Procuradoria-Geral da República:

Note-se que os artigos em questão transferem ao Executivo o poder de classificar as categorias de sigilo e impor as restrições a seu acesso. Não é o próprio Executivo que detém a quase totalidade de dados históricos e políticos que deveriam ser franqueados ao público? Não é ao Executivo que se vinculam as diversas agências de inteligência? Não é ao Executivo que interessa diretamente o segredo, sob as mais diversas inspirações e móveis? Não é o Executivo o detentor perpétuo (e recalcitrante) das *raisons d'état*? Como, então, a ele delegar essa tarefa que acaba por definir o (e interferir no) núcleo essencial do direito à informação?⁴⁰

Assim, alguns passos importantes em relação à *justiça transicional* têm sido dados no Brasil, mas há retrocessos que devem ser vistos com crítica. No que respeita ao objeto desta pesquisa, pode-se dizer que parte das determinações da CteIDH no caso *Gomes Lund* têm sido cumpridas, principalmente na medida em que se considerar o direito à memória e à verdade e o acesso à informação dos fatos envolvidos com a Guerrilha do Araguaia, na medida, é claro, em tais determinações venham a efetivamente se implementar.

2.2 – Reparações simbólicas, administrativas e pecuniárias às vítimas

Outra dimensão da *justiça de transição* é a *reparação destinada às vítimas de violações de direitos humanos*. Essa reparação vai desde aquela de cunho pecuniário até a realização de atos simbólicos, como a construção de monumentos, museus, publicações oficiais, reconhecimento oficial da responsabilidade estatal, entre outros. É preciso lembrar que a prática de um crime contra a humanidade visa atacar precisamente o que há de humano em cada vítima: Primo Levi narra a situação vexatória inicial a que eram submetidos os presos ao se verem completamente nus, despidos não só de roupas, mas de pêlos⁴¹ – apenas um

de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Msg/VEP-523.htm>. Acesso em 23 nov. 2011).

⁴⁰ BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Petição inicial na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.077/DF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4077&processo=4077>>. Acesso em 20 nov. 2011, p. 6.

⁴¹ “As roupas, mesmo aquelas imundas que eram distribuídas, mesmo os sapatos ordinários com sola de madeira, são uma defesa tênue, mas indispensável. Quem não os tem não percebe a si mesmo como um ser humano, e sim como um verme: nu, lento, ignóbil, vergado ao chão. Sabe que poderá ser esmagado a todo momento” (LEVI. *Os afogados e os sobreviventes*, p. 98).

dentre os vários dispositivos de que dispunham os nazistas para retirar de qualquer vítima a menor característica de humanidade. Tais situações colocam a vítima em um permanente estado de angústia e até vergonha: como ressalta o mesmo Primo Levi, a vergonha de estar vivo e de não ter sucumbido como outros e a vergonha de não ter e mesmo de não ter podido reagir. Por isto, a reparação dada às vítimas tem não só o sentido de uma recomposição patrimonial de quem, por exemplo, se viu impedido de exercer uma função pública, mas também de recolocá-lo na posição de um sujeito digno de reconhecimento como pessoa.

De Greiff⁴² sustenta que o termo “reparação” ganha diferentes concepções em termos de *justiça transicional* comparada: a) ele pode significar *restituição*, no sentido de se recuperar a situação anterior da vítima, alcançando o retorno de direitos políticos e mesmo do direito de propriedade; b) pode se referir a *compensação*, envolvendo medidas que envolvem uma reparação por meio de quantificação – alertando-se para o fato de que o dano aqui não é apenas econômico, mas pode ser moral ou físico; c) *reabilitação*, que envolve assistência médica, psicológica e jurídica; e, d) *satisfação e garantias de não repetição*, que envolvem a investigação dos fatos, desculpas oficiais e sentenças que visam recuperar a dignidade das vítimas, a revelação da verdade, entre outras. Vê-se, pois, que novamente aparece a integração entre os vários elementos de *justiça transicional*.

Esta dimensão é a que talvez tenha mais se desenvolvido no Brasil. O advento da Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002, permitiu a instituição no âmbito do Ministério da Justiça da Comissão de Anistia ao dar regulamentação ao art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Ela instituiu o regime do anistiado político que, após ter reconhecida esta condição pela Comissão, faz jus a uma declaração neste sentido, a uma reparação econômica de caráter indenizatório, a contagem de tempo, para todos os efeitos, do período de afastamento de atividades profissionais, a conclusão do curso para o punido estudante ou o registro de diploma obtido no exterior e a reintegração de servidores ou empregados públicos punidos.

O grande avanço da Comissão de Anistia deu-se a partir de 2004, com a superação do conceito de anistia como política de esquecimento. Os testemunhos condicionantes da concessão de anistia exercem um importante papel de registro da memória. Mediante a chamada *Caravana da Anistia*⁴³, os trabalhos passam a ser realizados em diversos

⁴² DE GREIFF. *Justicia y reparaciones*, p. 303-304.

⁴³ “Se do ponto de vista individual o processo de reparação representa o resgate da dignidade humana maculada durante os períodos de exceção, do ponto de vista coletivo ele representa um acerto de contas da nação com seus cidadãos. Assim sendo, o processo de reparação torna-se um momento ímpar na construção da

locais no país, onde justamente ocorreram violações de direitos humanos, divulgando ainda mais o trabalho da Comissão de Anistia. Exemplo contundente narrado por Silva Filho diz respeito à Caravana do Araguaia⁴⁴, um dos episódios da ditadura mais controversos e que não havia obtido, até 1995, um reconhecimento oficial por parte do Estado e sobre o qual as Forças Armadas se negam peremptoriamente a fornecer qualquer documentação.

Parte deste projeto da Comissão de Anistia envolve justamente o desenvolvimento de políticas públicas de memória, tal como a iniciativa de edificação do Memorial da Anistia Política, com sede em Belo Horizonte/MG, no prédio que pertenceu à Universidade Federal de Minas Gerais e que sediou a Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas (FAFICH) e que abrigará os cerca de 64 mil processos que tramitaram perante a Comissão⁴⁵. Além destes documentos, o Memorial conterà documentos doados por particulares, por outros Estados estrangeiros, como Portugal e Espanha, e integrará o projeto Memórias Reveladas do Arquivo Nacional.

Com o trabalho desenvolvido pela Comissão de Anistia, é possível para Silva Filho reconhecer que:

O conceito de anistia, portanto, se afasta do exercício do esquecimento, pressupondo, antes, um exercício de memória, do qual o reconhecimento é o resultado. O reconhecimento das narrativas sufocadas pelos registros oficiais. O reconhecimento da dignidade e do papel fundamental dos que foram perseguidos políticos na construção das liberdades e das instituições democráticas que hoje existem no país⁴⁶.

De fato, como ressalta Paulo Abrão⁴⁷, a Comissão de Anistia tem procurado articular seu trabalho não só com diversos órgãos de governo, mas com setores da sociedade civil engajados na afirmação do direito à memória e à verdade. Destacam-se os projetos parceiros *Direito à Memória e à Verdade*, da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, *Memórias Reveladas*, da Casa Civil da Presidência da República,

história e da identidade nacional. A centralidade de todas as sessões de julgamento em Brasília impedia a plena realização dessa dimensão pública da anistia e, nesse sentido, foi instituído em abril de 2008 o projeto das Caravanas da Anistia. É por meio das Caravanas que o princípio da reconciliação nacional tem ganhado ampla concretude.

As caravanas já foram acolhidas por universidades, escolas, sindicatos, câmaras municipais, assembleias legislativas, tribunais de justiça, assentamentos rurais, sindicatos, palácios de governo estaduais, entidades representativas como a ABI, a OAB Nacional em seu Congresso anual, a CNBB, a UNE, ocupando ainda a ágora em seu sentido mais literal: a praça pública” (ABRÃO. BELLATO. TORELLY. ALVARENGA. Justiça de transição no Brasil, p. 18).

⁴⁴ SILVA FILHO. *Dever da memória e construção da história viva*, p. 218 e ss.

⁴⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. *Memorial da anistia política terá sede em Belo Horizonte*, p. 1.

⁴⁶ SILVA FILHO. *Dever da memória e construção da história viva*, p. 221.

⁴⁷ ABRÃO. BELLATO. TORELLY. ALVARENGA. *Justiça de transição no Brasil*, p. 13.

Memorial da Resistência, do Estado de São Paulo, iniciativas da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, o Ministério Público Federal em São Paulo, União Nacional dos Estudantes, a Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação Brasileira de Imprensa, entre outros. Nos anos de 2007 e 2008, foi possível para a Comissão de Anistia analisar 10.424 e 9.275 requerimentos, respectivamente. O colegiado tem se pautado pela utilização de critérios de razoabilidade para a concessão das indenizações, visando minorar o problema da disparidade que a própria lei permitiu entre perseguidos políticos em geral e demitidos de seus empregos no período ditatorial.

Assim, no que respeita ao aspecto reparatório, várias iniciativas têm sido levadas adiante no Brasil. Apesar do louvável trabalho desenvolvido pela Comissão de Anistia, contudo, ainda há muito o que fazer. A determinação de publicação dos excertos e do teor da decisão da CteIDH no Caso *Gomes Lund* se efetivaram em 15 de junho de 2012, com a publicação, respectivamente, no jornal *O Globo* e no Diário Oficial da União⁴⁸. No entanto, logradouros públicos ainda contam com nomes de antigos ditadores⁴⁹.

2.3 – Reforma e expurgo nas instituições de Estado e formação em direitos humanos

Outra reivindicação constante dos diversos modelos de *justiça transicional* é a de que se implementem reformas estatais que permitam o expurgo de perpetradores de graves violações de direitos humanos de cargos estatais. Expurgos públicos podem, segundo Teitel⁵⁰, redefinir as fronteiras do horizonte político na medida em que tais exclusões ganham a esfera pública. Parece ser paradoxal que um regime democrático de direito adote exclusões e restrições de direitos como base para a construção de seus próprios pilares. Ou que ele se utilize dos mesmos arquivos que eram mantidos por polícias secretas para praticar atos semelhantes de privação de direitos no regime decaído. Entretanto, há uma diferença crucial permeada pela garantia plena de um devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório na *justiça transicional*:

⁴⁸ A informação encontra-se também disponibilizada na internet em sítio governamental, como manda a decisão da CteIDH. O link é este: <<http://www.direitoshumanos.gov.br/destaques/a-divida-historica-com-os-mortos-e-desaparecidos-politicos-na-guerrilha-do-araguaia>>.

⁴⁹ Soares e Quinalha (*A memória e seus abrigos*, p. 269) fazem referência, neste aspecto, à noção de “lugares da memória”: “Acompanhando as lições de José Afonso da Silva, a adoção da verdade como valor de destaque para definir a essência de um bem cultural que remeta à ditadura militar somente tem sentido quando a memória (consequente ou referida) mantiver uma relação intrínseca com a não repetição. Em outras palavras, os Lugares de Memória são bens dotados de valores de referência que servem para a revelação e o conhecimento da verdade sobre as práticas violentas da ditadura militar ou sobre a resistência a essas atrocidades por grupos da sociedade civil. Assim, a referência desses locais/espacos físicos é a verdade, a revelação do acontecimento violento. E a memória desse período, como consequência da verdade/referencialidade, deve manter com o passado uma relação de não repetição, de Nunca Mais”.

⁵⁰ TEITEL. *Transitional justice*, p. 171.

Pois estes expurgos mostram que, embora paradoxais, é quase sempre por meio de processos tradicionais ritualizados que a mudança política é expressada mais claramente. Práticas transicionais sustentam uma bem conhecida observação sociológica relativa aos ritos sociais de preservação e reforma: é por meio das velhas formas que a mudança na mensagem política torna-se manifesta, embora elas possam ser distinguidas pelas garantias procedimentais mínimas e fundamentações liberais. A análise desta formas controladas de mudança clarifica como que na transição a realização de ritos políticos estabelecidos pode, não obstante, promover os propósitos da transformação.⁵¹

No caso brasileiro, uma vez que não tem ocorrido iniciativas da parte do próprio Estado, o Ministério Público Federal (MPF) tem promovido uma série de ações civis públicas (doravante ACP) em prol da efetivação deste pilar da *justiça de transição*. Na já mencionada ACP n° 2008.61.00.011414-5, promovida em face da União Federal, Carlos Alberto Brilhante Ustra e Audir Santos Maciel, o MPF requereu, com base na jurisprudência de CteIDH, na normativa internacional e em diversas outras disposições jurídicas, a declaração da omissão da União em promover ações regressivas por conta das indenizações pagas a anistiados políticos em desfavor dos demais réus. Assim, também integrou o pedido a condenação dos antigos membros do Exército a repararem os valores pagos pelo Tesouro Nacional a título das mesmas indenizações; por fim, requereu-se que estes militares da reserva fossem condenados à perda da função pública e a impossibilidade de serem investidos em novas funções. O pedido foi drasticamente julgado improcedente em 1ª instância e o processo aguarda julgamento pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região⁵².

Na ACP n° 2009.61.00.005503-0, ajuizada em face de Tamotu Nakao e Outros, também fazendo menção à normativa internacional e à inaplicabilidade da Lei de Anistia para obrigações de caráter civil, o MPF pediu a declaração de responsabilidade de diversos réus pela prisão ilegal, tortura e morte de Manoel Fiel Filho, condenando-os também regressivamente pela indenização paga aos familiares da vítima, a nova indenização, à perda de função e cargos públicos, benefícios de aposentadoria e a desconstituição de vínculos que alguns deles tivessem com o Estado de São Paulo. Julgando inadequada a via escolhida, o Juízo de Primeiro Grau extinguiu o processo sem julgamento de mérito em 9 de março de

⁵¹ TEITEL. *Transitional justice*, p. 172-173. Tradução livre de: “For these purges show that, though paradoxical, it is often through a society’s traditional ritualized processes that political change is most clearly expressed. Transitional practices bear out a well-known sociological observation relating to the social rituals of preservation and reform: It is through the old forms that the change in political message is made manifest, though these may be distinguished by the minimal procedural guarantees and liberal justifications. Analysis of these controlled forms of change clarifies how it is that in the transition performing established political rituals can nonetheless advance the purposes of transformation”.

⁵² Informação constante da página de andamento processual <www.trf3.jus.br>. Acesso em 27 mar. 2012.

2009⁵³; o Tribunal Regional Federal da 3ª Região reformou a decisão de primeiro grau para determinar o prosseguimento do feito que, até o momento, não contava com decisão final meritória⁵⁴.

Na ACP nº 2009.61.00.025169-4, o MPF requereu a condenação de diversos réus pelas omissões na identificação de ossadas encontradas em cova clandestina no cemitério de Perus em São Paulo. Figuram entre os réus a União Federal, a Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, a Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG e a Universidade Estadual de São Paulo – USP, assim como outros. Entre os pedidos figura o de condenação a apresentação de um pedido formal de desculpas pela negligência na condução dos trabalhos, assim como a construção de memorial dedicado às vítimas de desaparecimento forçado cujos restos foram encontrados em Perus. A significativa decisão concessiva do pedido de liminar estabeleceu a obrigação da União de reestruturar a Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos com o instrumental necessário para promover as identificações, inclusive garantindo um aporte orçamentário anual mínimo de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), algo discutível ante a separação de poderes. Mais consentâneo com esta lógica e evitando acusações de ativismo judicial, seria mais correto que se instituísse *astreintes* em valor necessário a exigir o cumprimento⁵⁵. Entretanto, a decisão acabou sendo sobrestada na Suspensão de Tutela Antecipada nº 2010.03.00.006514-7 e, até o momento, o processo principal aguardava julgamento final.

Já na ACP 0018372-59.2010.4.03.6100, o Ministério Público Federal visava fazer cessar a ocupação de cargos públicos por agentes que integraram o antigo DOI-CODI, serviço de polícia política da ditadura⁵⁶. O pedido incluía o reconhecimento de uma relação

⁵³ BRASIL. 11ª Vara Cível da Justiça Federal em São Paulo. Ação civil pública nº 2009.61.00.005503-0. Juíza Regilena Emy Fukui Bolognesi. Sentença (tipo C). Autor: Ministério Público Federal. Réus: Tamotu Nakao e Outros. Disponível em <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2012.

⁵⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Ação civil pública nº 2009.61.00.005503-0. Relator Desembargador André Nekatschalow. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Tamotu Nakao e Outros. Disponível em <www.trf3.jus.br>. Acesso em 23 mar. 2012.

⁵⁵ Além disto, partiu a decisão de concepções, a nosso ver, discutíveis sobre o direito à memória e à verdade: “É necessário que corpos sejam individualizados, recebam ofícios religiosos e, com a dignidade que merece todo ser humano, sejam encaminhados à sepultura definitiva. Enfim, é preciso virar essa constrangedora página da vida política brasileira. Sem que isto seja feito, os princípios constitucionais estarão comprometidos, já que um amontoado de ossos está permanentemente a pesar na consciência de quantos poderiam ter dado solução a este caso, e jamais o fizeram. Em outro dizer, é uma dolorida ferida social que precisa ser cicatrizada” (BRASIL. 6ª Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo. Ação civil pública nº 2009.61.00.025169-4. Autor: Ministério Público Federal. Réus: União Federal e Outros. Disponível em <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2012, p. 1.033, destaques nossos).

⁵⁶ A inicial destacou: “Na sua estrutura operacional, os DOI/CODI eram comandados por oficiais do Exército e se utilizavam de membros das Forças Armadas, investigadores e delegados de polícia civil, policiais militares e policiais federais. Uma das suas funções era unificar as atividades de informação e repressão política. Os DOI/CODI eram, portanto, órgãos federais que funcionavam sob a direção do Exército e com servidores

jurídica entre os réus e a sociedade brasileira em virtude da prática de diversos atos pelos mesmos de grave violação a direitos humanos. Assim, deveriam eles também ser condenados regressivamente pelas indenizações pagas pelo erário, além perderem funções e cargos públicos e benefícios de aposentadoria. A sentença foi proferida sob os auspícios da decisão na ADPF n° 153/DF, constituindo-se em um claro exemplo de vinculação entre instâncias cíveis e criminais, bem como na perpetuação de uma ignorância total em relação à necessidade de afirmação da *justiça de transição*:

Feitas essas considerações, verifica-se que o pedido formulado não merece prosperar, uma vez que pretende o autor a responsabilização dos réus por fatos que foram objeto de anistia “ampla e geral”, o que afasta a tese da responsabilidade civil por ato ilícito, já que a Lei de Anistia impede a condenação dos agentes de Estado eventualmente envolvidos em atividades que pudessem ser consideradas criminosas. Assim, se não há crime, na forma da Lei n° 6.693/1979, não há como condenar os réus ao pagamento das indenizações ora postuladas, nem tampouco declarar a existência de relação jurídica tendente a responsabilizá-los por eventuais atos praticados sob o “regime de exceção”⁵⁷.

Em uma interpretação linear da história, o Juízo Federal destacou que esta, segundo “*qualquer curso de história ministrado nas escolas deste país*”, não deve ser interpretada com os olhos do tempo moderno. Repetiu-se os mesmos argumentos do voto do Ministro Relator Eros Grau, enfatizando ser a lei de anistia uma lei-medida. Além disto, salientou-se que a CteIDH não é instância recursal em relação ao STF. Por fim, a sentença, criticável em todos os sentidos imagináveis, ainda estabeleceu que não seria cabível um pedido público de desculpas porque a Lei 10.559/2002, ao instituir o sistema de reparação *pecuniária*, atenderia ao mesmo fim. Estes são os frutos que a decisão do STF na ADPF n° 153/DF começa a colher.

Na ACP n° 2009.61.00.025168-2, em que figuravam inicialmente como réus a União Federal, Estado de São Paulo, Município de São Paulo, Romeu Tuma, Harry Shibata, Paulo Maluf, Miguel Colasuonno e Fábio Pereira Bueno, objetiva-se a condenação dos mesmos por participação na ocultação de cadáveres nos cemitérios de Perus e Vila Formosa. Consequentemente, também a condenação ao pagamento de indenização, a perda de função pública e a cassação de aposentadoria dos réus pessoas físicas. Aos entes federados caberia

federais e estaduais requisitados. Em São Paulo, estudo realizado por um agente militar do próprio aparato de repressão, revela que cerca de sete mil pessoas foram ilegalmente presas e torturadas (física ou psicologicamente) nessa casa de terror” (BRASIL. Ministério Público Federal. Petição inicial na ação civil pública n° 0018372-59.2010.4.03.6100. Disponível em < www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2012, p. 6). A inicial foi acompanhada de vários documentos provando o envolvimento dos réus Aparecido Laertes Calandra, David dos Santos Araújo e Dirceu Gravina em atos de tortura, como documentos do repertório *Brasil Nunca Mais* e depoimentos de torturados perante o MPF.

⁵⁷ BRASIL. 7ª Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo. Ação civil pública n° 0018372-59.2010.4.03.6100. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Aparecido Laertes Calandra e Outros. Juíza Federal Diana Brunstein. Disponível em < www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2012, p. 136.

ainda a condenação à promoção, em equipamentos públicos, da divulgação das circunstâncias da morte e ocultação de cadáveres de perseguidos políticos no Estado de São Paulo durante a ditadura. Não havia decisão final até o fechamento deste texto.

Por fim, ainda no campo cível, a ACP nº 0021967-66.2010.4.03.6100 visou responsabilizar diversos réus pelo envolvimento na chamada OBAN – Operação Bandeirante, que teve por finalidade organizar o sistema de repressão política, concentrando-o no Estado de São Paulo. Os vários réus seriam responsabilizados em termos semelhantes ao das ações supra descritas. Em uma flagrante supressão de instância, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu em um agravo de instrumento⁵⁸ ter ocorrido a prescrição da pretensão do MPF, após fazer diversas ilações sobre a imprescritibilidade de caráter criminal e determiná-la inaplicável ao caso, em vista de que o art. 37, § 5º⁵⁹, da CF/1988, não poderia retroagir para atingir fatos pretéritos. A confusão não poderia ser maior. Novamente vinculando instâncias separadas, o TRF da 3ª Região ignorou fatores de *justiça transicional* e uma questão clara: as indenizações cuja cobrança regressiva se exigia foram, todas elas, posteriores a 1988. Além disto, fez tabula rasa de um precedente do Ministro Ayres Britto⁶⁰ em que ele reforçou seu voto da ADPF nº 153/DF fundado na separação das instâncias de responsabilidade civil e criminal.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de instrumento nº 0025470-28.2011.4.03.0000/SP. Relator Juiz Federal Convocado Santoro Fachini. Agravante: Ministério Público Federal. Agravados: União Federal e Outros. São Paulo, 11 de novembro de 2011. Disponível em <www.prr3.mfp.gov.br>. Acesso em 11 mar. 2012.

⁵⁹ “Art. 37 [...]”

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

⁶⁰ Foi o decidido na Reclamação 12.131/DF, em que se definiu: “6. Feito este relato da causa, passo à decisão. Fazendo-o, ponto, de saída, não merecer seguimento a presente reclamação. É que não há identidade entre o caso apresentado e o decidido por esta Casa de Justiça no julgamento da ADPF 153. E “quando promovida [a reclamação] com o objetivo de fazer restaurar o ‘imperium’ inerente aos julgamentos emanados deste Tribunal – há de referir-se a situação idêntica àquela que motivou a formulação do ato decisório invocado como paradigma, sob pena de subverter-se a própria destinação constitucional do instrumento reclamatório” (Rcl 4.003/RJ). Daí surgir a seguinte questão: o que ficou decidido na referida ação de natureza abstrata?

7. Resposta: ficou decidido, contra meu voto, pela “integração da anistia da Lei de 1979 na nova ordem constitucional”. Lei de anistia, contudo, que não trata da responsabilidade civil pelos atos praticados no chamado “período de exceção”. E é certo que a anistia como causa de extinção da punibilidade e focada categoria de direito penal não implica a imediata exclusão do ilícito civil e sua conseqüente repercussão indenizatória.

8. Não fosse o bastante, observo que as decisões reclamadas sequer analisaram a Lei nº 6.683/1979 ou qualquer decisão deste Supremo Tribunal Federal. Apenas permitiram que a ação indenizatória então ajuizada tivesse seu regular processamento” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 12.131. Reclamante: Carlos Alberto Brilhante Ustra. Reclamados: Juíza da 20ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo e Outros. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, 3 de outubro de 2011. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 23 mar. 2011, p. 3). Cuidava-se de uma reclamação contra decisão de prosseguimento na Ação de Indenização ajuizada na Justiça Estadual Paulista (nº 583.00.2010.175507-9) por Angela Maria Mendes de Almeida e Regina Maria Merlino Dias de Almeida contra Carlos Alberto Brilhante Ustra em vista dos danos causados pela morte de Luiz Eduardo Merlino.

Do lado da formação em direitos humanos, principalmente em instituições estatais, muito ainda há que se fazer no Brasil, porém, novamente, a Comissão de Anistia do Ministério de Justiça tem desenvolvido um pioneiro papel. Além das já citadas Caravanas da Anistia, ela tem promovido anistias culturais, audiências públicas, oficinas temáticas e publicações, bem como desenvolvido um Projeto Educativo que segue as bases do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH)⁶¹. Tal projeto tem buscado combater o desconhecimento do passado e processos de alienação, insistindo na necessidade de acesso fatos historicamente não descortinados. Além disto, ela tem procurado enfatizar a superação da noção de que a lei de anistia teria sido um momento de reconciliação nacional e de pacificação, evitando a imposição de uma verdadeira “monocultura”⁶².

2.4 – Punição penal dos perpetradores de violações a direitos humanos

Como já enfatizado, um dos principais e mais controversos frutos da Lei n° 6.683/1979 foi a total impunidade de agentes públicos que cometeram delitos que violaram as próprias leis do regime ditatorial antes vigente. As consequências são devastadoras. O estudo de Kathryn Sikkink e Carrie Booth Walling, citado por Silva Filho⁶³ e relativo a dados da literatura da década de 1980 sobre os períodos ditatoriais na América Latina, revela que nos países em que se procedeu a julgamento e em que foram instaladas Comissões da Verdade (são o caso de Argentina, Chile, Guatemala, Paraguai, Panamá, Peru, Bolívia, El Salvador e Equador) os índices da *Political Terror Scale* (um critério utilizado pela Anistia Internacional e pelo Relatório Anual de Direitos Humanos dos Estados Unidos) só decresceram: na escala de 1 a 5 por ele observada, o Brasil subiu de 3.2 para 4.1⁶⁴. O alvo alterou-se: do esquerdista

⁶¹ Anterior ao PNDH-3, o PNEDH busca uma articulação institucional em todos os poderes e níveis da federação para o alcance de objetivos como destacar o papel estratégico da educação em direitos humanos para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, contribuir para a efetivação dos compromissos internacionais e nacionais com a educação em direitos humanos e estimular a cooperação nacional e internacional na implementação de ações de educação em direitos humanos (BRASIL. Comitê Nacional de Direitos Humanos. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/sedh/edh/pnedhpor.pdf>>. Acesso em 23 mar. 2012. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, 2007, p. 26).

⁶² ABRÃO ET AL. *Educação e anistia política*, p. 61 e ss.

⁶³ SILVA FILHO. *Dever da memória e construção da história viva*, p. 205. Ele se refere a SIKKINK, Kathryn. WALLING, Carrie Booth. The impact of human rights trials in Latin American. In *Journal of Peace Research*, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, vol. 44, n° 4, 2007, p. 427-444.

⁶⁴ “De acordo com outras concepções ainda mais extremas, foi a falta de qualquer resposta institucional na Espanha pós-fascista que assegurou a passagem para a democracia. Mas há oponentes a esse tipo de argumento, incluindo a proeminente cientista política Kathryn Sikkink, que reuniu um conjunto expressivo de dados sobre cerca de cem casos de regra de transição. Ao analisá-los, ela constata que as localidades que responderam a violações prévias dos direitos humanos com procedimentos criminais chegam à nova era com melhores registros de direitos humanos do que as que não o fizeram. Países que respondem com procedimentos judiciais e que criam adicionalmente comissões de verdade saem-se ainda melhor” (SAVELSBERG. *Violações de direitos humanos, lei e memória coletiva*, p. 14).

ou comunista ao traficante. Além disto, observa-se uma crescente criminalização da atuação de movimentos sociais⁶⁵.

Mais recentemente, Sikkink⁶⁶ irá desenvolver o conceito de *justiça em cascata* para se referir a uma nova mudança na política mundial no que respeita à responsabilização criminal de agentes de Estado por violações de direitos humanos. Este conceito não implica em uma fatal condenação dos perpetradores, pelo contrário, ele remete a um deslocamento a respeito da legitimidade das normas sobre responsabilidade individual por violações de direitos humanos e um sucessivo aumento de perseguições criminais em nome daquela norma. A ideia a ser transmitida pelo termo é a de que tal mudança começa lentamente com pequenos córregos que vão ganhando força e varrendo um número maior de agentes. Os julgamentos de Nuremberg e Tóquio seriam, historicamente, o início desta mudança, mas como a derrota na Segunda Guerra não é, de modo algum, um fator desprezível, seria mais importante considerar os fatos ocorridos a partir de meados da década de 1970 em países como Grécia e Argentina.

Sikkink⁶⁷ traz os exemplos latino-americanos de condenações de ex-chefes de Estado no final do século XX e no início do século XXI: Roberto Viola e Rafael Videla na Argentina, Alberto Fujimori no Peru, Alvarez e Bordaberry no Uruguai, e, mais recentemente, o processo de Ríos Montt na Guatemala. Todos estes últimos casos se destacam do caso argentino pelo fato de terem derrotado oposições de esquerda e ainda assim haverem condenações.

Normas possuem um caráter deontológico. São constituídas socialmente, talvez por meio de um empreendimento que torna uma ideia inicial uma norma intersubjetivamente compartilhada. Efetivamente, elas poderiam florescer em uma cascata de normas. Uma norma que determina a responsabilidade individual criminal de agentes de Estado por violações de direitos humanos não se tornou ainda um consenso, pelo contrário, ela é parte de um ardente

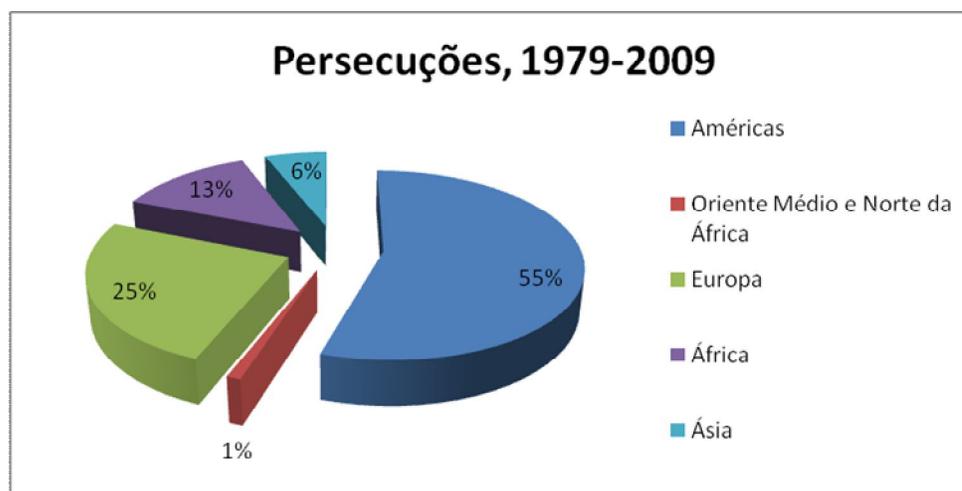
⁶⁵ “Com efeito, no caso brasileiro, a tortura persiste de forma generalizada e sistemática. Levantamento feito em 2005 aponta que o número de agentes condenados pela prática da tortura, no país inteiro, não chegava sequer a vinte. Na maioria dos casos, ainda se recorre aos tipos penais de lesão corporal ou constrangimento ilegal para punir a tortura (como no passado, quando inexistia a lei), em detrimento da efetiva aplicação da Lei 9.455/97. Pesquisa realizada pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça registra que, nos primeiros cinco anos de vigência da lei, foram apresentadas 524 denúncias de tortura, sendo que somente 15 (4,3% do total) foram a julgamento e apenas nove casos (1,7%) resultaram em condenação de torturadores¹⁷. Esses dados revelam que, na prática, não foram incorporados os avanços introduzidos pela lei 9.455 de 1997. Em geral, a tortura ocorre quando o indivíduo está sob a custódia do Estado, em delegacias, cadeias e presídios, remanescendo como usual método de investigação policial para obter informações e confissões sobre crimes” (PIOVESAN. *Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia*, p. 186).

⁶⁶ SIKKINK. *The justice cascade*, p. 4.

⁶⁷ SIKKINK. *The justice cascade*, p. 10.

debate. Se a “justiça” for concebida tão somente como a responsabilidade jurídica por crimes, ela teria se ausentado inúmeras vezes ante as imunidades que um chefe de Estado detém. Tais imunidades não têm mais a dimensão que tinham no passado justamente em virtude da força que o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem ganhado. Isto se deve a três ordens de fatores como: violações de direitos humanos não são atos de Estado, mas crimes imputáveis a indivíduos; tais indivíduos podem ser processados; e, por fim, eles também são titulares de direitos e de, portanto, um devido processo legal. Este último fator marca a diferença de um julgamento político para um julgamento de direitos humanos.

Pode-se creditar esse crescimento da responsabilidade individual ao aumento da insatisfação com os antigos modelos de (ir)responsabilidade. Pois se a Segunda Guerra Mundial erodiu o antigo modelo de total imunidade e irresponsabilidade, o modelo que atribuía aos Estados a responsabilidade por violações de direitos humanos por meio da estratégia da nomeação e vergonha (*shame*) também se mostrou insatisfatório e incapaz de conter as inúmeras violações ocorridas na década de 1980. Esta pode ser uma das razões pelas quais a jurisprudência da CteIDH tenha se voltado para não apenas condenar os Estados pelas violações, mas por exigir que eles punam individualmente os perpetradores. Mas a estratégia de *naming and shaming* não tem se mostrado totalmente falha, pelo menos da perspectiva sociológica. Há dados que comprovam que Estados têm, neste campo, procurado adotar atitudes semelhantes a de outros Estados. Um gráfico elaborado por Sikkink⁶⁸ a partir de suas pesquisas demonstra isto. Ele mostra como regiões em que tem aumentado o número de perseguições penais mostram-se abertas à “contaminação” difundida pelos países da região (fig. 1):



⁶⁸ SIKKINK. *The justice cascade*, p. 20-21, figures 1.1 e 1.2.

Nota-se, pois, que a *justiça em cascata* realmente tem crescido na região do sistema interamericano de direitos humanos, havendo muito mais razões de ordem sociológica para confiar que esta tendência seja seguida pelo Brasil.

Discute-se também se a realização de processos e julgamentos criminais poderia contribuir ou não para a efetivação do Estado Democrático de Direito e de seus princípios. Há ceticismos que vão desde a possibilidade de que os julgamentos criem condições para a deterioração de um sistema democrático até aqueles que advogam a impossibilidade de um modelo de *justiça transicional* que pudesse ultrapassar fronteiras. Recorrendo a base de dados do Departamento de Estado norte-americano, o *Annual Country Reports of Human Rights Practices* (Relatórios Anuais Estatais de Práticas de Direitos Humanos), que cobre 198 países e territórios, Sikkink⁶⁹, juntamente com sua colega Carrie Booth Walling, chegam a algumas conclusões úteis. Foi necessário antes, contudo, definir alguns critérios de análise estatística: elas se dedicaram, em primeiro lugar, apenas a países que enfrentaram desafios transicionais; em segundo lugar, foi preciso identificar claras intenções de responsabilizar perpetradores; em terceiro lugar, os Estados verificados deveriam garantir um mínimo de direitos para os acusados; em quarto lugar, não apenas condenações foram consideradas, uma vez que a já ocorrência de uma perseguição seria geradora de impactos. Para quantificar as informações, elas se utilizaram de um critério chamado *country-prosecution years*, que corresponde, tão-somente, a pelo menos uma ocorrência de julgamento de impacto por ano em cada Estado analisado.

A primeira conclusão, após anos de pesquisa, já foi adiantada: houve um aumento significativo ao redor do mundo de responsabilizações criminais individuais. Outra conclusão já prevista: a Argentina lidera o número de perseguições penais.

A partir desta constatação empírica da *justiça em cascata*, foi possível partir para a discussão de seus efeitos. Tomando a América Latina como foco, já que ela concentra 55% de todas as perseguições domésticas contra violadores de direitos humanos no mundo, elas apontam que há significativas variações entre os países, tomando-se em conta, principalmente, o Brasil, que não tem *nenhum* julgamento criminal pelos crimes pós-ditadura. Analisando os argumentos dos céticos em relação aos julgamentos criminais, pode-se refutar cada um deles com tais dados. Senão vejamos.

⁶⁹ SIKKINK. *The justice cascade*, p. 134.

Uma primeira ordem de argumentos diz respeito à natureza da *justiça em cascata* e ela se subdivide em: a.1) os julgamentos devem ocorrer rapidamente após a transição ou não vão acontecer; e, a.1) as decisões pós-transição são mutuamente excludentes, é dizer, deve-se preferir, por exemplo, *justiça* “ou” *verdade*. Em relação a a.1), os dados demonstram que a *justiça transicional* segue por anos a fio. Os chamados *country-prosecution years* duram em média 6.41 “anos” e podem se alongar por períodos maiores. Cai por terra, assim a ideia de que a indignação popular se esvai com o tempo ou de que os que são partes em perseguições podem retomar o poder⁷⁰. Com relação a a.2), a passagem do tempo na América Latina tem encorajado as vítimas a lutar por justiça, sem que esta possa ser objeto de barganha com a verdade. A adoção de comissões da verdade quase sempre vem acompanhada de processos criminais; o Brasil é uma das poucas exceções. Estas exceções costumam vir acompanhadas de auto-anistias, que de seu turno, podem ser atenuadas por outras exceções, como a impossibilidade de anistias para genocídio e crimes contra a humanidade (Guatemala) ou a anistia para civis no poder (Uruguai). Além disto, interpretações judiciais podem corroer tais anistias, como já ressaltado.

Neste ponto, a posição de Leigh Payne⁷¹ é confrontada por Sikkink:

Sustento que é a perseguição, não a anistia, que está fazendo o trabalho de deter abusos futuros. Leigh responde que suas análises quantitativas mostram que julgamento isolados não provam ter um impacto estatisticamente significativo no aperfeiçoamento de direitos humanos, mas que quando combinados com anistias, julgamentos aumentam a probabilidade de mudança positiva. Ela e sua equipe propõem que talvez anistias ajudem a acalmar militares ou policiais que são os alvos da perseguição, assim, ganhando tempo para que outros mecanismos transicionais exerçam um efeito social.⁷²

⁷⁰ “In Uruguay, a political magazine cover showed a photo of the face of ex-President Bordaberry superimposed on a body behind bars wearing striped prison attire. His son, Pedro Bordaberry, who ran for president in the 2009 elections, barely mentioned his father during the campaign” (SIKKINK. *The justice cascade*, p. 143). Tradução livre: “No Uruguai, uma capa de uma revista política mostrou a foto do rosto do ex-Presidente Bordaberry sobreposta a um corpo atrás das grades usando vestimentas listradas de uma prisão. Seu filho, Pedro Bordaberry, que concorreu para presidente nas eleições de 2009, escassamente mencionou seu pai durante a campanha”.

⁷¹ Cf. OLSEN, Tricia. PAYNE, Leigh. REITER, Andrew. *Transitional justice in balance: comparing processes, weighing efficacy*. Washington: United States Institute of Peace, 2010, e OLSEN, Tricia. PAYNE, Leigh. REITER, Andrew. As implicações políticas dos processos de anistia. In ABRÃO, Paulo. PAYEN, Leigh. TORELLY, Marcelo (orgs.). *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011, p. 542 e ss.

⁷² SIKKINK. *The justice cascade*, p. 148. Tradução livre de: “I argue that it is the prosecution, not the amnesty, which is doing the work of deterring future abuses. Leigh responds that her quantitative analyses shows that trials in isolation do not prove to have a statistically significant impact on human rights improvements, but that when combined with amnesties, trials increase the likelihood of positive changes. She and her team propose that perhaps amnesties can help calm the military or police who are the targets of prosecution, thus buying time for other transitional mechanisms to exert a social effect”.

Subsidiando tal confrontação, é possível analisar os impactos da *justiça em cascata* sob quatro perspectivas por meio das quais os céticos se posicionam: b.1) as perseguições podem desestabilizar a democracia e levar a golpes militares; b.2) perseguições em prol de direitos humanos podem aumentar a violação destes mesmos direitos; b.3) estas mesmas perseguições podem estimular ou prolongar conflitos; e, b.4) elas podem desestimular a consolidação do Estado de direito, ou deve-se primeiro construir este edifício para só pensar em tentar viabilizar perseguições.

Em relação a *b.1*, deve-se reconhecer que a América Latina tem desenvolvido nos últimos anos regimes democráticos estáveis. Desde o início das perseguições, em 1983, apenas quatro golpes de Estado foram exitosos, nenhum deles ligados a medidas transicionais: no Peru, em 1992, no Haiti, em 2004, no Equador, em 2000, e em Honduras, em 2009. Todos os exemplos retornaram à democracia, ainda que em parte. O exemplo recorrente da Argentina de Alfonsín deve ser lembrado como uma tentativa que não impediu perseguições de oficiais de mais baixa patente e outros servidores e nem as recentes perseguições de ex-chefes de Estado. Causas da repressão estão associadas, em termos quantitativos, a democracia e à proteção de direitos humanos. Apesar de o Brasil aparecer como exceção em termos de fortalecimento da democracia sem perseguições penais, sua situação em termos de proteção de direitos humanos ainda é fortemente criticável.

Sobre *b.2*, Sikkink⁷³ se utiliza do já mencionado critério *Political Terror Scale (PTS)*, verificando-se o aumento nesta escala no caso brasileiro. Complementarmente, podemos nos referir à tabela indicada que demonstra um grau maior do *PTS* em Estados em que não houve perseguições (fig. 2), observando-se que a média geral dos países latino-americanos é de 2.91:

Países com	PTS médio ao longo dos anos de perseguição ou sem perseguição
Sem perseguição	3,15
Entre 1 e 5 anos de perseguições	2,88
Entre 5 e 10 anos de perseguições	2,49
Mais de 10 anos de perseguições	2,38

⁷³ SIKKINK. *The justice cascade*, p. 149.

Foi possível, pois, com base na pesquisa de Sikkink e Walling, verificar que o Brasil piorou claramente nos dez anos que se seguiram ao ano final da ditadura, 1985. Além disto, foi possível observar que os 14 países que lidaram com maior número de perseguições tiveram um aumento de 0,9 na escala de 5 pontos do *PTS*, ao passo que 7 países com menor número de perseguições obtiveram um incremento de apenas 0,5 pontos.

No que diz respeito a *b.3*, registra-se que, entre 1970 e 2008, em 17 países em que ocorreu algum tipo de conflito, não houve nenhum caso na América Latina em que a perseguição penal contribuiu para sua eclosão. Já no que se refere a *b.4*, verifica-se que a construção do Estado de Direito se deu de mãos dadas com as perseguições penais.

Um último dado a se considerar diz respeito ao impacto que perseguições penais podem gerar sobre a relação entre militares e civis e sobre a subordinação dos primeiros aos últimos. Este é um problema que se mostra recorrente no Brasil e ao qual Sikkink⁷⁴ se refere expressamente ao mencionar a insatisfação de setores militares da ativa e da reserva com as declarações, em 2008, do ex-Ministro da Justiça Tarso Genro sobre a necessidade de revisão da Lei de Anistia para violação de direitos humanos. Além disto, ela ressalta a relação que pode haver entre a impunidade dos perpetradores do passado com aquela que crassa no Brasil de hoje, bem como com a violência da polícia atual.

Estes são dados estatísticos que fazem exigir a responsabilização criminal individual por violações de direitos humanos e que mostram, mais uma vez, o desacerto da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n° 153/DF. Há, porém, questões normativas já relatadas: a prevalência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o próprio cumprimento da decisão da CteIDH no Caso *Gomes Lund*, bem como a necessidade de interpretar-se a Lei de Anistia à luz da Constituição de 1988. Na sequência, será examinada a questão de uma compatibilização entre a decisão do STF e a decisão da CteIDH, ou, para já adiantar o resultado, da prevalência da última.

⁷⁴ SIKKINK. *The justice cascade*, p. 157.

CAPÍTULO III – ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

No presente capítulo, será analisada a forma como a decisão da CteIDH no Caso *Gomes Lund* deverá ganhar prevalência sobre a decisão do STF na APDF nº 153/DF. Começaremos por uma questão que não deveria envolver maiores embaraços, qual seja, a da persecução penal de crimes de *desaparecimento forçado*; na sequência, será discutida a possibilidade de persecução penal para outras violações de direitos humanos; por fim, demonstrar-se-á como o STF faltou ao seu papel de um dos guardiães da Constituição em vista da decisão que tomou e do conceito já discutido de *patriotismo constitucional*.

3.1 – Persecução penal para crimes de desaparecimento forçado ocorridos na Guerrilha do Araguaia

A CteIDH determinou que o Estado brasileiro promova a investigação completa dos fatos que envolvem o *desaparecimento forçado* de vítimas por ocasião da Guerrilha do Araguaia, bem como a responsabilização criminal, com todas as sanções que a acompanham. Esta primeira determinação (não foi a única, como já apontado) não contradiz a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153/DF, não obstante esteja ela em pleno desacordo com as disposições constitucionais e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Isto porque, ao julgar a Extradicação nº 974¹, o Supremo Tribunal Federal deu ao crime de *desaparecimento forçado* as mesmas características nomeadas pela CteIDH no Caso *Gomes Lund*. Naquela extradicação, relatada originariamente pelo Ministro Marco Aurélio, o Governo da Argentina requereu a extradicação de Manoel Cordeiro Piacentini pela prática, por duas vezes, dos crimes previstos nos arts. 144, alínea 1ª, e 210, do Código Penal Argentino². Observe-se que o Governo do Uruguai havia também feito pedido extradicional no mesmo

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 974. Requerente: Governo da República Argentina. Extraditado: Manoel Cordeiro Piacentini. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília/DF, 6 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606492>>. Acesso em 12 mar. 2011.

² “Art. 144. [...]”

Alínea 1ª. O funcionário público que, abusando de suas funções ou sem as formalidades prescritas pela lei, privasse a qualquer pessoa da sua liberdade pessoal.

[...]

Art. 210 – Será reprimido com prisão ou reclusão de três a dez anos, aquele que fizesse parte de uma associação ilícita ou banda de três ou mais pessoas, destinadas a cometer crimes, pelo só fato de serem membros da associação”.

sentido³. O extraditado era acusado do desaparecimento de Adalberto Waldemar Soba Fernandez, ocorrido em 1976 na Argentina; segundo o Governo deste país, ele, Major do Exército Uruguaio, estaria envolvido na chamada *Operação Condor*.

O voto do Ministro Marco Aurélio, aplicando o disposto no art. 25, inc. II, do Tratado do Mercosul, reconheceu a prevalência do pedido do Governo da Argentina, já que lá é que se deram os fatos imputados. Em relação ao alegado pela defesa do extraditado, afirmou que as peças juntadas ao pedido demonstravam a ocorrência dos delitos, além de que a ele não se aplicaria o indulto da Lei 1.003/1989, uma vez que esta fora declarada inconstitucional pela Corte Suprema da Argentina. Além disto, “curiosamente”, ele também rechaçou a tese de que o crime praticado seria *crime político*, uma vez que a *Operação Condor* seria uma organização terrorista secreta e multinacional que envolveria militares do Brasil, Argentina, Chile, Uruguai, Paraguai e Bolívia – é dizer, nossos militares podem “praticar crimes políticos” em sua repressão, não os uruguaios... No que respeita ao delito de quadrilha imputado ao extraditado, o Ministro Marco Aurélio, mesmo reconhecendo o fato da Operação Condor, julgou-o prescrito, tanto em face da legislação brasileira (prescrição em doze anos), quanto em face da legislação argentina (prescrição em, no máximo, quinze anos). Assim, mesmo reconhecendo se tratar de uma “organização terrorista” voltada para a prática de violações de direitos humanos, o Ministro entendeu prescrito o crime.

Em relação ao *desaparecimento forçado*, o voto do Ministro Marco Aurélio, mencionando o fato do Brasil ainda não ter ratificado a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, refutou a posição da Procuradoria-Geral da República pela não ocorrência da prescrição. Haveria uma distinção entre o tipo do art. 7º da Convenção e o crime de *seqüestro* do Código Penal. Ele entendeu que aquele crime traz consigo implícita a morte da vítima e que, passados trinta e dois anos do ocorrido, é sintomático que ela tenha acontecido. Pelo sentido do “vocábulo” desaparecimento, não haveria dupla tipicidade a permitir a extradição. Invocando os “princípios” da “razão suficiente” e do “determinismo”, ele salientou que tanto a legislação brasileira como a argentina permitiriam aferir a morte presumida. No mais, os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.140/1995 instituíram tal presunção legalmente para os desaparecidos brasileiros, auxiliados pelo art. 7º do Código Civil. Além disto, o art. 22 da Lei nº 14.394/1954 também estabeleceria a presunção. Acrescente-se que, para que

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.079. Requerente: República Oriental do Uruguai. Extraditado: Manuel Cordeiro Piacentini. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília/DF, 6 de agosto de 2009. <Disponível em www.stf.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2012.

houvesse a extradição seria necessária a possibilidade de aplicação da lei brasileira, o que não seria o caso, em vista da anistia de 1979. Expressamente ele reconheceu que outra posição poderia ensejar responsabilizações futuras no Brasil:

Em última análise, o Supremo está a enfrentar, neste caso, na via indireta, é certo, a problemática alusiva a tema que, há pouco, esteve em voga – o alcance da anistia. Se deferida esta extradição, assentar-se-á a viabilidade de persecução criminal, de responsabilidade administrativa e civil, no tocante a fatos cobertos pela anistia e, então, esvaziada na essência será esta última, não mais implicando a suplantação da quadra indesejada. Feridas das mais sérias, consideradas repercussões de toda ordem, poderão vir a ser abertas. Isso não interessa ao coletivo. Isso não interessa à sociedade presentes valores maiores. Isso resultará em retrocessos dos mais nefastos⁴.

Após isto, ele indeferiu o pedido, no que foi acompanhado pelo Ministro Menezes de Direito e pelo Ministro Eros Grau. Também foi acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia, que ressaltou que “*não se comprometia com a parte relativa à anistia*” – não se comprometeu naquele momento, é dizer.

A maioria dos Ministros do STF, contudo, não acompanhou o voto do Ministro Marco Aurélio.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski destacou que, efetivamente, o indulto havia sido declarado inconstitucional na Argentina. Foi coincidente com o voto do Ministro Marco Aurélio no que respeita à prescrição da associação ilícita – posição criticável, como mencionado. Em relação ao seqüestro, afirmou-se que, apesar de passadas décadas do fato imputado, as vítimas não apareceram, nem seus corpos, o que exclui a cogitação do homicídio. Trata-se de crime, portanto, *permanente*.

Houve, então, suspensão da sessão plenária por conta do pedido de vista do Ministro César Peluso. Com o retorno do julgamento, o Ministro Marco Aurélio aditaria seu voto para fazer menção a outras dez pessoas, inclusive um menor, o que teria levado o Governo da Argentina a acrescentar outro crime a exigir a extradição (o do art. 146 do Código Penal Argentino).

O Ministro César Peluso destacou o *sistema legal de cognoscibilidade limitada* dos processos extradicionais no Brasil; diante dele, não poderia o Ministro Marco Aurélio

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição nº 974. Requerente: Governo da República Argentina. Extraditado: Manoel Cordeiro Piacentini. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília/DF, 6 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606492>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 11-12, destaques nossos. É quase dispensável tecer maiores comentários sobre a afirmação do Ministro ante os dados da pesquisa realizada por Sikkink e Walling.

alterar a qualificação jurídica dos fatos feita pelo Estado requerente. Mais do que isso: não poderia o STF desclassificar todos os crimes de seqüestro para crimes de homicídio e ainda, sem discriminação alguma, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva. De outra parte, o homicídio exige o mínimo de materialidade delitiva, seja direta ou indireta, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal. Além disto:

Como, aliás, se vê e deflui nítido do teor literal do art. 7º do Código Civil em vigor, para que exsurja considerável presunção legal de morte, não basta o mero juízo de extrema probabilidade da morte de quem estava em perigo de vida (inc. I), havendo mister a existência de sentença que, depois de esgotadas as buscas e averiguações, produzidas em procedimento de justificação judicial, fixe a data provável do falecimento (§ único)⁵.

Não seria, pois, aplicável o dispositivo do Código Civil (art. 7º). As vítimas contavam à época dos fatos com, em média, 20 anos, o que afastaria a possibilidade de morte natural; não houve qualquer sentença de declaração de ausência ou morte presumida. Meras conjecturas não poderiam requerer a aplicação do dispositivo e, em vista disto, o prazo prescricional não fluiria. E nem haveria fatos a demonstrar a data exata em que ocorreram cada uma das mortes, a não ser que se cogitasse da hipótese de execução coletiva. Some-se a isto que eventuais e conjecturais acusações de homicídio pairariam no ar em vista de não se ter todos os elementos para caracterizar as hipóteses fáticas da sua ocorrência. Sobre o seqüestro do menor, pior ainda a situação do extraditando: aquele só veio a reconhecer sua identidade biológica em 2002, portanto, só aí começou a correr o prazo prescricional do art. 146 do Código Penal Argentino.

Diante do voto do Ministro César Peluso, a Ministra Cármen Lúcia alterou sua posição inicial e passou a votar no sentido da maioria. Já o Ministro Joaquim Barbosa também acompanhou a divergência, no que foi seguido pelo Ministro Ayres Britto. No mesmo sentido das conturbadas sessões do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Eros Grau também pediu vista (mesmo já tendo proferido voto) e apresentou posição posterior no sentido de também acompanhar a divergência, alegando, inclusive, o descabimento de prescrição. Em síntese: a maioria dos Ministros do STF (Ricardo Lewandoski, César Peluso, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Eros Grau) deferiu o pedido extradicional, é dizer, reconheceram não haver prescrição no caso, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Menezes de Direito.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 974. Requerente: Governo da República Argentina. Extraditado: Manoel Cordeiro Piacentini. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília/DF, 6 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606492>>. Acesso em 12 mar. 2011, p. 37.

No mesmo sentido viria a decidir o STF quando do julgamento da Extradicação nº 1.150, também requerida pelo Governo Argentino e envolvendo o extraditando Norberto Raul Tozzo, acusado de envolvimento no massacre de Margarita Belén, entre outros fatos. Também aqui se reconheceu o caráter permanente dos crimes de seqüestro e de *desaparecimento forçado*⁶. Ressalte-se que este julgamento, inclusive, foi posterior ao julgamento da ADPF nº 153/DF.

Vejamos como as instituições brasileiras têm se posicionado em relação ao emaranhado de decisões do STF e à decisão da CteIDH.

A partir da decisão da CteIDH, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal reuniu-se em 28 de fevereiro de 2011 para definir as medidas que seriam tomadas pelo órgão⁷. O documento formulado a partir desta reunião relembra que o Brasil já fora condenado pela CteIDH em três outras ocasiões⁸, mas que esta era a primeira vez em que obrigações de fazer eram delimitadas para os órgãos de Estado. O MPF reconheceu que a CteIDH obrigou a instituição a promover a persecução penal dos *desaparecimentos forçados* não aplicando a Lei de Anistia e não aplicando institutos como prescrição, irretroatividade da lei penal, *ne bis in idem* ou qualquer outra excludente de responsabilidade criminal. Assim, não haveria colisão entre a decisão do STF e a decisão da CteIDH. O art. 7º do ADCT prevê a submissão do Brasil a tribunal internacional de direitos humanos, o que obriga não só o Estado internacionalmente, mas suas instituições nacionais. Uma derrogação do tratado que institui a competência da CteIDH poderia afastar a obrigação, mas isto implicaria em uma derrogação da própria Convenção Americana de Direitos Humanos, o que seria inadmissível em vista do art. 60, § 4º, da Constituição. Desse modo:

[...] o Ministério Público Federal deve cumprir sua atribuição constitucional de promover a persecução penal e de zelar pelo respeito dos poderes públicos aos direitos humanos assegurados na Constituição (artigo 129-I e II), enquanto subsistir a decisão da Corte, de observância obrigatória, e enquanto estiver em vigor o ato constitucional de reconhecimento da jurisdição da Corte, que é garantido pela proibição constitucional de retrocesso. O apreço do Supremo Tribunal Federal pela

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.150. Requerente: Governo da Argentina. Requerido: Norberto Raul Tozzo. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 19 de maio de 2011. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 23 mar. 2012.

⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Documento nº 1/2011. Brasília/DF, 21 de março de 2011. Disponível em <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 12 mar. 2012.

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 12 mar. 2012; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Escher e Outros v. Brasil. Sentença de 6 de julho de 2009. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 12 mar. 2012; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Garibaldi v. Brasil. Sentença de 23 de setembro de 2009. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 12 mar. 2012.

jurisdição da Corte está expresso em vários julgamentos, e também declarado no voto do Ministro Celso de Mello na ADPF n° 153⁹.

Dando sequência a o que decidido nesta reunião, o Ministério Público Federal denunciou Sebastião Curió Rodrigues de Moura, o Major Curió, que comandara o Exército na Guerrilha do Araguaia, pelo *seqüestro qualificado pela imposição de graves sofrimento físico ou mental* (art. 148 do Código Penal) das vítimas Maria Célia Corrêa, Hélio Luiz Navarro de Magalhães, Daniel Ribeiro Callado, Antonio de Pádua e Telma Regina Cordeira Corrêa¹⁰. A instituição o acusou de privar as vítimas da liberdade em caráter permanente em um contexto de ataque generalizado e sistemático contra a população civil. A denúncia estava embasada em procedimento criminal levado a efeito pelo MPF em que várias testemunhas foram ouvidas; documentos oficiais davam a atuação militar como um “plano de captura e destruição”. Salientou-se ser irrelevante a presunção de morte e que a Lei n° 9.140/1995 não impediria a persecução, já que não poderia extinguir os bens jurídicos de liberdade e integridade física do art. 148 do Código Penal. A denúncia narrou também, em minúcias, os diversos maus tratos e torturas que as vítimas sofreram.

Observou-se, também, que os restos mortais não foram encontrados, não havendo qualquer outra prova material do falecimento. Foram mencionadas as decisões do STF nas Extradicações 974 e 1.150, salientando-se que não cabe presumir morte para fins penais.

Novamente os impactos da decisão do STF na ADPF n° 153/DF se fizeram sentir. A denúncia foi rejeitada¹¹. Alegou o Juiz Federal João César Otoni de Matos que a persecução penal foi definitivamente abolida pelo art. 1º, § 1º, da Lei n° 6.683/1979. O MPF estaria tentando dar outras roupagens aos mesmos fatos. Já se saberia com razoável segurança que tais pessoas estão mortas. Ele fez referência expressa à ADPF n° 153/DF e ao suposto fato de que a Lei n° 9.140/1995 teria posto fim a discussão. Assim, rejeitou liminarmente a denúncia com base no art. 395, incs. II e III, do Código de Processo Penal.

⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Documento n° 1/2011. Brasília/DF, 21 de março de 2011. Disponível em <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 12 mar. 2012, p. 8.

¹⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Município de Marabá. Denunciante: Ministério Público Federal. Denunciado: Sebastião Curió Rodrigues de Moura. Marabá/PA, 23 de fevereiro de 2012. Disponível em <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2012.

¹¹ BRASIL. 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Marabá/PA. Denunciante: MPF. Denunciado: Sebastião Curió Rodrigues de Moura. Juiz Federal João César Otoni de Matos. Marabá/PA, 16 de março de 2012. Disponível em <www.trf1.jus.br>. Acesso em 20 mar. 2012.

Desse modo, não obstante os tortuosos caminhos que a *justiça de transição* tem percorrido no Brasil, pode-se concluir que, juridicamente, não há como sustentar que a decisão do STF na ADPF n° 153/DF possa constituir obstáculo para o cumprimento da decisão da CteIDH no que respeita à investigação e responsabilização criminal de agentes envolvidos nos crimes de *desaparecimento forçado* ocorridos no contexto da Guerrilha do Araguaia. Justamente com base na decisão tomada no âmbito do *controle de convencionalidade*, e não do *controle de constitucionalidade*, é que será possível encontrar os subsídios para a já mencionada necessidade de efetivação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. E, ao contrário do que defendeu a 2ª Câmara de Coordenação Criminal do Ministério Público Federal, não é necessário que se busque uma “solução conciliatória”, mas sim que se reivindique a prevalência da decisão da CteIDH. O Estado brasileiro está submetido a sua jurisdição como um todo, *incluindo*, obviamente, o Supremo Tribunal Federal.

Assim, argumentos do tipo “a Lei n° 9.140/1995 impede que se fale em seqüestro” apenas ignoram a decisão tomada pela CteIDH e colocam no Brasil em uma posição em que direitos fundamentais cedem espaço para o descumprimento da Constituição, mais especificamente, de seu art. 60, § 4°. Há uma violação do próprio sistema de direitos instituído pela Constituição de 1988. Acrescente-se a isto o próprio argumento do Ministro Cezar Peluso no sentido de que o Código Civil, em seu art. 7°, só poderia gerar algum efeito na seara criminal caso houvesse decisão judicial a respeito de suposta ausência ou morte presumida. Qualquer posição do STF e do Poder Judiciário brasileiro em sentido contrário nada mais significa que um descumprimento da Constituição.

Vejamos, a seguir, e dando maior densidade à hipótese da presente pesquisa, como outras violações de direitos humanos também deverão ser objeto de investigação.

3.2 – Persecução penal para outras violações a direitos humanos durante o Regime de 1964-1985

A CteIDH decidiu no Caso *Gomes Lund*:

As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a

respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.¹²

Verifica-se, pois, e não poderia ser de outra maneira, que a CteIDH não tomou uma decisão apenas para solucionar os problemas da Guerrilha do Araguaia. As violações de direitos humanos no período ditatorial de 1964-1985 no Brasil foram inúmeras e não se restringem àqueles fatos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos foi violado de forma sistemática pelo regime de exceção. Com isto, seria ilógico que todos os casos que seguissem os padrões de violação de direitos humanos precisassem ser levados à CteIDH para, só após esgotada sua jurisdição, se pudesse se falar em responsabilização.

Garapon¹³, enfrentando o argumento dos cétricos em relação aos processos criminais, ressalta que uma democracia está fundada em um certo nível de desacordo ou dissenso. O objetivo da justiça não é gerar um consenso e se é possível falar de alguma solidariedade, esta se produz pelos meios de expressão do desacordo, em métodos que tentem atenuar as discordâncias entre vítima e carrasco. Daí que a fundação de uma comunidade sobre a base da justiça (*in casu, justiça transicional*) seja aceitar conviver com o irreparável, instituir uma comunidade política sobre a glória, como também sobre as lições que a falta pode ensinar. Falar-se-ia aqui, com Mark Osiel¹⁴, em uma *solidariedade discursiva*.

Portanto, o cumprimento devido da decisão da CteIDH no Caso *Gomes Lund*, começa com as investigações e responsabilizações pelos *desaparecimentos forçados* da Guerrilha do Araguaia, mas não termina aqui caso se queira dar curso ao projeto constituinte de 1988, projeto este pautado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Em um ponto,

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 1 jan. 2011, p. 114, destaques nossos.

¹³ GARAPON. *Crimes que não se pode punir nem perdoar*, p. 189.

¹⁴ “Violence against individuals violates their moral rights to life and to physical integrity. Administrative massacre involves violent acts on a massive scale. Acts of violence evoke in citizens strong feelings of resentment and indignation toward the wrongdoer. Prosecuting wrongdoers also evokes – more importante to Durkheimians – an awareness of sharing the sentiments with others, that is, of belonging to a community whose members are united by this very convergence and periodic reinvigoration of moral sentiment. In criminal trials, prosecutors – as spokesmen for “the people” – tell the stories through which such sentiments are elicited and such membership consolidated. In affirming criminal convictions, appellate courts draw upon “the ritual attitude of sacred respect” for themselves and for the moral traditions they invoke” (OSIEL. *Mass atrocity, collective memory, and the law*, p. 28-29, destaque do original). Tradução livre: “Violência contra indivíduos viola seus direitos morais e sua integridade física. Um massacre administrativo envolve atos violentos em uma escala massiva. Atos de violência evocam nos cidadãos fortes sentimentos de ressentimento e indignação contra o perpetrador. Processar perpetradores também evoca – o mais importante para os durkheimianos – uma consciência de *compartilhar* sentimentos com outros, ou seja, de pertencer a uma comunidade cujos membros são unidos por esta mesma convergência e periódico revigoramento do sentimento moral. Em julgamentos criminais, perpetradores – como porta-vozes do “povo” – contam histórias por meio das quais tais sentimentos são estimulados e tal pertencimento consolidado. Ao confirmar condenações criminais, tribunais de apelação baseiam-se na “atitude ritual de respeito sagrado” por elas mesmas e pelas tradições morais que evocam”.

há menos o que se discutir: crimes de *sequestro* ou *sequestro qualificado*, são, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal, equivalentes ao crime de *desaparecimento forçado*, perpetuando-se a sua ocorrência enquanto não houver notícias da vítima¹⁵.

O Ministério Público Federal já havia feito algumas tentativas nesse sentido, antes mesmo das decisões do STF e da CteIDH. Nos autos de nº 2008.61.81.013434-2, buscou-se reabrir a investigação da morte de Vladimir Herzog. Um dos membros da instituição, contrário a representação de seus colegas Eugenia Fávero e Marlon Weichert pela reabertura das investigações, requereu o arquivamento do inquérito policial, contrariando o pensamento dos representantes no sentido de se tratar, na discussão, de crime contra a humanidade, portanto imprescritível. A Justiça Federal determinou o arquivamento do inquérito¹⁶.

No contexto da mesma Operação Condor teria ocorrido o seqüestro de Horacio Domingo Campiglia e Monica Susana Pinus de Binstock no Aeroporto do Galeão no Rio de Janeiro. Dissenso entre os membros do MPF, novamente, levou a que houvesse a homologação judicial da promoção de arquivamento¹⁷.

Outra representação feita perante o MPF requer a instauração de persecução penal em face dos responsáveis pelo homicídio com emprego de meio cruel cometido contra Manoel Fiel Filho. Até o fechamento do texto, aguardava-se posicionamento do órgão em São Paulo. Novos dissensos entre os membros do MPF fizeram com que os autos de inquérito que

¹⁵ É este o teor dos dispositivos do Código Penal:

“*Seqüestro e cárcere privado*

Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º - A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:

I - se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

II - se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;

III - se a privação da liberdade dura mais de quinze dias.

IV - se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos; (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005)

V - se o crime é praticado com fins libidinosos. (Incluído pela Lei nº 11.106, de 2005)

§ 2º - Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:

Pena - reclusão, de dois a oito anos”.

¹⁶ BRASIL. 1ª Vara Criminal, do Júri e das Execuções Penais da Seção Judiciária de São Paulo. Sentença de homologação de arquivamento. Autos nº 2008.61.81.013434-2. Juíza Federal Paula Mantovani Avelino. São Paulo/SP, 30 de setembro de 2008. Disponível em <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2012.

¹⁷ BRASIL. 7ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Sentença de homologação de arquivamento. Autos nº 2009.51.01.809410-8. Juiz Federal Marcelo Ferreira de Souza Granado. Rio de Janeiro/RJ, 10 de setembro de 2009. Disponível em <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2012.

investigavam as circunstâncias da morte de Luiz José da Cunha, nas dependências do DOI/CODI em São Paulo, em 13 de julho de 1973, também fossem arquivados¹⁸.

Em relação à morte de Flávio de Carvalho Molina, o inquérito nos autos de nº 2009.61.81.013046-8 chegou a enfrentar um pedido de arquivamento, o que foi parcialmente negado pelo Juízo da 7ª Vara Criminal Federal de São Paulo em vista da presença de crime de *ocultação de cadáver*. Como o ex-Senador Romeu Tuma era um dos investigados, o inquérito foi encaminhado ao STF e a Procuradoria-Geral da República requereu a extinção da punibilidade em vista do óbito daquele investigado. No momento, aguarda-se o retorno dos autos à 1ª instância para o prosseguimento das investigações¹⁹.

Em Uruguaiana, encontra-se em trâmite inquérito policial (2008.71.03.001525-2) que visa apurar o sequestro lá ocorrido de Lorenzo Ismael Viñas e que envolveriam o Coronel Carlos Alberto Ponzi, João Leivas Job, Átila Rohrsetzer e Marco Aurélio da Silva Reis. O ato teria sido praticado no contexto da operação Condor.

Representação também foi apresentada para a investigação das circunstâncias do seqüestro qualificado de Aluizio Palhano Pedreira Ferreira, que envolveria Carlos Alberto Brilhante Ustra e José Anselmo dos Santos, o “Cabo Anselmo”. Esta representação culminou em uma denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal contra Carlos Alberto Brilhante Ustra e Dirceu Gravina pelo crime objeto da representação. A denúncia foi, entretanto, rejeitada pelo Juiz Federal Márcio Rached Millani. Novamente, fizeram-se ecoar os efeitos da decisão na ADPF nº 153/DF: a decisão do Caso *Gomes Lund* não teria, segundo o juízo federal, como se sobrepôr à decisão do STF em vista da suposta impossibilidade de que documentos normativos internacionais posteriores à Lei de Anistia pudessem romper com ela. Ora, não é disto que se trata quando a CteIDH discute a continuidade do *desaparecimento forçado*, justamente porque aqui o crime ainda está a ocorrer. Além disto, no que se refere à aplicação do entendimento perfilhado na Extradicação nº 974, entendeu-se que haveriam elementos fáticos que apontariam para a já ocorrência da morte da vítima – ao contrário do que teria se dado no processo extradicional, em que o STF permaneceu apenas em juízo de delibação. No mais, a Lei 9.140/1995 teria procedido ao reconhecimento da morte presumida para “todos os efeitos legais”, inclusive o de evitar a perseguição penal. Por fim:

¹⁸ BRASIL. 1ª Vara Criminal, do Júri e das Execuções Penais da Seção Judiciária de São Paulo. Sentença de homologação de arquivamento. Autos nº 2008.61.81.012372-1. Juíza Federal Paula Mantovani Avelino. São Paulo/SP, 12 de janeiro de 2009. Disponível em <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2012.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 2.989. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Romeu Tuma. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 23 mar. 2012.

Constata-se, destarte, a total incompatibilidade entre o decidido pelo Supremo Tribunal Federal e o decidido pela Corte Interamericana e, seja qual for o caminho escolhido, haverá o desrespeito ao julgado de uma delas. Entendo, assim, que somente o Supremo Tribunal Federal tem competência para rever sua decisão, devendo a questão ser novamente submetida à sua apreciação. Enquanto isto não ocorrer, não há como negar aplicação ao julgado de nossa Corte Constitucional²⁰.

Ora, os crimes de *desaparecimento forçado* ou *sequestro* não podem se tornar impuníveis por meras presunções, ainda que uma dita “ordem dos fatos” as imponham. Ainda há crime a ser perpetrado e é preciso investigá-lo. A decisão judicial em comento despreza o papel do Direito Internacional dos Direitos Humanos e reflete a mesma noção que o STF quis fazer propagar: a de que ele não reconhece qualquer autoridade às decisões que sejam tomadas no nível internacional. Parece que simplesmente o Estado brasileiro não deve obrigações jurídicas a nenhuma entidade internacional – nem mesmo àquela em que soberamente ele submeteu-se.

Também uma representação envolvendo o seqüestro qualificado de Luiz Almeida Araújo tramita perante o Ministério Público Federal²¹.

Tais investigações criminas, algumas exitosas, outras não, demonstram a necessidade de se reunir esforços, após a decisão da CteIDH, para empreender novas investigações. A não ser no caso de Vladimir Herzog²², nenhuma delas foi atingida pela coisa julgada material e, ainda assim, esta coisa julgada, como determinou a própria CteIDH, não pode servir de óbice para as investigações.

Portanto, a hipótese da presente pesquisa de que o STF descumpriu seu papel institucional ao julgar a ADPF n° 153/DF e de que se deve dar o cumprimento mais amplo possível à decisão da CteIDH no Caso *Gomes Lund* restou confirmada.

3.3 – Da violação da CF/1988 pelo STF no seu papel uma das instituições que cumprem a função de “guardião da Constituição”

O que se pôde observar, portanto, e à luz das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do conceito de patriotismo constitucional orientado pela *justiça de transição*, e de todas as incoerências presentes nos votos dos Ministros do STF na ADPF n° 153/DF, é que o Supremo Tribunal Federal, acima de tudo, descumpriu seu papel de um dos

²⁰ BRASIL. 10ª Vara Federal Criminal da 1ª Subseção Judiciária São Paulo. Autos n° 0004204-32.2012.403.6181. Denunciados: Carlos Alberto Brilhante Ustra e Dirceu Gravina. São Paulo, 22 de maio de 2012, p. 15-16.

²¹ Todas as informações que se encontram sem referência foram obtidas em <www.prr3.mpf.gov.br>.

²² Ressalte-se que em 27 de março de 2012, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu denúncia contra o Estado brasileiro pelas omissões na investigação das causas de sua morte.

guardiães da Constituição Federal inscrito no art. 102 deste texto normativo. A completa ausência de *integridade* em relação aos seus *próprios* julgados restou demonstrada.

Resta, assim, à sociedade civil, aos órgãos representantes de direitos humanos, às vítimas, ao Ministério Público, continuar insistindo perante o Poder Judiciário em geral na necessidade de um novo posicionamento a respeito da *justiça de transição* no Brasil. O Supremo Tribunal Federal não está vinculado às suas próprias decisões e mudanças futuras poderão cooperar para a efetiva consolidação de um Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hipótese da presente pesquisa restou confirmada: a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Gomes Lund* deve se sobrepôr à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153/DF. Como consequência, deverão não só serem investigados os fatos, identificados os agentes e responsabilizados os perpetradores dos crimes de *desaparecimento forçado* ocorridos no contexto da Guerrilha do Araguaia, mas também todos os casos e autores envolvidos em graves violações de direitos humanos praticados no período da ditadura de 1964-1985. Procuremos recuperar as razões de confirmação de tal hipótese.

Anos após a instauração de um Estado Democrático de Direito pela Constituição de 1988, foi possível reacender o debate a respeito de novas medidas de *justiça transicional* no país. Dentre elas, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil optou pelo ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF perante o Supremo Tribunal Federal. Ante a sistemática de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e a necessidade de um maior debate a respeito da questão referente à responsabilização criminal de agentes públicos por violações de direitos humanos durante a ditadura de 1964-1985, a opção mostrou-se falha. Isto porque a ADPF permitiria uma decisão com efeitos *erga omnes* e vinculante que, *ab initio*, impediria novas discussões no sistema de casos concretos do controle jurisdicional difuso de constitucionalidade das leis.

Entretanto, proposta a ação, foi possível determinar seu *cabimento* em termos processuais e ante a legislação concernente a matéria: a arguição, em seu caráter *autônomo*, tinha atendido o pressuposto da acesa *controvérsia constitucional* a respeito da temática nela discutida – efetivamente, havia dissenso, inclusive em nível governamental, a respeito de se a Lei nº 6.683/1979 tinha ou não instituído uma “anistia de mão dupla”. O argumento levantado pelo voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF nº 153/DF no sentido de que estariam prescritas pretensões tanto criminais quanto cíveis ante a passagem de mais de vinte anos de edição da lei não prevaleceu: isto porque ele ignora a necessidade de aferição da prescrição em cada caso concreto, sobrevalorizando o controle concentrado em prejuízo do controle difuso de constitucionalidade das leis.

Não poderia, também, prevalecer o argumento pelo não cabimento da arguição por ela supostamente se tornar um substitutivo da ação direta de inconstitucionalidade: ora, diferentemente desta última modalidade de controle concentrado, a ADPF admite a verificação da constitucionalidade do direito anterior à Constituição de 1988, verificação esta

que o STF não tem se desincumbido de fazer. Por outro lado, o pedido feito pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no sentido de que o STF desse *interpretação conforme a Constituição* ao art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979, incorreu no erro de confundir as técnicas de decisão no controle de constitucionalidade – o correto seria uma *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto* – e abriu o caminho para que se levantasse o argumento de que o órgão jurisdicional pudesse estar a substituir a “vontade legislativa” de 1979. Contudo, estrategicamente, o uso da primeira técnica permite a manutenção, *in totum*, da anistia para opositores políticos.

Mostrou-se, além disto, que o argumento de que um exame da ADPF seria dispensável em vista de uma suposta prescrição penal ou civil ignora as complexas relações entre tempo e direito. O direito propõe várias formas de retemporalização, no dizer de Ost, como a memória, o perdão, a promessa e a retomada da discussão. Especificamente a memória retrata claramente o caráter de constitutividade social do direito, que lança as bases de um projeto de sociedade a partir de um olhar sobre o passado. É aqui que a imprescritibilidade de *crimes contra a humanidade* desponta como uma das características elementares do Constitucionalismo mundial pautado por um Direito Internacional dos Direitos Humanos. Punir é recordar. Não que a memória sobreviva sem o esquecimento: mas este deve ser um esquecimento ativo, um esquecimento sobre um objeto que seja determinado, uma prescrição, se houver, sobre pessoas e fatos nomeados – nunca uma anistia “em branco”.

Assim, torna-se impossível decidir a respeito da legitimidade de uma lei de anistia, no contexto atual, ignorando a vasta normativa internacional a respeito dos *crimes contra a humanidade*, apareçam eles sob a veste dos tratados, ou sob o caráter vinculante do *jus cogens*. Não há como refutar a necessidade de punição nestes casos, como já defendeu a Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Almocinad Arellano*, assim como não se pode ignorar a forma como tais normas de Direito Internacional permeiam nossa ordem jurídica. O próprio STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/DF reconheceu, ainda que em parte, a incidência do princípio da norma internacional mais favorável aos direitos humanos ou “*pro homine*”.

A partir de tais assunções foi possível passar para uma análise mais detida do mérito da ADPF nº 153/DF, verificando-se e testando-se os votos mais destacados dos Ministros da Casa. Começando pelo voto do Relator originário, Ministro Eros Grau, pôde-se aferir que seu voto se iniciou por uma já tantas vezes marcada diferença entre *norma* e *texto*

de norma. Aliás, não poderia ser outra diferença a alimentar a iniciativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, já que a própria *interpretação conforme a Constituição*, como técnica de decisão, a pressupõe. Para além de equívocos interpretativos a respeito das pretensões deduzidas na petição inicial – por exemplo, entendendo-se que o Conselho estaria a almejar uma não recepção de *toda* a anistia – pôde-se concluir que a tentativa de fazer crer que o arguente ignorava a distinção restou frustrada.

Além disto, considerou-se que a diferença não coloca por terra a dimensão constitutiva da linguagem presente também no dispositivo de norma. Isto é demonstrado pela própria forma como se aceitou, no período transicional ainda incompleto, uma suposta “anistia de mão dupla”. O que não impede, contudo, que a *distância temporal* permita a aposição de novas *normas* sobre um *dispositivo de norma* ou *de texto*. Esta questão não passou despercebida, por exemplo, no julgamento pelo Ministro Eros Grau da Reclamação nº 4.335/AC – não obstante, ao cabo, ele supere o *texto de norma*. Torna-se impossível evitar a questão: quando, afinal de contas, um *texto de norma* importa? No caso da ADPF nº 153/DF, o art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979 importa em muito, inclusive para instituir uma “anistia de mão dupla”, segundo o Ministro Eros Grau – mas não importou no caso do art. 52, inc. X, da própria Constituição da República.

De nada adiantou, também, invocar a noção gadameriana de “interpretação como aplicação” se não foi possível atualizar o sentido do texto de 1979, se ele apenas possibilitaria uma *norma* aferível a partir daquele contexto de seu surgimento. Em julgados como a ADPF nº 46-7/DF e a ADI nº 2.240-7/BA parecia que a “realidade” poderia exigir algo do *texto de norma*, o que, por razões pouco racionais, não se estenderia a Lei da Anistia de 1979. Uma destas razões seria a de que tal lei seria uma “lei-medida”, um suposto ato administrativo ou coisa que o valha travestido de norma jurídica – a recuperação de uma doutrina administrativista que ainda esbarra na distinção abstrato/concreto parece discutível para quem estava a prestar tantos tributos à hermenêutica. Mais do que isto, uma lei de anistia, voltada a atingir um sem número de destinatários e situações, nunca poderia ser entendida como um ato de efeito concreto, menos ainda como um ato que se exauriu em 1979 – afinal de contas, fosse assim, qual a razão de tanto se discutir e por tanto se lutar nos dias de hoje a respeito dos atuais obstáculos criados pela anistia de ontem?

Verificou-se, por outro lado, que a alegação de que o STF deveria, somente no caso da Lei de Anistia de 1979, delegar a competência para decidir a questão ao Legislativo traz à lume mais e mais contradições na jurisprudência da Corte. Ora, a assunção de poderes

pela Corte, recentemente, tem se mostrado em sua mais latente configuração, indo desde a incorporação de tarefas ditadas pela Constituição, como o reconhecimento da união estável para relações homoafetivas, até decisões questionáveis como a criação de nova hipótese de perda do mandato parlamentar. Além disto, ao abrir mão de sua função neste caso ele reforça a tese de que haveria um suposto *historicismo* no momento de elaboração de uma lei pelo Poder Legislativo, momento este indene à interpretação. Estando diante de *direitos fundamentais de minorias* – opositores e parentes de opositores políticos – não haveria como o STF assumir uma posição de *passivismo*. Abre-se mão do dever institucional de guardar a Constituição. Naquele contexto, foi ainda possível demonstrar como o voto do Ministro Eros Grau utilizou-se equivocadamente dos exemplos chileno, argentino e uruguaio, casos em que, pelo contrário, o Poder Judiciário não faltou ao dever de preservar a ordem constitucional e os direitos humanos, ainda que com ressalvas.

O voto ainda qualificou o momento da anistia de 1979 como um “acordo político” e, assim sendo, impossível de ser revisto pelo Judiciário. Aqui desapareceram as linhas distintivas entre juiz e historiador, como preconizou Paul Ricouer. Ainda que possam haver semelhanças entre tais atividades – como, por exemplo, ao lidar com o lastro probatório – é preciso certa contenção por parte do juiz, afinal de contas, ao contrário do historiador, o juiz se renderá à *coisa julgada*. Pôde-se evidenciar, contudo, que o histórico de anistias no Brasil, inclusive as que optaram por utilizar a expressão “crimes conexos”, foi pautado por imposições. O próprio STF sempre vira tais atos anistiadores de uma perspectiva autoritária, como se demonstrou, por exemplo, no julgamento do HC nº 29.151/DF.

Mas a historiografia brasileira demonstra que é necessário enxergar criticamente o momento anistiador de 1979. É extremamente discutível defender que a expressão “anistia ampla, geral e irrestrita” corresponde a uma “anistia de mão dupla”: pelo contrário, ela se destinava a promover uma anistia ainda maior *para opositores políticos*. O próprio documento oficial elaborado pela Comissão Mista de Anistia do Congresso Nacional apontou para uma refutação constante de uma “anistia recíproca”. A questão a se saber é se ela efetivamente pôde acontecer – como de fato aconteceu – e se, posto isto, ela é normativamente válida no contexto atual. E mais: se podemos achar que um passado de imposições governa nossa atual ordem democrática.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski aparece como um dos componentes da minoria vencida. Ele se opôs frontalmente à ideia de um “acordo político” que subsidiaria a Lei de Anistia de 1979. Além disto, procurou recuperar, dentro da própria história

institucional do Supremo, as bases para a refutação de uma suposta conexão entre crimes comuns e crimes políticos. Por ele foi possível verificar que agentes em nome do Estado não podem praticar crimes políticos, menos ainda serem anistiados em virtude deles.

Também integrando a minoria vencida situa-se o voto do Ministro Ayres Britto. Apesar de ter julgado procedente a ADPF n° 153/DF, foi preciso recuperar criticamente todos os seus argumentos. Procurou-se delinear o caráter pessoal do perdão, distinguindo-o da anistia legal, principalmente a partir da análise que Derrida fez da Comissão Verdade e Reconciliação sul-africana. A partir de Ricoeur, foi também possível refutar qualquer ideia de uma “anistia em branco”, enfatizando-se o caráter ativo da memória e do esquecimento – colocando-se de lado um *esquecimento obrigado*. A memória, analisada no nível patológico, prático e ético-político, exige a institucionalização de um *dever de memória* que não se desvincula de um *dever de justiça*. Assim, só se pode falar em perdão a partir da falta, a partir do crime, para além de um *esquecimento manipulado*. Ganha relevo a culpabilidade criminal e o papel que ela pode cumprir no contexto de um projeto constituinte.

A noção de interpretação como simples “método”, presente também no voto do Ministro Ayres Britto, foi questionada. Ela permitiu em seu voto, por exemplo, que se pudesse concluir que eventual “anistia de mão dupla” às escâncaras seria legítima – o que igualaria perpetradores e dissidentes legítimos na mesma vala. Em Dworkin, pudemos verificar o quanto desgastada se mostra a distinção entre “vontade objetiva” e “vontade subjetiva” de uma lei. A partir das noções de *interpretação colaborativa*, *interpretação explicativa* e *interpretação conceitual*, abriram-se as portas para a exigência de que juízes tomem em conta as responsabilidades e os valores da comunidade política da qual fazem parte ao dar concretude a textos normativos – algo que faltou em muito ao STF na ADPF n° 153/DF. Por fim, ainda dentro do voto do Ministro Ayres Britto, questionou-se a legitimidade de uma assertiva no sentido de que a ditadura teria se preocupado com alguma legalidade no exercício do poder político. Mostrou-se que, em verdade, ela não passou de uma legalidade autoritária longe se chegar a qualquer nível de legitimidade.

O voto do Ministro Celso de Mello foi o que mais distanciou a decisão do STF do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, o abordava. Apesar de iniciar seu voto destacando a arbitrariedade do regime de 1964, ele ainda repetiu o questionável argumento de que a anistia resultou de um “acordo político”. Analisando a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, contudo, ele erroneamente a restringiu as leis de “auto-anistia”, destacando ser a Lei n° 6.683/1979, uma

lei de “anistia de mão dupla”. Em todos os casos analisados – *Loayza Tamayo, Barrios Altos, Velásquez Rodríguez* – não é possível, contudo, verificar qualquer linha que permitisse tal conclusão. O voto do Ministro Celso de Mello rechaçou também a possibilidade de aplicação de normas internacionais como a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis ante a precedência da Lei n° 6.683/1979 sobre elas: restou demonstrado que as Convenções de Genebra já se encontravam em pleno vigor e, inclusive, incorporadas à ordem jurídica brasileira – isto sem mencionar as já discutidas normas de *jus cogens*. Como último argumento contido no voto, demonstrou-se que a prescrição penal não poderia incidir em vista dos efeitos retroativos que eventual declaração de constitucionalidade (afinal de contas, requeria-se *interpretação conforme*) teria.

O voto do Ministro Gilmar Mendes, último voto a ser analisado, volta a discutir o caráter de uma anistia política: demonstrou-se como é possível reconstruir uma concepção de anistia que não equivalha a um *esquecimento manipulado*, mas que institua uma anamnese fundadora de um projeto constituinte. Projeto constituinte que, contudo, não está amarrado por ilicitudes de uma ordem jurídica autocrática. O Ministro Gilmar Mendes defendera que a Constituição de 1988 estaria assentada no famigerado “acordo político” de 1979 que, inclusive, não estaria à disposição de revisão por ter sido “constitucionalizado” com a EC n° 26/1985. Foi demonstrado que uma teoria dos pré-compromissos constitucionais válida só pode ser pensada à luz de “condições de possibilidade”, não de restrições ilegítimas. Se é certo que mesmo o poder constituinte encontra limites – *in casu*, o próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos – estes devem ser incentivadores da ordem legal democrática, não limitadores. Por fim, e à luz destas considerações sobre seu voto, pôde-se falar de um verdadeiro projeto constituinte de 1988 sob o signo de um patriotismo constitucional que aprenda com o passado, e não o ignore ou o distorça.

Após esta desconstrução da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n° 153/DF, passou-se à análise da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Gomes Lund*. Em um primeiro momento, uma breve recuperação histórica do ocorrido na chamada Guerrilha do Araguaia foi sucedida da menção à omissão do Estado brasileiro em dar uma resposta satisfatória aos familiares das vítimas, assim como em protelar indefinidamente o julgamento da Ação Ordinária n° 82.00.24682-5. Estes foram os motivos expostos que levaram às sucessivas representação perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, não tendo a República Federativa do Brasil se posicionado adequadamente perante este órgão, à denúncia perante a Corte. Verificou-se que, após o

cumprimento de um devido processo legal que contou com um debate mais plural que o do processo da ADPF n° 153/DF, o Brasil foi finalmente condenado. A CteIDH não ignorou alguns dos esforços de *justiça transicional* empreendidos pelo réu, mas foi enfática em estipular que a Lei n° 6.683/1979 não poderia mais constituir óbice para a investigação dos crimes de *desaparecimento forçado* ocorridos no contexto da Guerrilha. Ela refutou veementemente os argumentos esposados pelo Ministro Eros Grau na ADPF n° 153/DF. O Brasil violou uma série de dispositivos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (arts. 2°, 5°, 8.1 e 25.1), sejam os concernentes à garantias judiciais, integridade pessoal ou acesso à informação. Uma longa lista de determinações constou do dispositivo da decisão, porém, no que mais nos interessa, foi possível vislumbrar na decisão não só que a Lei n° 6.683/1979 não poderia mais constituir óbice para a investigação e punição de crimes de *desaparecimento forçado*, como também de outras graves violações de direitos humanos.

A partir desta análise, permitiu-se discutir os pontos essenciais da chamada *justiça de transição*. Além de uma perspectiva de caráter teórico, foi implementada uma verificação dos elementos ou pilares da *justiça transição* e sua consolidação no Brasil. Se alguns passos iniciais estão sendo dados com as recentes Leis n° 12.527 e 12.528 de 2011, que, respectivamente, reestruturaram o direito à informação no Brasil e permitiram a criação de uma Comissão Nacional da Verdade, avanços são mais claros no que respeita à reparações de caráter pecuniário, administrativo e simbólico, principalmente com o papel desempenhado pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. Reformas e expurgos em instituições estatais são nulas, assim como uma formação em direitos humanos em todos os níveis das organizações de segurança também deixam a desejar. Mas o elemento que mais se distancia do cumprimento efetivo da *justiça de transição* é o concernente à persecução penal e responsabilização de agentes responsáveis por violações de direitos humanos. A partir dos trabalhos de Sikkink, foi possível concluir que tal pilar é fundamental para a *justiça de transição* e para a construção de uma sociedade não apenas democrática, mas preocupada com o asseguramento de direitos humanos.

Desse modo, pôde-se, ao final, confirmar a hipótese desta tese. A *justiça de transição* é um conjunto de medidas fundamental para a consolidação de um projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito sob o signo do patriotismo constitucional. Isto implica no cumprimento de todos os elementos que a compõem. Desse modo, fuge o Supremo Tribunal Federal de seu papel de guarda da Constituição ao não rechaçar a interpretação da Lei de Anistia de 1979 que visou estabelecer uma “auto-anistia”.

Consequentemente, uma compreensão que leve na devida conta as exigências de uma Constituição permeada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos não poderá deixar de exigir o cumprimento *in totum* da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Gomes Lund* e, mais do que isto, que a partir dela outras graves violações de direitos humanos ocorridas entre 1964 e 1985 sejam também investigadas e punidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a) Livros e periódicos

ABRÃO, Paulo et al. Educação e anistia política: ideias e práticas emancipatórias para a construção da memória, da reparação e da verdade no Brasil. In SANTOS, Boaventura de Souza. ABRÃO, Paulo. SANTOS, Cecília McDowell. TORELLY, Marcelo D (orgs.). *Repressão e memória política no contexto ibero-brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010, p. 58-85.

ABRÃO, Paulo. BELLATO, Sueli Aparecida. TORELLY, Marcelo D. ALVARENGA, Roberta Vieira. Justiça de transição no Brasil. BRASIL. Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. *Revista anistia política e justiça de transição*. N. 1 (jan./jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 12-21.

ACQUAVIVA, Guido. At the origins of crimes against humanity: clues to a proper understanding of the *nullum crimen* in the Nuremberg Judgement. *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011.

ADRIASOLA, Gabriel. El proceso uruguayo de la dictadura a la democracia: luces y sombras del derecho penal de transición en materia de violación a los derechos humanos ante los organismos internacionales. In GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. São Paulo: RT, 2011.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, n. 250, 2009, p. 197-227.

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. 3ª ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1974.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BAGGIO, Roberta Camineiro. Justiça de transição como reconhecimento: limites e possibilidades do processo brasileiro. In SANTOS, Boaventura de Souza. ABRÃO, Paulo. SANTOS, Cecília McDowell. TORELLY, Marcelo D (orgs.). *Repressão e memória política no contexto ibero-brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010, p. 258-285.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília – Faculdade de Direito. Brasília, 2009.

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

BATISTA, Nilo. Aspectos jurídico-penais da anistia. *Encontros com a civilização brasileira*, n. 19, jan. 1980, vol. III, n° 1, p. 195-205.

BATISTA, Nilo. Nota introdutória. In DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Antonio. SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert (orgs.). *Justiça de transição no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BISSOTO, Maria Carolina. Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. In BRASIL. Escola Superior do Ministério Público da União. Dicionário de Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Conven%C3%A7%C3%A3o+sobre+a+Imprescritibilidade+dos+Crimes+d+e+Guerra+e+dos+Crimes+contra+a+Humanidade>>. Acesso em 3 mar. 2011, p. 1.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BRITO, Alexandra Barahona de. Justiça transicional e a política da memória: uma visão global. BRASIL. Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. *Revista anistia política e justiça de transição*. N. 1 (jan./jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 56-83.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia *sem* espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. BRASIL. Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. *Revista anistia política e justiça de transição*. N. 3 (jan./jun. 2010). Brasília: Ministério da Justiça, 2010, p. 200-230.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Patriotismo constitucional. In BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo, Rio de Janeiro: Unisinos, Renovar, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na Teoria Discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Recontando o passado: uma análise do testemunho como prova histórica e judicial. In CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Constitucionalismo e história do direito*. Belo Horizonte: Pergamum, 2011, p. 91-124.

COMISSÃO DE ANISTIA. Ministério da Justiça. *Revista anistia política e justiça de transição*. N. 1 (jan./jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A balança e a espada*. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=59>. Acesso em 13 de out. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. A tortura e a irresponsabilidade pessoal. Disponível em <<http://www.conversaafiada.com.br/brasil/2011/10/31/comparato-a-tortura-e-a-irresponsabilidade-presidencial/>>. Acesso em 1º nov. 2011.

CORETH, Emerich. *Questões fundamentais da hermenêutica*. Trad. Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

COUTO E SILVA, Golbery do. *Conjuntura política nacional: o poder executivo e geopolítico do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1981.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CUEVA, Eduardo González. Tendencias en la búsqueda de la verdad. *Anuario de derechos humanos*, 2007, p. 103-112. Disponível em <http://www.cdh.uchile.cl/anuario03/6-SectionInternacional/anuario03_sec_internacionalIII-GonzalezCueva.pdf>. Acesso em 12 abr. 2012.

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Trad. Pablo Lucas Verdu e Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DE GREIFF, Pablo. Justicia y reparaciones. In DIAZ, Catalina (org.). *Reparaciones para las víctimas de la violencia política: estudios de caso y análisis comparado*. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2008.

DERRIDA, Jacques. História da mentira: prolegômenos. *Estudos Avançados*, 10 (27), São Paulo, USP, 1996, p. 7-39.

DERRIDA, Jacques. O perdão, a verdade, a reconciliação: qual gênero? In NASCIMENTO, Evando (org.). *Jacques Derrida: pensar a desconstrução*. Trad. Evando Nascimento et al. São Paulo: Estação da Liberdade, 2005.

DERRIDA, Jacques. *Perdonare: l'imperdonabile e l'imprescrittibile*. Trad. Laura Odello. Milão: Raffaello Cortina, 2004.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. téc. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. Rev. Cícero Araújo e Luís Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. Interpretation, morality and truth. UCL Department of Political Science. Disponível em <<http://www.ucl.ac.uk/spp/seminars/0203/lsp.php>>. Acesso em 12 mai. 2004.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

ELSTER, Jon. *Closing the books: transitional justice in historical perspective*. Cambridge University Press, 2004.

ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009.

FICO, Carlos. A negociação parlamentar da anistia de 1979 e o chamado “perdão aos torturadores”. BRASIL. Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. *Revista anistia política e justiça de transição*. N. 4 (jul./dez. 2010). Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 318-333.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5ª ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. O preço de uma reconciliação extorquida. In TELES, Edson. SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar: para uma justiça internacional*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

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

GASPARI, Elio. *A ditadura encurralada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

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

GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Os crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: RT, 2011.

GONÇALVES, Danyelle Nilin. *O preço do passado: anistia e reparação de perseguidos políticos no Brasil*. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

GONÇALVES DA SILVA, Carlos Augusto Canêdo. *Crimes políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

GRECO, Heloísa Amélia. *Dimensões fundacionais da luta pela anistia*. Tese de Doutorado. Curso de Pós-Graduação das Faculdades de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2009. Disponível em <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/VGRO-5SKS2D/1/tese.pdf>>. Acesso em 12 jan. 2010.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GÜNTHER, Klaus. Legal adjudication and democracy: some remarks on Dworkin and Habermas. *European Journal of Philosophy*, vol. 3, nº 1, abr. 1995, p. 36-54.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. Rev. Luís Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. São Paulo: Centauro, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. Paulo Asthor Soethe e George Sperber. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica*. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madri: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamiento postmetafísico*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Humanidades, 1990.

HABERMAS, Jürgen. Qué significa pragmática universal?. In *Teoria de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Trad.: Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Cátedra, 1994.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HAYNER, Priscilla B. *Unspeakable truths: facing the challenges of truth commissions*. Routledge, 2002.

HERZOG, Clarice. *Caso Herzog: a sentença, a íntegra do processo movido por Clarice, Ivo e André Herzog contra a União*. Rio de Janeiro: Salamandra, 1978.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. Trad. Monica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262.

HOY, David Couzens. Interpreting the law: hermeneutical and poststructuralist perspectives. *Southern California Law Review*, vol. 58, nº 1, jan. 1985, p. 136-176.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Trad. Chistian Förster e Pablo Lucas Verdu. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. Rev. téc. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Trad. Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Ver. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006.

KROG, Antjie. *Country of my skull: guilt, sorrow, and the limits of forgiveness in the New South Africa*. New York: Three Rivers Press, 2000.

KUMM, Mathias. The Idea of thick constitutional patriotism and its implications for the role and structure of european legal history. *German Law Journal*, vol. 6, nº 2, p. 319-354, fev., 2005. Disponível em <www.germanlawjournal.com>. Acesso em 6 abr. 2005.

LEVI, Primo. *É isto um homem?* Trad. Luigi del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

LEVI, Primo. *Os afogados e os sobreviventes: os delitos, os castigos, as penas, as impunidades*. Trad. Luís Sérgio Henriques. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

MAÑALICH R., Juan Pablo. A anistia: o terror e a graça – aporias da justiça transicional no Chile pós-ditatorial. BRASIL. Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. *Revista anistia política e justiça de transição*. N. 4 (jul./dez. 2010). Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 56-77.

MANDELA, Nelson. *Long walk to freedom: the autobiography of Nelson Mandela*. Back Bay Books, 1995.

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

MAZZOULI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MCCARTHY, Thomas. Legitimacy and diversity: dialectical reflections on analytical distinctions. *Cardozo Law Review*, nº 17, p. 1.083-1.125, Nova York, mar., 1996.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MERLINO, Tatiana. OJEDA, Igor (orgs.). *Direito à memória e à verdade: luta, substantivo feminino*. São Paulo: Caros Amigos, 2010.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008.

MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas conseqüências – um estudo do caso brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Curso de Pós-Graduação em Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2003.

MICHELMAN, Frank. Morality, identity and constitutional patriotism. *Denver University Law Review*, nº 76, p. 1.009-1.028, Denver, 1999.

MIRANDA, Nilmário. TIBÚRCIO, Carlos. *Dos filhos deste solo: mortos e desaparecidos políticos durante a ditadura militar, a responsabilidade do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Perseu Abramo, 2008.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A recusa de aplicação de regulamentos pela administração com fundamento em invalidade: contributo para a teoria dos regulamentos*. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2011.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NASCIMENTO, Evando. O perdão, o adeus e a herança em Derrida. Atos de memória. In NASCIMENTO, Evando (org.). *Jacques Derrida*. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.

NEIRA, Karina. Breve análises de La jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar. *Estudios Constitucionales*, ano 8, nº 1, 2010, p. 467-488.

NOGUEIRA DE BRITO, Miguel. Originalismo e interpretação constitucional. In AFONSO DA SILVA, Virgílio (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 55-113.

OLSEN, Tricia. PAYNE, Leigh. REITER, Andrew. *Transitional justice in balance: comparing processes, weighing efficacy*. Washington: United States Institute of Peace, 2010.

OLSEN, Tricia. PAYNE, Leigh. REITER, Andrew. As implicações políticas dos processos de anistia. In ABRÃO, Paulo. PAYEN, Leigh. TORELLY, Marcelo (orgs.). *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011

OSIEL, Mark. *Mass atrocity, collective memory and the law*. New Jersey: Transaction, 2000.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Rev. téc. Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2005.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PESSOA, Mário. *O direito da segurança nacional*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1971.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e do direito constitucional internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o caso brasileiro. BRASIL. Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. *Revista anistia política e justiça de transição*. N. 2 (jul./dez. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 176-189.

RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs.). *Crimes da ditadura militar*. São Paulo: RT, 2011, p. 174-225.

REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da Filosofia, 3: do humanismo a Descartes*. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2005.

REALE, Giovanni. ANTISERI, Dario. *História da Filosofia, 5: do romantismo ao empiriocriticismo*. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2005.

REIG, Sara Bossio. A práxis do controle de constitucionalidade na atualidade. Disponível em <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_pt_br/anexo/A_praxis_do_controle_de_constitucionalidade_no_Uruguay.pdf>. Acesso em 30 nov. 2011.

RICOUER, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Trad. Alain François et al. Campinas: Unicamp, 2007.

ROBERTO BITTENCOURT, César. *Tratado de direito penal*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Georgete Medleg. Arquivos, anistia política e justiça de transição no Brasil: onde os nexos? BRASIL. Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. *Revista anistia política e justiça de transição*. N. 1 (jan./jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 136-150.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSENFELD, Michel. O direito enquanto discurso: reduzindo as diferenças entre direitos e democracia. Trad. Cássius Guimarães Chai. *Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão*, São Luís, nº 10, jan./dez. 2003.

SAFATLE, Vladimir. Do uso da violência contra o Estado ilegal. In SAFATLE, Vladimir. TELES, Edson (orgs.). *O que resta da ditadura*. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 237-252.

SAMPAIO, José Adércio Leite. ALMEIDA, Alex Luciano Valadares de. Verdade e história: por um direito fundamental à verdade. In SOARES, Inês Virgínia Prado. KISHI, Sandra Akemi Shimada (orgs.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 249-272.

SAVELSBERG, Joachim J.. Violações de direito humanos, lei e memória coletiva. *Tempo Social*, Revista de Sociologia da USP, v. 19, n. 2, nov. 2007, p. 13-37.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SCHMITT, Carl. Legalidad y legitimidad. In AGUILAR, Héctor Orestes. *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: FCE, 2001, p. 247-394.

SCHOLLER, Heinrich. Gustav Radbruch. In BARRETO, Vicente (org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, São Leopoldo: Renovar e Unisinos, 2006.

SIKKINK, Kathryn. WALLING, Carrie Booth. The impact of human rights trials in Latin American. In *Journal of Peace Research*, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, vol. 44, nº 4, 2007, p. 427-444..

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

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Dever da memória e a construção da história viva: a atuação da Comissão de Anistia do Brasil na concretização do direito à memória e à verdade. In SANTOS, Boaventura de Souza. ABRÃO, Paulo. SANTOS, Cecília McDowell. TORELLY, Marcelo D. (orgs.). *Repressão e memória política no contexto ibero-brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal*. Brasília: Ministério da

Justiça, Comissão de Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a inacabada transição democrática brasileira. *Disponível em* <<http://idejust.files.wordpress.com/2010/07/adpf153zk1.pdf>>. Acesso em 18 set. 2011.

SOARES, Inês Virgínia Prado. QUINALHA, Renan Honório. Os abrigos da memória: considerações sobre os lugares de memória e seus valores de referência. BRASIL. Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. *Revista anistia política e justiça de transição*. N. 4 (jul./dez. 2010). Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 250-279.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism at the Supreme Court*. Londres, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert. Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate. In DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Antonio. SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert (orgs.). *Justiça de transição no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. AGRA, Walber de Mura. Justiça reparadora no Brasil. In SOARES, Inês Virgínia Prado. KISHI, Sandra Akemi Shimada (orgs.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 69-91.

TAVERNIER, Paul. L'identification des règles fondamentales – un problème résolu? In TOMUSCHAT, Christian. THOUVENIN, Jean-Marc (eds). *The fundamental rules of international legal order: jus cogens and obligations erga omnes*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2006.

TEITEL, Ruti G. *Transitional justice*. Oxford University Press: 2002.

TELES, Edson Almeida. *Brasil e África do Sul: os paradoxos da democracia*. Memória política em democracias com herança autoritária. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia. São Paulo: 2007.

TORELLY, Marcelo. Entrevista: Javier Ciurlizza, para um panorama global sobre a justiça de transição. BRASIL. Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. *Revista anistia política e justiça de transição*. N. 1 (jan./jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 23-30.

TOSMUSCHAT, Christian. Reconceptualizing the debate on *jus cogens* and obligations *erga omnes* – concluding observations. In TOMUSCHAT, Christian. THOUVENIN, Jean-Marc (eds). *The fundamental rules of international legal order: jus cogens and obligations erga omnes*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2006.

TRIEPEL, Karl Heinrich. *As relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional*. Trad. Amílcar de Castro. Belo Horizonte: 1964.

VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. BRASIL. Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. *Revista anistia política e justiça de transição*. N. 4 (jul./dez. 2010). Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 196-226.

UNGER, Roberto Mangabeira. The Critical Legal Studies Movement. *Harvard Law Review*, vol. 96, n° 3, 1983, p. 563-675.

VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. BRASIL. Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. *Revista anistia política e justiça de transição*. N. 1 (jan./jun. 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 32-55.

YACOBUCCI, Guillermo J. El juzgamiento de las graves violaciones de los derechos humanos en la Argentina. In GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: RT, 2011.

YATES, Frances. *The art of memory*. Londres e Nova York: Routledge, 1999.

WEICHERT, Marlon Alberto. Responsabilidade internacional do Estado brasileiro na promoção da justiça transicional. In SOARES, Inês Virgínia Prado. KISHI, Sandra Akemi Shimada (orgs.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 153-168.

WOLFF, Hans. BACHOF, Otto. STOBER, Rolf. *Direito Administrativo*. Trad. António F. de Souza. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

b) Artigos de jornais e revistas

ABREU, Diego. Lei da Anistia: perdão mantido a torturadores. *Correio Braziliense*, 30 de abril de 2010. Disponível em <http://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/politica/2010/04/30/interna_politica,189706/lei-da-anistia-perdao-mantido-a-torturadores.shtml>. Acesso em 1º nov. 2011.

AGÊNCIA EFE. Juiz espanhol Baltasar Garzón: Brasil pode usar lei internacional contra torturadores. Disponível em <<http://ddd.posterous.com/juiz-espanhol-baltasar-garzon-brasil-pode-usa>>. Acesso em 12 mar. 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. Comissão de Anistia. Memorial da anistia política terá sede em Belo Horizonte. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/anistia/main.asp?ViewID=%7B674805E8%2D6838%2D4CB2%2DA369%2D3EFA87A5B44E%7D¶ms=itemID=%7B6BB29B7C%2DEB2E%2D4B77%2DA13F%2D29F2F6961A77%7D;&UIPartUID=%7B2218FAF9%2D5230%2D431C%2DA9E3%2DE780D3E67DFE%7D>>. Acesso em 12 abr. 2012.

CARTA MAIOR. PNDH-3 é fiel à Constituição, diz Sepúlveda Pertence. Disponível em <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=16339>. Acesso em 1º Nov. 2011.

D'ARAÚJO. Maria Celina. Uma voz uníssona e congelada no tempo. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 3 mar. 2012. Disponível em <<http://m.estadao.com.br/noticias/impreso,desde-o->

fim-da-ditadura-presidentes-civis-tem-sido-complacentes-com-os-atos-de-indisciplina-e-com-a-inercia-das-forcas-armadas-uma-voz-unissona-e-congelada-no-tempo-cortar-pela-raiz,843860.htm>. Acesso em 4 mar. 2012.

ÉBOLI, Evandro. Deputados criam Comissão da Verdade paralela na Câmara. O Globo, 3 de abril de 2012. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/pais/deputados-criam-comissao-da-verdade-paralela-na-camara-4486013>>. Acesso em 11 abr. 2012.

FERRAZ, Lucas. Brasil é denunciado na OEA por caso Vladimir Herzog. Folha de S. Paulo, 29 de março de 2012. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1069003-brasil-e-denunciado-na-oea-por-caso-vladimir-herzog.shtml>>. Acesso em 11 abr. 2012.

FORTES, Leandro. Sob a guarda dos lobos. Carta Capital. Nº 609. 18 de agosto de 2010, p. 20.

GODOY, Marcelo. CARSONO, William. Réu no processo do Carandiru assume a Rota. O Estado de S. Paulo, 23 nov. 2011. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,reu-no-caso-carandiru-assume-a-rota,801733,0.htm>>. Acesso em 17 jan. 2012.

JUNGLUT, Cristiane. GALHARDO, Ricardo. ‘Lei de Anistia deu perdão para os dois lados’, diz ex-ministro do STF sobre punição a torturadores. O Globo. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2008/08/04/_lei_de_anistia_deu_perdao_para_os_dois_lados_diz_ex-ministro_do_stf_sobre_punicao_torturadores-547574451.asp>. Acesso em 19 set. 2008.

LEITE, Paulo Moreira. Eros pensa tortura em Paris. Revista Época, 11 de abril de 2010. Disponível em <<http://colunas.epoca.globo.com/paulomoreiraleite/2010/04/11/eros-pensa-tortura-em-paris/>>. Acesso em 1º nov. 2011.

O GLOBO. Para Gilmar Mendes, esforço de procuradores é vão. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/pais/para-gilmar-mendes-esforco-de-procuradores-vao-4293438>>. Acesso em 13 mar. 2012.

PORTAL TERRA. Comissão da Verdade de SP ouvirá família de Rubens Paiva. Disponível em <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI5692994-EI7896,00-Comissao+da+Verdade+de+SP+ouvira+familia+de+Rubens+Paiva.html>>. Acesso em 13 mar. 2012.

RECONDO, Felipe. GALLUCCI, Mariângela. César Peluso: “Somos o único país que tem quatro instâncias recursais”. O Estado de S. Paulo. 27 de dezembro de 2010. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,cesar-peluso-somos-o-unico-pais-que-tem-quatro-instancias-recursais,658805,0.htm>>. Acesso em 12 jan. 2011.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Ordem vai ao STF para saber se anistia vale para torturadores. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-out-20/oab_saber_anistia_vale_torturadores>. Acesso em 21 out. 2008.

c) Documentos consultados

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Projeto Brasil nunca mais*. São Paulo: 1985.

ARGENTINA. Secretaría de Derechos Humanos. Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. *Nunca más: informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*. 8ª ed. 5ª reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Secretaria-Geral de Contencioso. Nota AGU/SGCT/Nº01-DCC/2009. Brasília, fevereiro de 2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 nov. 2011.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Ofício nº 012/2009/GAB/AGU. Nota AGU/SGCT/Nº 01-DCC/2009. Brasília/DF, 2 de fevereiro de 2009. <[http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=A DPF%2F153](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=A%20DPF%20F153)>. Acesso em 12 mar. 2011.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Nota SAJ nº 5218/2008-BV/PD. Brasília, 4 de dezembro de 2008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 nov. 2011.

BRASIL. Comitê Nacional de Direitos Humanos. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/sedh/edh/pnedhpor.pdf>>. Acesso em 23 mar. 2012. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, 2007.

BRASIL. Ministério Público Federal. Petição inicial na ação civil pública nº 0018372-59.2010.4.03.6100. Disponível em <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2012.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Documento nº 1/2011. Brasília/DF, 21 de março de 2011. Disponível em <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 12 mar. 2012.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Município de Marabá. Denunciante: Ministério Público Federal. Denunciado: Sebastião Curió Rodrigues de Moura. Marabá/PA, 23 de fevereiro de 2012. Disponível em <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2012.

BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à memória e à verdade*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007.

BRASIL. Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa. Advocacia-Geral da União. Memorando nº 708/CONJUR-MD. Brasília/DF, 11 de novembro de 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=A DPF%2F153](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=A%20DPF%20F153)>. Acesso em 12 mar. 2011.

BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Mista sobre Anistia. *Anistia*. Volumes I e II. Brasília, 1982.

BRASIL. Presidência da República. Mensagem n° 523. Brasília, 23 de novembro de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Msg/VEP-523.htm>. Acesso em 23 nov. 2011.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Petição inicial na ação direta de inconstitucionalidade n° 4.077/DF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4077&processo=4077>>. Acesso em 20 nov. 2011.

BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Presidência da República. Ofício n° 188/2008 – AS/SDH/PR. Brasília/DF, 13 de novembro de 2008. Nota técnica. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=A DPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011.

BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)*. Brasília: SDH/PR, 2010.

CHILE. Poder Judiciário. Noticias del Poder Judicial. Corte Suprema aplica prescripción en causa de DD.HH. conocido como Puente Loncomilla. Disponível em <http://www.poderjudicial.cl/modulos/Home/Noticias/PRE_txtnews.php?cod=1178>. Acesso em 20 nov. 2011.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório de Mérito n° 91/2008. Caso 11.552: Julia Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) contra República Federativa do Brasil. Washington, 26 de março de 2009. Disponível em < >. Acesso em 13 mar. 2012.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Petição inicial. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 153. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=A DPF%2F153>>. Acesso em 12 mar. 2011.

GRUPO DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO “DEMOCRACIA E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO” DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA. Petição de amicus curiae no Caso 11.552 – Julia Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) contra República Federativa do Brasil. Disponível em <www.fundamentos.do.direitos.fadir.ufu.br>. Acesso em 12 abr. 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies: report of the Secretary-General. 23 de agosto de 2004. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/29/PDF/N0439529.pdf?OpenElement>>. Acesso em 26 mar. 2012.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da e outros. Petição de amicus curiae. Caso 11.552 – Julia Gomes Lund e Outros vs. Brasil. Documento gentilmente cedido ao autor.

d) Decisões judiciais brasileiras

Justiça Federal de 1ª instância

BRASIL. 1ª Vara Criminal, do Júri e das Execuções Penais da Seção Judiciária de São Paulo. Sentença de homologação de arquivamento. Autos nº 2008.61.81.013434-2. Juíza Federal Paula Mantovani Avelino. São Paulo/SP, 30 de setembro de 2008. *Disponível em* <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2012.

BRASIL. 1ª Vara Criminal, do Júri e das Execuções Penais da Seção Judiciária de São Paulo. Sentença de homologação de arquivamento. Autos nº 2008.61.81.012372-1. Juíza Federal Paula Mantovani Avelino. São Paulo/SP, 12 de janeiro de 2009. *Disponível em* <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2012.

BRASIL. 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Marabá/PA. Denunciante: MPF. Denunciado: Sebastião Curió Rodrigues de Moura. Juiz Federal João César Otoni de Matos. Marabá/PA, 16 de março de 2012. *Disponível em* <www.trf1.jus.br>. Acesso em 20 mar. 2012.

BRASIL. 10ª Vara Federal Criminal da 1ª Subseção Judiciária São Paulo. Autos nº 0004204-32.2012.403.6181. Denunciados: Carlos Alberto Brilhante Ustra e Dirceu Gravina. São Paulo, 22 de maio de 2012.

BRASIL. 6ª Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo. Ação civil pública nº 2009.61.00.025169-4. Autor: Ministério Público Federal. Réus: União Federal e Outros. *Disponível em* <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2012.

BRASIL. 7ª Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo. Ação civil pública nº 0018372-59.2010.4.03.6100. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Aparecido Laertes Calandra e Outros. Juíza Federal Diana Brunstein. *Disponível em* <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2012.

BRASIL. 7ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Sentença de homologação de arquivamento. Autos nº 2009.51.01.809410-8. Juiz Federal Marcelo Ferreira de Souza Granado. Rio de Janeiro/RJ, 10 de setembro de 2009. *Disponível em* <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2012.

BRASIL. 8ª Vara da Justiça Federal em São Paulo. Autor: Ministério Público Federal. Réus: União, Carlos Alberto Brilhante Ustra e Audir Santos Maciel. Juiz Federal Clécio Brasch. São Paulo, 5 de maio de 2010. *Disponível em* <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 10 out. 2010.

BRASIL. 11ª Vara Cível da Justiça Federal em São Paulo. Ação civil pública nº 2009.61.00.005503-0. Juíza Regilena Emy Fukui Bolognesi. Sentença (tipo C). Autor: Ministério Público Federal. Réus: Tamotu Nakao e Outros. *Disponível em* <www.prr3.mpf.gov.br>. Acesso em 23 mar. 2012.

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Ação civil pública nº 2009.61.00.005503-0. Relator Desembargador André Nekatschalow. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Tamotu Nakao e Outros. *Disponível em* <www.trf3.jus.br>. Acesso em 23 mar. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de instrumento nº 0025470-28.2011.4.03.0000/SP. Relator Juiz Federal Convocado Santoro Fachini. Agravante: Ministério Público Federal. Agravados: União Federal e Outros. São Paulo, 11 de novembro de 2011. *Disponível em* <www.prr3.mfp.gov.br>. Acesso em 11 mar. 2012.

Supremo Tribunal Federal

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2/DF. Requerente: Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – FENEN. Requerido: Presidente da República. Relator Ministro Paulo Brossard. Brasília/DF, 06 de fevereiro de 1992. *Disponível em* <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>>. Acesso em 13 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 820-0/RS. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 15 de março de 2007. *Disponível em* <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=512007>>. Acesso em 20 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 842/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 26 de fevereiro de 1993. *Disponível em* <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.231/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Carlos Velloso. *Disponível em* <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.306/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimado: Congresso Nacional. Relatora Ministra Ellen Gracie. *Disponível em* <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília/DF, 29 de maio de 2008. *Disponível em* <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 10 jan. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.573-8/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Brasília, 1º de dezembro de 2005. *Disponível em* <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395720>>. Acesso em 20 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.043/SC. Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 4 de março de 2009. Disponível em <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4043&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 17 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília/DF, 4 de maio de 2011. Disponível em <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em 12 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 33-5/PA. Arguente: Governador do Estado do Pará. Arguido: Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará – IDESP. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 7 de dezembro de 2005. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>>. Acesso em 13 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 46-7/DF. Arguente: ABRAED – Associação Brasileira de Empresas de Distribuição. Relator para o acórdão Ministro Eros Grau. Brasília, 05 de agosto de 2009. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>>. Acesso em 3 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Intimado: Presidente da República. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 11 e 12 de abril de 2012. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 24 mai. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130/DF. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Carlos Britto. Brasília, 30 de abril de 2009. Disponível em <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em 12 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153/DF. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília/DF: 29 de abril de 2010. Disponível em:
 <[http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=A DP F % 2 0 1 5 3](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=A%20DPF%20153)>. Acesso em 12 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 186/DF. Arguente: Democratas – DEM. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 24 mai. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 855. Requerente: Governo do Chile. Extraditando: Mauricio Fernandez Norambuena. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 26 de agosto de 2004. *Disponível em* <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325004>>. Acesso em 21 dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 974. Requerente: Governo da República Argentina. Extraditado: Manoel Cordeiro Piacentini. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília/DF, 6 de agosto de 2009. *Disponível em:* < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606492>>. Acesso em 12 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.079. Requerente: República Oriental do Uruguai. Extraditado: Manuel Cordeiro Piacentini. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília/DF, 6 de agosto de 2009. <*Disponível em* www.stf.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.085. Requerente: Governo da Itália. Extraditado: Cesare Battisti. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, 16 de dezembro de 2009. *Disponível em* <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.150. Requerente: Governo da Argentina. Requerido: Norberto Raul Tozzo. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 19 de maio de 2011. *Disponível em* <www.stf.jus.br>. Acesso em 23 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicações nº 272, 273 e 274. Requerentes: República Federal da Áustria, República Federal da Alemanha e República Popular da Polônia. Requerido: Franz Paul Stangl. Relator Ministro Victor Nunes Leal. *Disponível em* <www.stf.jus.br>. Acesso em 18 jun. 2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 29.151. Paciente: Eduard Arnold. Impetrado: Tribunal de Segurança Nacional. Relator Ministro Laudo de Camargo. Rio de Janeiro, 26 de setembro de 1945. *Disponível em* <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 nov. 2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus nº 34.866. Pacientes: Antonio Pan Fidalgo e Outros. Relator Ministro Luiz Galotti. Rio de Janeiro, 3 de abril de 1957. *Disponível em* <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 73.451-1/RJ. Pacientes: Jacauna Cordeiro e outros. Impetrantes: Antonio Evaristo de Moraes Filho e outro. Coator: Juiz Federal da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 8 de abril de 1996. *Disponível em* <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74514>>. Acesso em 20 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 82.959/SP. Paciente: Oseas de Campos. Coatores: Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília/DF, 23 de fevereiro de 2006. *Disponível em* <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em 12 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 97.256/RS. Paciente: Alexandre Mariano da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília/DF, 1º de setembro de 2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em 10 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 110.237/PA. Paciente: Carlos Nunes de Azevedo. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília/DF: 12 de setembro de 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC_110.237MC_Decisao.pdf>. Acesso em 12 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 2.989. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Romeu Tuma. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 23 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.048-1/DF. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Requerido: Presidente da República. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 27 de abril de 2005. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+54%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+54%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 12 jul. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130/DF. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Carlos Britto. Brasília, 27 de fevereiro de 2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608505>>. Acesso em 12 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança 26.602-3/DF. Impetrante: Partido Popular Socialista – PPS. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator Ministro Eros Grau. Brasília/DF, 4 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em 10 jan. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.335/AC. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 19 de abril de 2007. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/249_rcl%204335.pdf>. Acesso em 19 dez. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 12.131. Reclamante: Carlos Alberto Brilhante Ustra. Reclamados: Juíza da 20ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo e Outros.

Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, 3 de outubro de 2011. *Disponível em* <www.stf.jus.br>. Acesso em 23 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso criminal nº 1.396. Recorrentes: Maria Aparecida Santos e Outros. Recorrido: Ministério Público Militar. Relator Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, 18 de setembro de 1979. *Disponível em* <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso criminal nº 1.400. Recorrentes: Altino Rodrigues Dantas Júnior e outro. Recorrido: Ministério Público Militar. Relator Ministro Leitão de Abreu. Brasília, 14 de setembro de 1979. *Disponível em* <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em habeas corpus nº 28.294/PE. Rio de Janeiro, 14 de outubro de 1942. Disponibilizado pela Seção de Pesquisa de Jurisprudência do sítio <www.stf.jus.br> ao autor em 14 dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de habeas corpus nº 59.834. Recorrente: Carlos Eugênio Sarmento Coelho da Paz. Recorrido: Superior Tribunal Militar. Relator Ministro Firmino Paz. Relator para o acórdão Ministro Cordeiro Guerra. Brasília/DF, 4 de maio de 1982. *Disponível em* <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 165.438. Recorrente: União Federal. Recorrido: Carmegildo Filgueiras. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, 6 de outubro de 2005. *Disponível em* <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 217.141-5/SP. Recorrente: Neusa Gomes Delgado. Recorrido: Instituto de Previdência do Estado de São Paulo – IPESP. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 13 de junho de 2006. *Disponível em* <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=331447>>. Acesso em 17 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 466.343/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator Ministro César Peluso. Brasília/DF, 3 de dezembro de 2008. *Disponível em* <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em 10 jan. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 511.961/SP. Recorrente: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo – SETERSP e Ministério Público Federal. Recorrida: União e Outros. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17 de junho de 2009. *Disponível em* <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em 12 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 633.703. Recorrente: Leonídio Henrique Correa Rebouças. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília/DF, 24 de março de 2011. *Disponível em* <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4003780>>. Acesso em 26 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação de inconstitucionalidade nº 946/DF. Representantes: Procurador-Geral da República, Federação do Comércio do Estado de São Paulo e Federação Nacional dos Bancos. Representado: Tribunal Superior do Trabalho. Relator Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília/DF, 12 de maio de 1977. *Disponível em* <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263721>>. Acesso em 13 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação de inconstitucionalidade nº 1.016-3. Representante: Procurador-Geral da República. Relator Ministro Moreira Alves. Representados: Assembleia Legislativa e Governador do Estado de São Paulo. Brasília/DF, 20 de setembro de 1979. *Disponível em* <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263791>>. Acesso em 13 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação de inconstitucionalidade 1.417-7/DF. Relator Ministro Moreira Alves. Representante: Procurador-Geral da República. Representados: Presidente da República e Congresso Nacional. Brasília, 9 de dezembro de 1987. *Disponível em* <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264125>>. Acesso em 05 mar. 2011.

e) Decisões judiciais estrangeiras

Chile

CHILE. Corte Suprema. S.C.S., 09.09.1998, Rol nº 469-98.

CHILE. Corte Suprema. S.C.S., de 04.08.2005, Rol nº 457-05.

CHILE. Corte Suprema. S.C.S., de 13.12.2006, Rol nº 559-04.

CHILE. Corte Suprema. S.C.S. de 18.01.2007, Rol Nº 2666-04.

Espanha

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sentença nº 79/2012. Causa especial nº 20716/2009. 9 de fevereiro de 2012. *Disponível em* <http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/201202/09/espana/20120209elpapunac_1_Pes_PDF.pdf>. Acesso em 2 mar. 2012.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sentença nº 101/2012. Causa especial nº 20048/2009. Decisão: sentença absolutória. 27 de fevereiro de 2012. *Disponível em* <<http://www.latinreporters.com/espagneGarzonSentenceFranquisme27022012.pdf>>. Acesso em 2 mar. 2012.

Estados Unidos

Marbury v. Madison [5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)]

Panama Refining Co. v. Ryan [293 U.S. (1935) 388]

Uruguai

URUGUAI. Suprema Corte de Justicia. Sentencia n° 365. Relator: Dr. Jorge Omar Chediak González. SABALSAGARAY CURUTCHET, BLANCA STELA. DENUNCIA. EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ARTS. 1, 3 Y 4 DE LA LEY N° 15.848, FICHA 97-397/2004. Disponível em <<http://unisinos.br/blog/ppgdireito/files/2009/10/Suprema-Corte-Uruguay-Caso-Sabalsagaray-19-10-2009.pdf>>. Acesso em 30 nov. 2011.

f) Decisões judiciais internacionais

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Almocinad Arellano vs. Chile*. San José, 26 de setembro de 2006. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em 20 out. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Barrios Altos vs. Perú*. Sentença de 14 de março de 2001. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf>. Acesso em 12 mar. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso de la “Panel blanca” (*Paniagua Morales y Otros vs. Guatemala*). Sentença de 25 de maio de 2001. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_76_esp.pdf>. Acesso em 21 mar. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Escher e Outros v. Brasil*. Sentença de 6 de julho de 2009. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 12 mar. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Garibaldi v. Brasil*. Sentença de 23 de setembro de 2009. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 12 mar. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Gelman v. Uruguay*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em 30 nov. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 1 jan. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Loayza Tamayo vs. Perú*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf>. Acesso em 12 mar. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentença de 22 de novembro de 2005. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>. Acesso em 13 mar. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez. Sentença de 29 de julho de 1998. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em 14 mar. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em 12 mar. 2012.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. Sentença de 10 de dezembro de 1998. Caso n° IT-95-17/1-T. Disponível em <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em 23 mar. 2012.